



# *Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu (TCK 216)*

*Mahir ORAK*



## **GİRİŞ**

“Giriş” başlıklı bu kısım, tarafımca kaleme alınmış birkaç sözü içerecek şekilde tasarlanmış olmasına rağmen, çalışmayı hazırlarken, okumuş olduğum bir kararda<sup>1</sup> rastladığım karşı oy yazısı beni bu fikirden vazgeçirmiştir. Öyle ki karşı oy yazısının kaleme alınış şekli çalışma konusu yaptığımız suç olan “Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu”nun (YTCK, madde 216; ETCK, madde 312) bir dönem neden adeta bir silah olarak kullanıldığını özetlemesi ve Türkiye Cumhuriyetinin bir dönem mantalitesini ortaya koyar nitelikte olması hasebi ile önem arz etmektedir. Kararın alıntılıdığı kısmı şöyledir;

“... Dolayısıyla, TCK'nın 312. maddesinin koruduğu değer, çoğulculuk ve barış esasına dayalı bir kamu düzeni değil, sınırları resmi söylemce belirlenmiş ideolojik yüklü bir kamu düzeni anlayışıdır. TCK'nın 312. maddesinin böyle bir kamu düzenini korumayı hedeflemiş olması, yıllarca benzer bir işlev yerine getirmiş olan TCK'nın mülga, 141, 142 ve 163. maddeleriyle, Terörle Mücadele Kanununun 8. maddesi yerine ikame edilmesine kullanılmak istenilmesinden de anlaşılmalıdır. Gerçekten, 12.04.1991 tarih 3713 sayılı 'Terörle Mücadele Kanununun 23. maddesiyle, TCK'nın 141, 142 ve 163. maddelerinin yürürlükten kaldırılmasından önce, ilgili madde hükümleri, tıpkı bu gün yürürlükte bulunan 312. madde gibi resmi söylem dışı düşünce açıklamalarını cezalandırmanın, bireylerin ve örgütlü toplumun demokratik taleplerini bastırmanın ve siyasal muhalefeti

suskunlaştırmanın aracı olarak kullanılmışlardır. (...)

Bu maddelerin yürürlükten kaldırılmasıyla birlikte, sanki bir boşluk doğmuşçasına, Terörle Mücadele Kanunu'nun 8. maddesi işletilmeye başlanmış, birçok gazeteci, yazar ve düşünür bu madde kapsamında mahkûm edilmiştir. Bu maddenin uygulanmasında özel suç kastı aranmamış, genel kastın bulunması mahkûmiyet kararı için yeterli sayılmıştır. Ancak, 1995 yılı sonunda bu maddenin değiştirilerek düşünce özgürlüğü lehine kısmen yumuşatılmasıyla bu kez oluşan boşluk, yıllardır yürürlükte olan TCK'nın 312. maddesiyle doldurulmaya çalışılmıştır.

TCK'nın 312. maddesinin, 'devlet düzeni'ni koruma refleksiyle ve adeta bu alanda-TMK'nın 8. maddesinin değiştirilmesi sonucu oluştuğu iddia olunan, boşluk doldurulmasına uygulamaya sokulduğu izlenimini yargı kararlarında görmek mümkündür. 1994 yılında A Devlet Güvenlik Mahkemesi'nde görülen bir dava dosyasında yer alan ifadenin Yargıtay ilgili Dairesi'nce de aynen tekrarlanmış olması böyle bir izlenimi doğrular niteliktedir. Gerçekten, ilgili dava dosyasında yer alan 'TCK'nın 163. maddesinin kaldırılmış olmasının verdiği cesaret ve pervasızlıkla (...)’ ifadesi<sup>2</sup>, somut olaya ilişkin bir hukuki çözümlenme çabasından çok, bir boşluk doldurma çabası olarak gözükmektedir. Öte yandan, savcıların bu maddeyi, daha önce pek rastlanmadık bir şekilde, maksadının bir hayli dışına taşan biçimde işletmeye ve yargıçların da bu doğrultuda kararlar vermeye başlamaları, böyle bir yönelimin var olduğunu ortaya koymaktadır.”

<sup>1</sup> YCGK, 15.03.2005 tarih, 2005/30 nolu Mehmet Şevket Eygi, *Milli Gazete Kararı*.

<sup>2</sup> Sivas Olayları Davası'nda DGM Cumhuriyet Başsavcılığının Dosyaya sunduğu ve bir nevi Ek İddianame yerine kaim olan **"Düşünce Örneği"** başlıklı yazısındaki bu ifade Yargıtay tarafından da benimsenmiştir. (M.O)

## GENEL OLARAK

13.11.2004 tarih ve 25642 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan, 04.11.2004 tarih ve 5252 sayılı Kanunun 12. maddesinin (b) bendi hükmü gereğince, 01.6.2005 tarihinden geçerli olmak üzere yürürlükten kaldırılan, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun “Cürümler” başlık İkinci Kitabının “Amme Nizamı Aleyhine İşlenen Cürümler” başlıklı Beşinci Babının “Suç İşlemeye Tahrik, Korku Ve Panik Yaratma Amacıyla Tehdit” başlıklı Birinci Faslında, inceleme konumuz olan “Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik” suçu 312 madde numarası ile düzenlenmişti

Bu kanunun yürürlükten kaldırılması ile 01.06.05 tarihinde yürürlüğe giren yeni 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, eski TCK’nın “Amme nizamı aleyhine işlenen cürümler” başlığı ile düzenlediği Beşinci Babının muadil olarak, 5237 sayılı Kanunun “Özel Hükümler” hükümler başlıklı İkinci Kitabının “Topluma Karşı Suçları” düzenleyen Üçüncü Kısımının, “Kamu Barışına Karşı Suçlar” başlığın taşıyan Beşinci Bölümünü ihdas etmiştir.

Bu bölümde korunan hukuki menfaat “kamu barışı” olduğu için, kamu barışına karşı işlenen, Suç İşlemeye Tahrik (214/1), Halk Arasında Korku ve Panik Yaratmak Amacıyla Tehdit (213) gibi suçlarla beraber, 213-222. maddeler arasında inceleme konumuz olan suç 216. maddede düzenlenmiştir.

Bu maddenin düzenlenmesi ise şöyledir;

“Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” (TCK, madde 216/f1)

Ayrıca maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında “Halkı ve Dini Değerleri Aşağılama” suçları düzenlenmiştir.

İnceleme konumuz suçun basit halini 216. madde düzenlenmekle beraber, daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hali 218. madde düzenlenmiş ve bu madde kendinden önce gelen 213-217. maddelerin tümü için ortak

nitelikli hal olarak hükümleştirilmiştir. Bu madde metninde;

“Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.”

demek sureti ile suçun basın yolu ile işlenmesi hali daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hal haline getirmiştir.

