



## DÜŞÜNCEYİ AÇIKLAMA ÖZGÜRLÜĞÜ ÇERÇEVESİNDE HALKI KİN VE DÜŞMANLIĞA TAHİRİK SUÇU



Ayşen SEYMEN ÇAKAR\*

### ÖZ

Anayasamızda düşünce özgürlüğü mutlak olarak tanınmış iken; düşünceyi açıklama özgürlüğü sınırlanmıştır. Teknolojinin ilerlemesi, kültür farklılıklarının azalmasına yol açarken; bazen de bu farklılıkların ön plana çıkmasına neden olmaktadır. Türk Ceza Kanununda sayılan bazı suçlar ırksal, dinsel, etnik, siyasal, cinsel vs. farklılıklar sebebiyle işlenebilir. Türk Ceza Kanununda sayılan bu tür suçlardan bir tanesi de halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçudur. Bu suç, Türk Ceza Kanununun 216. maddesinde düzenlenmiştir. Bu suç, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılıkları sebebiyle işlenebilmektedir ve suçun oluşması için ayrıca kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması gerekmektedir.

**ANAHTAR SÖZCÜKLER:** Düşünce özgürlüğü, ifade hürriyeti, nefret suçları, halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu

### WITHIN THE FRAMEWORK OF FREEDOM OF THOUGHT CRIME OF INCITEMENT TO HATRED AND HOSTILITY

#### ABSTRACT

While freedom of thought is recognized as an absolute, freedom of expression is limited in the constitution. The advancement of technology led to a reduction of cultural differences sometimes lead to these differences come to the fore. Some crimes listed in the Turkish Penal Code can be processed due to differences like racial, religious, ethnic, political and sexual. Also one of the this kind of crimes listed in the Turkish Penal Code is crime of incitement to hatred and hostility. This crime is in the 216. article of the Turkish Penal Code. This crime can be processed due to differences like social class, race, religion, sect or region and for the crime also a clear and imminent danger to public safety must occur.

**KEY WORDS:** Freedom of thought, freedom of expression, hate crimes, crime of incitement to hatred and hostility

\* Bilecik Şeyh Edebali Üniversitesi İ.İ.B.F. Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri,  
[aysen.seymen@bilecik.edu.tr](mailto:aysen.seymen@bilecik.edu.tr)