## SUÇUN TARİHİ GELİŞİMİ

Aleni tahrik fiili ilk defa 1819’da Fransa’da cezalandırılması gerekli bir fiil olarak düzenlenmiştir;<sup>3</sup> Bu tarihte iş başında buluna liberal eğilimli hükümetçe, basına geniş özgürlükler veren üç kanun çıkarılmış ve suç bu kanunlarla ihdas edilmiştir.<sup>4</sup> Suç buradan 1848 tarihinde İtalyan Basın Kanununa geçmiş ve 1889’da da İtalyan Ceza Kanuna alınarak temel bir suç haline getirilmiştir.<sup>5</sup> Fransa’da ortaya çıkan suç sadece İtalya’yı değil birçok ülkeyi de etkileyerek yayılmıştır. Örneğin, Kuzey Alman Devletler Birliği’nin en güçlü devleti olan Prusya bu kanundan etkilenen devletler arsındadır. Prusya kanunundaki bu hüküm daha sonra Kuzey Alman Devletler Birliği’nin çıkarmış olduğu, 1871 tarihinde yürürlüğe giren ve akabinde Alman İmparatorluğunun kurulması ile Alman İmparatorluk Ceza Kanunu adını alan, ceza kanuna geçmiştir.<sup>6</sup>

Türkiye açısından ise suçun tarihçesi doktrinde üç döneme ayrılarak incelenmektedir; Tanzimat’tan önceki dönemi, Tanzimat’tan sonraki dönem ve Cumhuriyet dönemi.<sup>7</sup> Bu dönemlerden ilki olan Tanzimat’tan önceki dönemde suçun tam karşılığı olan bir suçta rastlanmamaktadır. Bu dönemde sadece suça benzeyen, devletin birliğini bozmayı kast etmiş bazı fiillerin bu anlamda cezalandırıldığı

<sup>3</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Ceza Hukuk Özel Hükümleri*, s. 442.

<sup>4</sup> Ahmet Gökçen, *Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü, TCK Madde 312/2*, s. 30 vd.

<sup>5</sup> Ulaş Karan, *“Yeni Türk Ceza Kanunu 216. Maddesi ve Anlatım Özgürlüğü”*, İstanbul Barosu Dergisi, sayı 2005/5 (Eylül-Ekim), s. 1523 vd.

<sup>6</sup> Ahmet Gökçen, a.g.e., s. 30 vd.

<sup>7</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, a.g.e., s. 444.

görülmektedir. Tanzimat'tan sonraki dönemde ise ilk defa Kanunname-i Hümayun Birinci Babında "Tahrik Suçu" olarak tanımlanmıştır. Bu dönemde ayrıca suçun müstakilen hüküm altına alındığı diğer bir kanun ise Tecemmuat Kanunudur. Kanunname-i Hümayun daha sonra 1858'de değişikliğe uğramış ve 66. maddesinde suç tekrar tanımlanarak hüküm altına alınmıştır. Bu kanun ise 765 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesine kadar yürürlükte kalmıştır.<sup>8</sup>

Dönemlerden üçüncüsü olan Cumhuriyet döneminde ise yukarıda anlattığımız, İtalyan Ceza Kanununun iktibas ile 765 sayılı TCK 13 Mart 1926'da yürürlüğe girmiş ve bu tarihten itibaren "Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik" suçu hukukumuzda tam anlamı ile giriş yapmıştır. İktibas edilen İtalyan Ceza Kanunu Zanardelli Kanununun olarak da bilinen, o dönem için çağdaş ve liberal kanunlar arasında gösterilen 1889 tarihli Ceza Kanunudur.<sup>9</sup> İtalyan Ceza Kanunu, 1930'da iş başına gelen faşist rejimin çıkarmış olduğu Rocco Kanunu ile değiştirilmiş ve kanunun çağdaş, liberal yapısı bozularak özgürlükleri kısıtlayıcı ve baskıcı bir kanun haline getirilmiştir. Bu değişiklikler baz alınarak 765 sayılı TCK'da da bazı değişiklikler yapılmıştır. Rocco kanundaki değişiklikleri birebir almayan kanunumuz, tercihini suçların cezalarının artırılması yönünde kullanarak değişiklikleri bu yönde yapmıştır.<sup>10</sup>

765 sayılı TCK'da inceleme konumuz olan "Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik" suçunu hüküm altına alan 312. madde, bu kanun yürürlükten kaldırılana kadar (1953, 1981 ve 2002 tarihlerinde) toplam üç defa değişikliğe uğramıştır.<sup>11</sup>

## MUKAYESELİ HUKUK

İncelme konumuz olan suç benzer hukuk sistemlerine sahip olduğumuz Kara Avru-

pa'sının birçok ülkesinde aynı veya benzer şekillerde yer almıştır. Örnek olarak; Alman Ceza Kanununun 13. maddesi, Avusturya Ceza Kanununun 283. maddesi, Fransız Ceza Kanunu, Polonya, Danimarka, Yunanistan, İsviçre Kanunları sayılabilir.<sup>12</sup>

## SUÇUN KONULUŞ AMACI [RATIO LEGIS]

765 sayılı TCK'nın 312. maddesi "Amme Nizamı Aleyhine Cürümler" babının içerisinde düzenlenmişti. Buradan da anlaşılacağı üzere, suçun konuluş amacı kamu düzenini korumaktır. Burada geçen "Toplum Düzeni" kavramı 765 sayılı Kanun döneminde tanımlanmaya çalışılmış ve genel itibari ile kabul edilen görüşe göre, kavramın iki anlamı olduğu (dar anlamda toplum düzeni ve geniş anlamda toplum düzeni) vurgulanmıştır.<sup>13</sup> Geniş anlamda toplum düzeni, her anlamda (sosyal, siyasal, ekonomik vs.) toplumun tam anlamı ile bir esenlik içerisinde olmasını ifade ettiği kabul edilmekteydi. Dar anlamda toplum düzeni ise; daha çok toplumun maddi ve fizik düzenini ifade ettiği kabul edilmekteydi.<sup>14</sup> Toplumun iç huzurunun sağlanması, güvenlik içinde olma hali de aynı anlama gelmektedir.<sup>15</sup> Yargıtay ise 765 sayılı Kanun döneminde kavramı "toplum hayatının huzur ve güvenlik içinde yürümesini sağlayan düzenin bütünü"<sup>16</sup> olarak tanımlamış ve kararlarını bu tanım üzerinde bina etmiştir. Bu açıklamalardan sonra, 765 sayılı Kanun döneminde "Kamu barışını korumak amacı ile toplum düzeninin korunduğu" ortaya çıkmaktadır.

5237 sayılı TCK ile getirilen yeni düzenlemede ise "amme nizamı" kavramı yerine "kamu barışı" kavramı kullanılmış, bu kavram "Kamu Barışına Karşı Suçlar" başlığı ile TCK'nın "Özel Hükümler" başlıklı İkinci Kita-

<sup>8</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: Ahmet Gökçen, a.g.e., s. 39 vd.

<sup>9</sup> Ulaş Karan, a.g.e., s. 1524.

<sup>10</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: Ulaş Karan, a.g.e.; Uğur Alcakaptan, "Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 2000.

<sup>11</sup> Bkz.: 764 sayılı TCK.

<sup>12</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: Ahmet Gökçen, a.g.e., s. 43 vd.

<sup>13</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, a.g.e., s. 447.

<sup>14</sup> Vural Savaş-Sadık Mollamahmutoğlu, *Türk Ceza Kanununun Yorumu*, cilt 2, 3. Baskı, s. 3018 vd.

<sup>15</sup> Vural Savaş-Sadık Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 3019 vd.

<sup>16</sup> Yargıtay 8. CD. 18.06.1974 tarih ve 1974-2/2 sayılı kararı.

binda yerini almıştır. Bu bölüm içerisinde düzenlenen 216. maddenin konuluş amacı ise “kamu barışını korumak”tır. 765 sayılı TCK’dan farklı olarak suçun konuluş amacı değiştirilmiştir

Eski TCK’nın 312. maddesinde “Kamu barışını korumak amacı ile toplum düzenin korumak” amacı dolaylı olarak hedef alınmış, bilahare bu dolaylama terk edilerek, “korunan hukuki menfaat” doğrudan amaç haline getirilmiştir. Bu da suçun temel yapısında değişikliğe sebep olmuş, korunan hukuki menfaat sahasında bir daralma meydana gelmiştir. Gerçekten de kabul edilen görüşe göre;<sup>17</sup> Amme nizamı kavramı genel bir şekilde bütün yönleri ile toplum esenliğini ifade ederken, Kamu barışı daha dar olan fiziki güvenliği ifade eder. Bu yüzden 5237 sayılı Kanunun getirdiği sitem, 765 sayılı TCK’ya göre daha özgürlükçü bir sistemdir.

## SUÇUN BİLİMSEL TASVİR VE TASİNİFİ

Ceza hukuku suçları tanımlarken, bu suçları çeşitli açılardan tasnife tabi tutmakta, isimlendirmektedir. Örneğin;

- **hareket açısından suçlar**, ani hareketli suçlar, sırf hareket suçları, mesafe suçları vs. olarak,
- **netice açısından suçlar**, zarar suçları, tehlike suçları, neticesiz-neticeli suçlar vs. gibi.<sup>18</sup>

İşte bu sınıflandırma içerisinde inceleme konumuz suç, hareket açısından sırf hareket suçu, neticenin meydana gelip gelemsine göre yapılan tasnifin içerisinde ise “tehlike suçu” sınıfına girmektedir.<sup>19</sup> Tehlike suçları, sınıflandırma yapılırken zarar suçları ile olan farklılık gözetilerek tasnife tabi tutulmuştur. Öyle ki zarar suçları, işlendiğinde korunan hukuki menfaatte bir eksilmeye veya bir tah-

ribe neden olurken, tehlike suçları korunan hukuki menfaate zarar vermemekte, sadece korunan hukuki menfaati tehdit ederek, bir tehlikeye maruz bırakmaktadır.<sup>20</sup>

Tehlike suçları ise kendi içerisinde iki gruba ayrılmaktadır; soyut ve somut tehlike suçları.

**a) Soyut Tehlike Suçları:** Bu suç tiplerinde, hareketin korunan hukuki menfaat üzerinde tehlike yaratmış olup olmadığı araştırılmaz. Burada farazi olarak kanun koyucu hareketin yapılması ile korunmakta olan hukuki menfaatin tehlikeye maruz kaldığını kabul etmektedir. Hareket yapıldığı anda suç işlenmiş olur ve ayrıca yargı mercilerinin, menfaat üzerinde oluşan bir zarar araştırmasına gerek yoktur. TCK’nın 214. maddesindeki Suç İşlemeye Tahrik Suçu, 215. maddesindeki Suç ve Suçluyu Övme Suçu, 267. maddesindeki İftara Suçları soyut tehlike suçlarına örnek verilebilir.<sup>21</sup>

**b) Somut Tehlike Suçları:** Bu suç tiplerinde ise hareketin yapılmış olması tek başına yeterli olmayıp, ayrıca cezalandırılabilme şartı olan, korunan hukuki menfaatin tehdit edilip edilmediği, eş deyişle korunan menfaat açısından bir tehlike meydana getirip getirmediği araştırılmalıdır. Bu suç türlerinde yargı mercileri, belirli bir tehlikenin zuhurunu ispat ile ancak cezalandırma yoluna gidilebilir. Hâkim burada tehlikenin meydana gelip gelmediğini dayanak noktaları göstererek ispat etmelidir.<sup>22</sup>

İşte inceleme konumuz olan “Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik” suçu bu tasnif içerisinde somut tehlike suçu olma özelliğine haizdir. Bu özellik madde metninde “...Kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde...” olarak ifade edilmiştir.<sup>23</sup>

765 sayılı TCK’da 312. maddenin 2002’de değiştirilmesi ile daha önce soyut tehlike suçu olan suç somut tehlike suçu haline geti-

<sup>17</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, a.g.e., s.447 vd. Ahmet Gökçen, a.g.e., s.447 vd.

<sup>18</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: Dömezer-Erman, a.g.e., s. 291 vd.

<sup>19</sup> Fazıl Erdem, *TCK’nın 312. Maddesinin Koruduğu Hukuksal Değerin Kısa Bir Analizi: Türkiye Devlet Düzeni V. Demokratik Kamu Düzeni*.

<sup>20</sup> Centel-Zafer-Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 260 vd.

<sup>21</sup> Centel-Zafer-Çakmut, a.g.e., s. 261 vd., Fazıl Erdem, a.g.m.

<sup>22</sup> Gerekçe, Fazıl Erdem, a.g.m.

<sup>23</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, a.g.e., s. 450.

rılmıştır. Bu değişiklikten önce 1981’de suçun temel hali soyut tehlike suçu haline getirilmiş ve bu tarihten itibaren Türkiye’deki düşünce özgürlüğünün önündeki en önemli engel oluşturulmuştur. Bu dönemde bu suçtan birçok sanatçı, siyasetçi ve düşünür yargılanmış ve ceza almıştır.<sup>24</sup> İlgili 216. maddesinin 312. maddenin son haline uygun olarak, yeni yasaya alınması özgürlükler açısından olumlu bir gelişme olmuştur. 216. maddenin metninde yer verilen açık ve yakın tehlike unsuru somut tehlike suçu olma özelliğini pekiştirmiş ve suçtan ceza alma zorlaştırılarak isabetli bir düzenleme yapılmıştır.<sup>25</sup>

## SUÇUN UNUSURLARI

### 1. Yasallık Unsuru

Her suçta olduğu gibi ceza hukukunun temel ilkelerinden olan yasallık [tipiklik] ilkesi 216. madde için de geçerlidir. Bu ilkeye göre “kanunsuz suç ve ceza olmaz”. Yani bir yasal düzenlemeyle [kanunla] belirtilmedikçe bir fiilin suç olması ve karşılığında ceza öngörülmesi mümkün değildir. En genel tanımı ile suçtan söz edebilmek için hareketin, suç olduğu kanunda belirtilmelidir.<sup>26</sup> Bu ilkeye bazı yazarlarca “tipiklik”,<sup>27</sup> “suç kalıbına uygunluk”<sup>28</sup> da denmektedir. Doktrinde Yüce’ye göre; Tipiklik ceza normunun, yazılış biçimi ile kalıplaştırdığı soyut ve değişmez bir biçimdir. Maddi anlamda olayların ve eşyaların belirli bir biçime uygun olup olmadığı kalıp yardımı ile belirlenir. Bu yüzden bir suç normunun oluşturduğu kalıba uyan, hareket veya hareketler bütünü suçu oluşturur. Kalıba uymayan hareket veya hareketler bütünü ise suç değildir.<sup>29</sup>

Buradan hareketle kanaatimizce tipiklik suç normunun belirlediği sınırların tam anlamı

ile içine giren hareket suç olarak adlandırılabilir. Bu anlatımdan yola çıkarak ve TCK’nın 216. maddesinin yazılış biçimine bir göz atarak, maddenin sınırlarını çizdiği suç alanını tanımlamaya çalışalım.

“Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

Madde metninden açıkça anlaşılacağı üzere bu suça uygun eylemin gerçekleşebilmesi için aleni tahrikin;

- sosyal sınıf farklılığı gözetilerek işlenebilmesi için farklı sınıflara mensup,
- ırk farklılığı gözetilerek işlenebilmesi için farklı ırklara mensup,
- din farklılığına gözetilerek işlenebilmesi için farklı dinlere mensup,
- mezhep farklılığı gözetilerek işlenebilmesi için farklı mezheplere mensup,
- bölge farklılığı gözetilerek işlenebilmesi için farklı bölgelerden halk kesimlerinin,

biri birine karşı alenen kin ve düşmanlığa tahrik edilmesi lazımdır.<sup>30</sup> Bu vasıflara haiz olmayan halk kesimlerinin biri birine karşı tahrik edilmesi ise 216. madde anlamında suç oluşturmaz. Yani fiil tipik olmayacağından suç işlenemez. Aksi bir yaklaşımla suçun oluştuğunu iddia etmek ceza hukukunun temel prensiplerinden olan “kıyas yasağının” çiğnenmesi anlamına gelir ki bu mümkün değildir.<sup>31</sup> Yani bazı Yargıtay kararlarında yapıldığı gibi laik olmayanların laik olanlara karşı, devlete karşı halkın tahrik edilmesi, bazı devlet kurumların karşı halkın tahriki<sup>32</sup> fiil açısından değerlendirildiğinde, suçta sayılan vasıflara haiz halk kesimlerinin yokluğu sebebi ile (fiil tipik olmadığından) suç oluşmaz. Şartları varsa ancak suç işlemeye tahrik suçu oluşabilir. (214/f1)

<sup>24</sup> Durmuş Tezcan-M. Ruhan Erdem-Oğuz Sancakdar, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, s. 416 vd.

<sup>25</sup> Gerekçe.

<sup>26</sup> Centel-Zafer-Çakmut, a.g.e., s. 260 vd.

<sup>27</sup> Dömezer-Erman, a.g.e., s. 291 vd.

<sup>28</sup> Turhan Tufan Yüce, *Ceza Hukuk Dersleri 1*, s. 237.

<sup>29</sup> Turhan Tufan Yüce, a.g.e., s. 237.

<sup>30</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, a.g.e., s. 450.

<sup>31</sup> Şevket Eygi kararı karşı oy.

<sup>32</sup> Ahmet Gökçen, a.g.e., s. 129 vd.

Yukarıda değindiğimiz tipiklik unsurunun gerçekleşmesi için ayrıca bu halk kesimlerinin biri birine karşı “alenen tahrik edilmesi” de lazımdır.<sup>33</sup>

## 2. Maddi Unsurlar

### a) Yasaklanan Hareket ve Suçun İşleniş Anı

Hiçbir devlet “vatandaşları arasında muayyen özelliklere sahip bir kesiminin diğer bir kesim aleyhine kin ve düşmanlığa, öç almayı gerektirecek şiddetli nefret yönlendirmesine seyirci kalmaz”<sup>34</sup> gerekçesi ile soyut ceza normu haline getirilen “Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik” suçu bakımından yasaklanan ve suç sayılan hareket “aleni tahrik”tir.<sup>35</sup> Gereçede belirtilen ve tipiklik unsurunda bahsettiğimiz belli vasıflara haiz halk kesimlerini, yine belli vasıflara haiz diğer bir halk kesimine karşı “alenen tahrik” ederek, kin ve düşmanlığa sevk eden kişi veya kişiler TCK 216 anlamında suç işlemiş olurlar. Burada suç işlemiş sayıldığı anın belirlenmesi özel öneme haizdir. Öyle ki suç acaba hareketin yapılması ile başlamış ve tamamlanmış mı olur, yoksa bu hareketin suçta sayılan muayyen özelliklere haiz halk kesimince öğrenilebilir hale mi gelmesi gerekir? Burada Farklı görüşler devreye girmektedir. Hareketin yapılışını yeterli sayanlar olduğu gibi, öğrenilebilir hale gelmeyi veya halkın bunu algıladığı anı suçun işlendiği an olarak kabul eden görüşler vardır.

Kanaatimce suç tanımında ‘halkın belli kesimlerinin birbirine karşı kin ve düşmanlığa tahrik edilmesi’ dendiği için, suçun işlendiği an suçun muayyen vasıflara haiz halk kesimince hareketin algılandığı an esas alınmalıdır.

### b) Yasaklanan Fiil Açısından Bazı Kavramların Açıklanması

Yukarıda da değindiğimiz gibi suçun işlenmesi için halkın muayyen vasıflara haiz bir kesiminin, diğer bir kesimine karşı “alenen kin

ve düşmanlığa tahrik” edilmesi gerekir. Acaba yasaklanan bu fiil açısından aleniyet, kin, düşmanlık ve tahrik ne anlama gelmektedir. Açıklayalım;

**Aleniyet:** Arapça bir kelime olan aleni kelimesinden türetilen ve yine bir Arapça sözcük olan alenen sözcüğü kelime anlamı itibarıyla; açıktan açığa, herkesin gözü önünde, herkesin içinde, gizlemeden<sup>36</sup> anlamlarına gelmektedir. Yeni TCK’da tanımlanmayan bu kavram, eski TCK döneminde de bu suç için tanımlanmamıştı. Fakat 765 sayılı TCK’nın 153. maddesinde düzenlenen “Askerleri İtaatsizliğe Tahrik” suçunda aleniyet bu suç için tanımlanmıştı. Yargıtay da uygulamada bu maddeyi de örnekleyerek aleniyeti tanımlamaktaydı. 153. maddenin aleniyete ilişkin düzenlemesi<sup>37</sup> yeni TCK’ya alınmamıştır. 5237 sayılı TCK da ise böyle bir madde bulunmamaktadır. Bu yüzden doktrinde farklı görüşlerle inceleme konumuz suç açısından aleniyet tanımlanmaya çalışılmıştır.

Bir görüşe göre herkesin rahatça girip çıkabildiği veya rahatça bulunabileceği yerde işlenen fiil aleni işlenmiştir. Burada kamuya açıklık esas alınmıştır. Aleniyetin bu fikre göre tanımı, fiilin öğrenilebilme tehlikesinin varlığı baz alınarak yapılmaya çalışıldığı söylenebilir.

Diğer fikre göre ise yerin kamuya açık bir yer olması aleniyet açısından önemli değildir. Bu fikre göre aleniyetten, ancak fiili algılayabilen kişiler varsa varlığından bahsedilebilir.<sup>38</sup>

Kanaatimce aleniyetin varlığından söz edebilmek için, suç oluşturan fiilin, suçta sayılan kişilerce algılanması gerekmektedir. Aksi halde örneğin incelmekte olduğumuz suç açısından halkın bir kesimince algılanamayan ve öğrenilmeyen tahrik edici eylemlerin, kişinin kendi kendisine yaptığı bir uğraş olmanın ötesine geçemeyeceği ve de halkı kin ve düşmanlığa sevk etmeyeceği için bir önem yoktur. Burada önemli olan eylemin kişiler üzerinde bıraktığı ve diğer kişilere zarar vermeye yol açabilecek etkidir. Bu nedenle ikinci görüşün benimsediği aleniyet tanımı daha isabetlidir.

<sup>33</sup> Ahmet Gökçen, a.g.e., s. 129 vd.

<sup>34</sup> Gereççe.

<sup>35</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, a.g.e., s. 448.

<sup>36</sup> **Güncellenmiş Türkçe Sözlük**, TDK, www.tdk.gov.tr.

<sup>37</sup> 765 sayılı TCK, madde 153/f4.

<sup>38</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, a.g.e., s. 453.

Basın ve yayın araçları vasıtasıyla yapılan yayınlar yolu ile işlenen fiillerde ise, ilgili basın kuruluşunun sürekli takipçilerinin varlığı nedeni ile her zaman aleni sayılması yerinde olur. Bu davranış biçimi hayatın olağan akışına uygundur çünkü; bir yayın kuruluşunun varlığı çoğu zaman yayını vasıtası ile kazanılan kazançla mümkün olabildiği için, ulaşabildiği kişilerden (örneğin abonelerinden) elde ettiği gelir takipçi kişilerin varlığını ispatlar. Bu yüzden belli kişilerce fiilin algılanacağı açıktır.

**Kin**; bu kelime dilimize Farsçadan geçmiştir. Kelime sözlükte; birine karşı duyulan öç alma isteği, garez<sup>39</sup> olarak tanımlanmaktadır. 5237 sayılı TCK ise kini 216. maddenin gerekçesinde “öç almayı gerektirecek şiddetli düşmanlık hareketlerinin zeminini oluşturan psikolojik bir hal”<sup>40</sup> olarak tanımlamış ve kanunun kin kavramından ne anladığını ortaya koymuştur.

**Düşmanlık**, Farsçadan dilimize geçen düşman kelimesinin dilimize yerleştikten sonra aldığı yapım eki ile oluş bildiren bir kelime olan düşmanlık kavramı türemiştir. Düşmanlık “1) biri birinin kötülüğünü isteyen, ondan nefret eden, dost kelimesinin karşısı, 2) Aralarında biri biri ile çatışmaya varacak derecede anlaşmazlık bulunan taraflar”<sup>41</sup> manalarına gelmektedir.

İnceleme konumuz suçun gerekçesinde düşmanlık; husumet beslenen konuya karşı, düşünerek tasarlayarak, zarar vermeye, onu mağlup etmeye yönelmiş kin duygusu<sup>42</sup> olarak ifade edilmiş ve TCK'nın kavrama yüklediği anlam ortaya konmuştur.

Bu iki kelime (*Kin ve Düşmanlık*) 216. maddede “ve” bağlacı ile bağlanmıştır. Fakat kanun yapım aşamasında oluşturulan komisyonda görev alan Gökçen buradaki “ve” bağlacının “ile” olarak değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Yani bu halde halkı sadece kine yönlendiren veya sadece düşmanlığa sevk eden eylemler 216. madde açısından tipik suç sayılabilecek eylemler değildir. Bu halde işlenen fiiller tipik olmayacağından suç

oluşmayacaktır. Fiilin tipik olması için ise hareketin “kin ile düşmanlığa” beraberce tahrik edilmesi gerekmektedir.<sup>43</sup> 312. maddede ise sadece kine veya sadece düşmanlığa tahrik eden fiiller cezalandırmakta idi.<sup>44</sup>

**Tahrik**, Arapça bir kelime olan tahrik sözlük anlamı itibariyle “bir kimseyi kötü işler yapması için ileri sürmek, kıskırtmak;<sup>45</sup> tahrik etmek ise, harekete geçirmek anlamına gelmektedir.

Ceza hukuk anlamında bu kavram, öç almaya yönlendirme, bir suç işlemeye sevk etme anlamlarını içermektedir. Bu durum kanunun gerekçesinde tahrik, soyut saygısızlık ve reddin ötesinde bir halk kesimine karşı düşmanca tavırlar gösterilmesini sağlamaya ve ya bu tür tavırları pekiştirmeye objektif olarak elverişli fiiller olarak ifade edilmiştir. Bu açıdan sert eleştiriler ve kötüler tahrik boyutuna ulaşmadıkça suç sayılmayacaktır.<sup>46</sup>

Bütün bu kavramlar beraber değerlendirildiğinde ise belli vasıflara haiz, bir halk kesimini yine belli vasıflara haiz diğere bir halk kesimine karşı öç almaya, düşmanlık duymaya yönlendiren ve de alenen işlenen fiiller ancak yasaklanmış fiiller olup, madde anlamında suç sınırları içerisinde kalmaktadır.

### 3. Mağdur ve Fail

Madde metninde nötr ifadeler kullanılarak genel bir suç alanı çizilmiştir. Fail açısından ayırıcı bir özellik ön görmeyen suç metni, suçun herkes tarafından işlenebilir bir suç ihdas edildiğini göstermektedir. Suç açısından ceza sorumluluğuna haiz olmak kâfidir. Suç için kamu görevlisi veya sivil olmak hiçbir önem taşımamaktadır.<sup>47</sup> Eski TCK döneminde yürürlükte olan 312. maddeden birçok sivilin yanında kamu görevlisi de yargılanmıştır. Örneğin bir dönem başbakanlık da yapmış Necmettin Erbakan Bingöl'de yaptığı bir konuşmada; “Türküm, doğrudum çalışkanım. E

<sup>39</sup> **Güncellenmiş Türkçe Sözlük**, TDK, www.tdk.gov.tr.

<sup>40</sup> Gerekçe.

<sup>41</sup> **Güncellenmiş Türkçe Sözlük**, TDK, www.tdk.gov.tr.

<sup>42</sup> Gerekçe.

<sup>43</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, a.g.e., s. 451.

<sup>44</sup> Ahmet Gökçen, a.g.e., s. 127.

<sup>45</sup> **Güncellenmiş Türkçe Sözlük**, TDK, www.tdk.gov.tr.

<sup>46</sup> Gerekçe.

<sup>47</sup> Ahmet Gökçen, a.g.e., s. 127 vd.

sen bunu söyleyince öbür taraftan da Kürt kökenli bir Müslüman evladı ya öyle mi, ben de Kürdüm, daha doğrudum daha çalışkanım deme hakkını kazandı...” sözleri nedeni ile halkı kin ve düşmanlığa (ırk farkı gözeterek) tahrik ettiği gerekçesi ile yargılanmıştır.<sup>48</sup> Yine Başbakan Recep Tayip Erdoğan 1997’de Siirt’te yaptığı bir konuşma nedeni ile bu suçtan yargılanmıştı: Hasan Celal Güzel de bakanlık yaptığı dönemde bu suçtan yargılanmıştır.<sup>49</sup>

Suçta mağdur olarak gösterilen; muayyen vasıflara (sınıf, ırk, bölge, din ve mezhep) haiz olmaları hasebi ile kendilerine karşı kışkırtılan, tahrik edilen halk kesiminin husumetlerinin kendilerine yönlendirilmesi sebebi ile aleyhine kışkırtılan halk kesimidir.<sup>50</sup>

Suçun mağduru olan hal kesiminin sahip olduğu muayyen vasıflar ve halk kavramı inceleme konumuz açısından özellik taşıdıkları için açıklanması gerekli kavramlardır. Buna göre;

**Halk;** Arapça kökene sahip halk kelimesi, “1) Aynı ülkede yaşayan aynı kültür özelliklerine sahip, aynı uyruktaki insan topluluğu, folk, 2) Bir ülke içinde yaşayan değişik soylardan insan topluluklarının her biri.” anlamlarına gelmektedir.<sup>51</sup> Literatürde yönetenler dışında kalan herkes anlamına geldiği de kabul edilmektedir.<sup>52</sup>

Ceza hukuk açısından ise “halk” kavramı, ceza hukukundaki “mülkellik, ülkesellik” prensibi de gözetilerek, ülke içindeki herkesin oluşturduğu bütün olarak anlaşılmaktadır. Burada din, mezhep, köken, tabiiyet, ideolojik veya bölgesel farklılıklar dikkate alınmadan, sırf kişilerin fert olarak oluşturduğu bütün dikkate alınır.<sup>53</sup>

Suçun temel unsuru olan halk kavramını tanımlandıktan sonra, tipiklik unsuru gereği halk kesiminin sahip olması gereken vasıfların

açıklamalarına geçebiliriz. Açıklama konusu yapacağımız kavramlar suç metninde geçen ve farklılıkları gözetilerek tahrik fiiline konu edilen; Sosyal sınıf, ırk, din, mezhep ve bölge kavramlarıdır. Buna göre;

**Sosyal sınıf;** sosyolojik bir kavram olan sosyal sınıf kavramı toplumdaki farklı özelliklere sahip insan gurupları arasındaki ayniyetler baz alınarak yapılan gruplamalar yolu ile oluşturulan kümeleri ifade eder. Tanımdan da anlaşılacağı üzere sosyolojik anlamda sınıflar tanımlanırken, toplumlara hâkim ekonomik, sosyal, dinsel vs. kurallar referans alınarak kendiliğinden oluşan tabakalar tasvir edilmeye çalışılır. Sosyoloji bilimi bu gruplamalarda baz alınan ayniyetler ve benzerliklerin insanları birbirine yaklaştırdığı, farklılıkların insanları birbirinden uzaklaştırdığı varsayımından hareket eder. Örneğin Marksist literatürde maddi üretim araçları ile insanların girmiş olduğu ilişkiye göre kapitalsi toplum tanımlanmaya çalışılmıştır; dinsel kuralların hâkim olduğu toplumlarda ise gruplamalar dini merteye ve inançlılık kriteri [takva] sosyal sınıfların belirlenmesinde etkili olmuştur. Bu yüzden en genel tanımı ile sosyal sınıf, benzer ekonomik güçlere sahip, hayat biçimleri benzer kültür ve eğilimleri aynı özellikler taşıyan, ekonomik menfaatleri müşterek olan ve bütün bu hususlarda aynı davranma şuuruna sahip bulunan kişilerin meydana getirdiği topluluk olarak formüle edilebilir.<sup>54</sup>

Bu açıklamadan sonra ceza hukukunun sosyal sınıftan ne anladığına geçebiliriz. Ceza hukukuna göre, ceza kanununun uygulandığı toplumda kendiliğinden oluşan guruplar (ki bunu yine sosyoloji bilimi belirleyecektir), halk arasında belli kesimler tabaka olarak adedilmektedir. Bu tabakalar manevi anlamda birliktelik şuru sağlamakta ise sosyal sınıfın varlığı kabul edilerek, uygulanacak normlardaki sosyal sınıf kavramına bu toplumsal gruplamalar esas teşkil edilerek cezalandırma yoluna gidilir.

Birçok ülke gibi ülkemizde kabul edilen sınıf sistemi ise Marksist literatürün kapitalist düzeni açıklamak için kullandığı kriterlerden etkilenmiş ve toplum sınıflara bölünürken bu esaslara göre gruplama yapılmıştır.

<sup>48</sup> Yargıtay 8. CD. 5.7.2000 tarih ve 2000/13957-13093 sayılı kararı.

<sup>49</sup> Ulaş Karan, a.g.e.

<sup>50</sup> Ahmet Gökçen, a.g.e., s. 74.

<sup>51</sup> **Güncellenmiş Türkçe Sözlük**, TDK, www.tdk.gov.tr.

<sup>52</sup> **Sosyal Bilimler Ansiklopedisi**, Halk Bahsi.

<sup>53</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, a.g.e., s. 456.

<sup>54</sup> **Sosyal Bilimler Ansiklopedisi**, Sosyal Sınıf Bahsi.



Ceza kanunumuzun yapılışında görev alan Gökçen'e göre, çağdaş toplumlarda ve ülkemizde hâkim olan dört sosyal sınıf vardır; işçi sınıfı, yönetenler sınıfı, orta sınıf ve köylü sınıfı.<sup>55</sup> Bu da gösteriyor ki ceza kanunumuzda bu sosyal sınıflar ceza normu anlamında sınıf kabul etmektedir. İşlenen fiilin suç olması için ancak bu sosyal sınıflar arasındaki farklılık gözetilerek tahrik fiili işlenmiş olmalıdır.

Yargıtay ise bir kararında sosyal sınıf kavramından ne anladığını şöyle açıklamıştır;

"Toplumun yapısındaki yeri ve özelliği ile varlık kazanmış, aynı toplumsal düzeydeki bireylerin toplamından oluşan grupları kapsadığı öğretisi ve içtihatlarında kabul edilmektedir. Kendiliğinden oluşmuş ancak devamlılığı bulunan ve kendi içinde organize olmamış büyük insan kategorileri de genel anlamda sosyal sınıf olarak kabul edilir."<sup>56</sup>

Sonuç olarak az önce de değindiğimiz gibi 216. madde deki halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun işlenebilmesi için, işlenen fiilin bu sınıflar arasındaki farklılıktan bahisle işlenmiş olması lazımdır.

**İrk:** İrk terimi biyoloji bilimine ait bir terimdir. Kavram bu bilimde kalıtımsak olarak ortak fiziksel ve fizyolojik özelliklere sahip insanlar topluluğu veya bir canlı türünde aynı karakteri taşıyan canlıların oluşturduğu alt bölüm<sup>57</sup> anlamlarına gelmektedir. Biyoloji olarak insanların dört ana ırka sahip olduğu kabul edilir; sarı ırk, kara ırk, beyaz ve ilkel ırklar.<sup>58</sup>

Ceza kanunumuz açısından ise bu açıklama çok anlam ifade etmemektedir. Yargıtay bir kararında ırkı "genetik açıdan koşullandırılmış, kuşaktan kuşağa geçen bedensel özelliklere sahip, birey toplulukları<sup>59</sup> olarak tanımladıktan sonra, Kürt ve Türkleri ayrı ırklar olarak değerlendirerek kararını buna göre tesis etmiştir. Bu karar doktrinde tartışma konusu yapılmış ve biyolojik anlamdaki ırktan farklı bir

ırk değerlendirmesi yapmanın doğru olmadığı vurgulanmıştır.<sup>60</sup>

Din; bu kavramda TCK 216. maddesinde halkın sahip olduğu vasıflardan biri olarak sayılmıştır. Arapçadan dilimize geçen din kavramı Allaha, doğaüstü güçlere, çeşitli kutsal varlıklara inanmayı ve tapınmayı sistemleştiren toplumsal kurum anlamına gelmektedir.<sup>61</sup>

Ceza kanunumuza göre ise din; bir cemaatin sahip olduğu kutsal kitap, peygamber veya yaratıcı kavramalarını da genelde içinde barındıran inanç sistemi ve bu sisteme bağlı olarak yapılan ibadet, yerine getirilmeye çalışılan ahlaki kuralların bütünüdür. İnceleme konumuz olan suç açısından aleni tahrikin din farkı gözetilerek yapılması lazımdır.

**Mezhep;** Dinin bir alt kavramı olan mezhep aynı zamanda ilahiyat biliminin de bir terimidir. Bir dinin görüş, yorum ve anlayış farklılıkları sebebiyle ortaya çıkan kollarından her biri anlamına gelen mezhep kavramı Ceza Kanunumuzun 216. maddesinde de farklılıkları gözetilerek tahrik edilen halk kesiminin bir vasfı olarak sayılmıştır. Burada Ceza Kanunumuz ilahiyat biliminin tasnifine sadık kalmakta ve ilahiyat bilimince yapılan ayrımlara göre mezheplerin varlığını kabul etmektedir.

Mezhepler birçok ilahi ve ilahi olmayan dinde bulunmakla beraber ilahi dinlerdeki mezhepler şöyle sırlanabilir;

**İslâmiyet'te;** İslâmi literatürde mezhepler itikadi ve ameli (hukuki, fıkhi) mezhepler olmak üzere, iki kategoriye ayrılarak incelenmektedir.<sup>62</sup> Bunlardan Fikhî olanlar İslâm tarihinde sahabeyi kiramın sayısı ve hukukçuların oluşturduğu ekollere göre çok fazla olduğu bilinmekle beraber, günümüze kadar ulaşan dört temel mezhep sayılabilir; Hanefi, Maliki, Hanbelî ve Şafi. İtikadî olarak ise mezhepler; Ehli Sünnet Ve'l-Cemaat mezhebi ve diğerleri olarak kategorize edilebilir. Ehli Sünnet dışındaki mezheplere Şia, Haricilik, Mutezile, Cebriye, Mürciye sayılabilir

<sup>55</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, a.g.e., s. 457.

<sup>56</sup> YCGK, 29.04.2008 tarih 2008/92 sayılı Kararı.

<sup>57</sup> *Sosyal Bilimler Ansiklopedisi*, İrk Bahsi.

<sup>58</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: Ahmet Gökçen, a.g.e.

<sup>59</sup> Yargıtay CGK 27.10.1998 tarih ve 8-242/335 sayılı kararı.

<sup>60</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, a.g.e., s. 459 vd. Ahmet Gökçen, a.g.e., s. 93 vd. Vural Savaş-Sadık Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 3018 vd.

<sup>61</sup> *Güncellenmiş Türkçe Sözlük*, TDK, www.tdk.gov.tr.

<sup>62</sup> Muhammed Ebu Zehra; *Mezhepler Tarihi*.

**Hıristiyanlık'ta;** bu dinin belli başlı mezhepleri Katolik mezhebi, Ortodoksluk, Protestanlık, monofizit kiliseler ve diğerleri olarak sayılabilir.<sup>63</sup>

**Yahudilik'te;** Bu dinde eski dönemlerden beri değişimler görülmekle beraber günümüz açısından, dinin mezhepleri dört grupta kategorize edilebilir; Ortodoks Yahudilik, Reformist Yahudilik, Muhafazakâr Yahudilik ve Yeniden Yapılanmacı Yahudilik.

**Bölge;** 216. madde geçen kavramlardan biri de bölge kavramıdır. Coğrafi terim olan bölge, ceza kanunumuzda da aynı anlama gelecek şekilde kullanılmıştır. Sınırları, idari, ekonomik birliği, toprak, iklim ve iklimi örtüsü bakımından benzerliğine veya üzerinde yaşayan insanların aynı soydan gelmiş olmalarına göre belirlenen toprak parçası.<sup>64</sup> Ceza Kanunumuz ise bu anlatımdan yola çıkarak, belirlenmiş toprak parçası üzerindeki halk kesimini dikkate almış ve bölgeler arası kamu barışı sağlamayı hedeflemiş, bölge farklılığının husumet sebebi olmasına izin vermemiştir. Bu kavramdan hareketle 216. maddedeki suçun işlenebilmesi için, bölge farklılığı gözetilerek tahrik fiilinin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

#### 4. Hukuka Aykırılık

Bir eylemin suç sayılabilmesi için öncelikle hukuka aykırı olması gerekmektedir. Suçun var olması için hukuk düzenince yasaklanmış bir eylemin varlığı ve yasaklanan bu eylemi bazı şartların gerçekleşmesi halinde hukuka uygun hale getiren bir hukuka uygunluk sebebinin bulunmaması lazımdır. Eylem yasak koyan veya emir veren hukuk kuralı ile çeliştiği zaman, bu eylemi hukuka uygun hale getiren bir başat hukuka uygunluk sebebinin var olamaması ile çift şartlı bir eylem gerçekleşmiş ve suç işlenmiş olur. İnceleme konumuz suç açısından yasaklanmış fiil yukarıda da değindiğimiz gibi "aleni kin ve düşmanlığa tahriktir". Fail tarafından yapılan hareket "aleni tahrik" boyutuna vardığında eylem TCK 216. maddesine aykırı olacak ve hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmiş (diğer unsurların

varlığı il berbere) olacağından suç işlenmiş sayılacaktır.

Peki, inceleme konumuz açısından mevzuatımızda ya da uluslararası belgelerde bir hukuka uygunluk sebebi ön görülmüş müdür acaba? İşte bu noktada 1982 Anayasanın 25 ve 26. maddeler ile İHAS'ın 9. ve 10. maddeleri devreye girecektir.

Anayasamızın 25. maddesi "Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz." diyerek düşünce ve kanaat hürriyetini, 26. madde ise "Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar..." diyerek ifade hürriyeti güvence altına almıştır. Aynı şekilde İHAS'ın 9. maddesi düşünce özgürlüğünü, 10. maddesi ise ifade özgürlüğünü güvencelemiştir.

Düşünce özgürlüğü temel insan haklarından olup, güvencelenmesi mutlaka gerekli haklardandır. Gerçekten düşünme yetisi ile diğer varlıklardan ayrılan insan, bu yetisi sayesinde elde ettiği kanaatini rahatça açıklayabilmelidir. Baskıcı ve totaliter toplumlarda bu hakkın aşırı derecede sınırlanan nedeniyle bu toplumlar geri kalmakta, değişim ve gelişimleri durmaktadır.

Düşünce hürriyeti, kendi içersinde geçirdiği üç evre de dikkate alınarak, üç unsur içerdiği genel olarak kabul edilen görüştür. Gerçekten düşünme yetisinin kullanılabilmesi için, kanaat sahibi olunan konu hakkında öncelikle bilgi edinilmelidir. Bu da haber alma ve öğrenme gibi iki yolla yapılabilmektedir. Öte yandan kanaatin oluşması bu haber almadan sonra, yani ikinci evre olan düşünme evresinde elde edilmektedir. Düşünme yetisinin son everesi ise elde edilen kanaatin çeşitli vasıtalarla dışa vurulması safhasıdır ki buna da ifade safhası denmektedir.

Şimdi bu üç evreyi niteleyen unsurlara geçebiliriz;

Birinci evre olan *kanaat elde etmek için verilerin toplanması evresinin korunması ve*

<sup>63</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, a.g.e., s. 464 vd.

<sup>64</sup> **Güncellenmiş Türkçe Sözlük**. TDK, www.tdk.gov.tr.

buradaki hakların belirlenmesi için “Haber alma ve öğrenme hürriyeti” kavramı kullanılmaktadır. Bu evrede kişi bir düşünce oluşturmak için kaynak araştırmasına girer, bulunduğu haber ve öğrenim kaynakları arasında seçim yapar ve bu kaynaklardan faydalanır. İşte bu araştırma ve seçme safhasında kişinin kaynak araştırmasının engellenmemesi, kaynak seçiminde engellenmemesi ve seçtiği kaynaktan özgürce faydalanması esastır. Bu safhalardaki herhangi bir engelleme ve yasak düşünce özgürlüğüne müdahale sayılacak ve yukarıda saydığımız maddelerin engellenmesine takılacaktır. Yani kısaca kişi haber alma kaynağını araştırmada, bulunduğu kaynaklar arasında seçim yapma ve seçtiği kaynaklatan faydalanma hakkına haizdir.

İkinci evre olan *kanaat oluşturma evresi* ise salt kişinin düşünme fonksiyonu ile alakalı olup, tamamen bir iç etkinlikten ibarettir. Bu evreyi ifade etmek ve bu evredeki hakları belirlemek için ise “kanaat hürriyeti” kavramı kullanılmaktadır. Burada tamamen iç etkinlikten ibaret olan bir husus için kişi acaba ne tür haklara haizdir? İşte burada kişinin fikir belirtmeme hakkına haiz olduğu husus ortaya çıkar. Bu yüzden de yasal düzenlemelerde kimsenin düşüncesini açıklamaya zorlanamayacağı hususu hüküm altına alınmaktadır. Bu hak literatürde susma hakkı, konuşmama hakkı olarak da isimlendirilmektedir.

**“İfade Safhası”.** Bu son safha inceleme konumuzu en çok ilgilendiren safhadır. Çünkü bu safhada kişi artık düşünce sahibi bir varlık olarak, düşüncesinin dışarıya vurmak isteyecektir. Bunu, seçtiği herhangi bir yolla yapabilir. Örneğin radyo yayını, televizyon veya yazı ile bu isteğini yerine getirebilir. Burada kişi artık eyleme geçmekte olduğu için ceza hukuk açısından bir hareket de vardır. Bu hareket ceza kanunu açısından suç sayılmayan bir eylem şeklinde olabileceği gibi suç sayılan bir eylem de olabilir. Kişi burada enerjik bir tenkit yapabileceği gibi bazı kişi ve kurumları hedef alan açıklamalarda da bulunabilir. Kişi bu fikirlerini kabul ettirmeye de çalışacaktır. Kişi burada bu düşüncüyü açıklama yolunu seçme hakkına haiz olduğu gibi, bu düşüncesini seçtiği yolla açıklaması da engellenemez. Bu eylemi gerçekleştiren kişi eylemi açıklamakta özgür

olmasına rağmen inceleme konumuz olan suç açısından eylemleri, halkı kin ve düşmanlığa tahrik edecek dereceye varmamalıdır. Aksi takdirde suç işlemiş olacaktır. Burada düşüncenin ifade edilmiş biçimi önem kazanmaktadır. TCK’nın 216. maddesi anlamında bu ifade edilmiş biçimi [hareket] “Alenen kin ve düşmanlığa tahrik” boyutuna varmalıdır. Ancak bu boyuta varan söz ve eylemler suç, yapılan eylemlerin değerlendirilmesinde madde kapsamında belirlenen makama erişmeyen fiiller ise suç sayılmayacaktır.

Düşünce hürriyetinin kapsamı böyle olmakla birlikte hem Anayasada hem de İHAS’da bu hakkın sınırlanabilme sebepleri sayılarak, hakkın sınırsız bir kapsama sahip olmadığı belirtilmiştir. İHAS’ın 9. ve 10. maddelerine göre bu hak; milli güvenlik, toprak bütünlüğünün korunması, amme emniyeti ve suçun önlenmesi, kamu düzeninin korunması, genel sağlığın, genel ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli haberlerin ifşasının men olunması sebepleri ile kısıtlanabilir.<sup>65</sup>

İnceleme konumuz suçla ilgili AİHM’in Türkiye hakkında verdiği kararların birkaçı şöyledir:<sup>66</sup>

- 1993 tarihli Kemal Yanaşık-Türkiye Kararı,
- 1993 tarihli Şenay Karaduman ve Lamia Bulut-Türkiye Kararı (Başörtüsüne ilişkin İstanbul Üniversitesi öğrencilerinin açmış olduğu dava),
- 2001 tarihli Tepeli ve Diğerleri-Türkiye Kararı,
- 1997 Tarihli Mehdi Zana-Türkiye Kararı,
- Ceylan-Türkiye Kararı,
- Başkaya ve Okçuoğlu-Türkiye Kararı.

Bu konuda geçmiş dönemde verilmiş birçok karar bulunmaktadır. Biz örnek mukabilinde sadece yukarıda ismi zikredilen davaları seçmiş bulunmaktayız.

<sup>65</sup> İHAS madde 9 ve madde 10.

<sup>66</sup> Tezcan-Erdem-Sancakdar, a.g.e., s. 416 vd.

## 5. Suçun Manevi Unsuru ve Özel Görünüş Biçimleri

İnceleme konumuz suç, sadece kasten işlenebilen bir suç niteliğindedir. Taksirle işlenmeyen suç olası [muhtemel] kastla da işlenebilmektedir.

İlgili suç sırf hareket suçu olduğundan aksine görüşler mevcut olmasına rağmen kanımızca teşebbüse müsait bir suç değildir. Suç, hareketin icrası ile hukuk âleminde varlık kazanacaktır.

Suç içtima hükümleri açısından herhangi bir özellik arz etmemektedir. İlgili nedenle fikri ve gerçek içtima müsait bir suç niteliğindedir.

Suçta TCK'nın madde 37 ve devamında düzenlemiş olduğu iştirak biçimlerinden herhangi bir şekli ile iştirak etmek mümkündür.

Görev alanı itibariyle Asliye Ceza Mahkemesinin görev alanına giren bir suç olan Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu, resen kovuşturulan bir suç niteliğindedir.

### Kaynakça

Ahmet Gökçen, *Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü. TCK Madde 312/2, Liberal Düşünce Topluluğu*, Avrupa Komisyonu sponsorluğunda basılmış, ücretsiz bası, Ankara 2002.

Durmuş Tezcan-M. Ruhan Erdem, *Sancakdar, Oğuz; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, 2. Baskı, Seçkin Yay., Ankara 2004.

Ebu Zehra Muhammed, *Mezhepler Tarihi*, Ağaç Yay., 2006.

Fazıl Erdem, *"TCK'nın 312. Maddesinin Koruduğu Hukuksal Değerin Kısa Bir Analizi: Türkiye Devlet Düzeni V. Demokratik Kamu Düzeni"*, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 2002.

*Güncelenmiş Türkçe Sözlük*, TDK, www.tdk.gov.tr

M. Emin Artuk-Ahmet Gökçen-Caner Yenidünya, *Ceza Hukuk Özel Hükümleri*, Turhan Kitapevi, İstanbul, Nisan 2007.

Nur Centel-Hamide Zafer-Özlem Yenerer Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta Basım Yayın, İstanbul 2005.

*Sosyal Bilimler Ansiklopedisi*, Risale Yay.

Sulhi Dömezer-Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuk*, Cilt 1. Beta Basım Yayın, İstanbul 1987.

Turhan Tufan Yüce, *Ceza Hukuku Dersleri 1*, Yetkin Yay., Manisa 1982.

Uğur Alacakaptan, *"Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar"*, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 2000.

Ulaş Karan, *"Yeni Türk Ceza Kanunu 216. Maddesi ve Anlatım Özgürlüğü"*, İstanbul Barosu Dergisi, sayı 2005/5 (Eylül-Ekim).

Vural Savaş-Sadık Mollamahmutoğlu, *Türk Ceza Kanununun Yorumu*, Cilt 2, 3. Baskı.