## GİRİŞ

Düşünce özgürlüğü, Anayasamız tarafından mutlak olarak tanınmış ve korunmuş bir temel hak ve özgürlük türüdür. Anayasamız, düşünceyi açıklama özgürlüğüne, düşünce özgürlüğünden ayrı bir maddede yer vermiş ve düşünce özgürlüğünü mutlak olarak tanımış iken; düşünceyi açıklama özgürlüğüne sınırlı bir şekilde yer vermiştir. Düşünce, şüphesiz, insanın sırf insan olmasından kaynaklanan, varlığının bir kanıtı olan, insanı iradi bir varlık haline getiren, en temel insan haklarından bir tanesidir. Fakat diğer hak ve özgürlükler gibi düşünce özgürlüğü veya bu düşünceyi açıklama özgürlüğü de sınırsız değildir. Aslında tüm hak ve özgürlüklerin bir sınırı vardır. Önemli olan bu sınırın sınırlarını tespit edebilmektir. Bu sınırlamanın sınırlarını tespit etme yetki ve görevi ise milletin temsilcilerine aittir, yani sınırlama ancak kanunla yapılabilir. Anayasamız 10. maddesinde eşitlik ilkesine yer vermiştir. Bu ilke ayrıca pek çok uluslararası sözleşmede ve yabancı anayasalarda da yer bulmuştur. Eşitlik ilkesinden çıkan bir sonuç vardır ki; o da ayrımcılık yasağıdır. Ayrımcılık yasağı da bugün için pek çok uluslararası sözleşmede ve anayasalarda ifade bulmuş ve üzerinde ciddi çalışmalar yapılan bir konudur. Teknolojinin oldukça ilerlediği ve artık insanların birbiriyle olan iletişim imkanlarının iyice arttığı günümüzde, farklı ülkelerdeki faaliyet, eylem ve söylemler daha yakından ve sığağı sığağına gözlemlenebilmektedir. Bu imkanlar, toplumların birbirlerinden etkilenmelerine, bireylerin farklı kültürleri tanımalarına ve kültür farklılıklarının bir ölçüde azalmasına yol açarken; bazı durumlarda da bu farklılıkların daha da ön plana çıkmasına, ırkçı, dinsel, etnik vs. nefretin gelişmesine ve kolayca yayılabilmesine imkan sağlamaktadır. Nefret söylemlerinin arttığı ve daha çabuk yayılabildiği günümüzde, nefret ve hoşgörüsüzlük ve ayrımcılık sebebiyle belli kişi veya gruplara karşı girişilen suç niteliğinde eylemleri önleyebilmek için oldukça önemli çalışmalar yapılmakla birlikte; nefret suçları hala tam olarak tanınıp kanuni düzenlemelere kavuşabilmiş değildir. İki dünya savaşı yaşamış olan Avrupa, bu savaşlardan almış olduğu derslerin sonucu nefret suçlarına ve ayrımcılık konusuna ciddi bir yaklaşım göstermektedir. Özellikle AGİT, her yıl nefret suçları ile ilgili raporlar düzenlemekte ve üye ülkelerdeki nefret suçlarına yaklaşım, suç oranı, mevcut düzenlemeler, çalışmalar vs. incelenmektedir. Bazı ülkeler nefret suçlarına kanunlarında ayrıca yer verirken; bazıları da, suçların nefret saikiyle işlenmesini ağırlatıcı sebep olarak düzenlemektedir ki; genel uygulama bu yöndedir. Türkiye’de ise henüz nefret suçları yasalaşmamış yani pozitif düzenlemeye kavuşmamıştır. Fakat Türk Ceza Kanununda



sayılan bazı suçların ırksal, dinsel, etnik, siyasal, cinsel vs. farklılıklar gözetilerek işlenebileceği belirtilmiş yani bu suçlar için özel kast yani ayrımcılık kastı aranmıştır. Fakat bunun dışında nefret saiki, bu suçlar için ağırlatıcı sebep vs. olarak öngörülmemiştir. Türk Ceza Kanununda nefret suçları kapsamında değerlendirilebilecek olan suçlardan bir tanesi de halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçudur. Bu suç, Türk Ceza Kanununun 216. maddesinde düzenlenmiştir. 216. madde metnine göre bu suç, halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesiminin, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik edilmesi biçiminde işlenebilmektedir ve suçun oluşması için ayrıca kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması gerekmektedir.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, düşünce özgürlüğü veya düşünceyi açıklama özgürlüğü bu özgürlüğün bir suç aracı olarak kullanılmasına imkan vermemektedir. Anayasamız da bu hususa 14. maddesinde açıkça yer vermiştir. Yani tüm temel hak ve özgürlükler amaçları doğrultusunda kullanılabilirler ve bir hak ve özgürlüğün açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz. Dolayısıyla düşünce özgürlüğü dahil hiçbir temel hak ve özgürlük amacı dışında, bir suç aracı olarak kullanılamayacaktır. Düşünceyi açıklama özgürlüğünün, ayrımcılık ve hoşgörüsüzlüğe dayanan nefret söylemine bir siper olarak kullanılması mümkün değildir. Bu sebeple temel hak ve özgürlükler arasındaki dengenin iyi kavranması gerekmektedir. Şu husus da unutulmamalıdır ki; temel hak ve özgürlükler, kişinin topluma ve ailesine karşı olan ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.

### **1. DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜ**

Düşünce, Türk Dil Kurumunun Büyük Türkçe Sözlük'ünde, “uzay ve zamanın ötesinde, öznenin dışında, kendiliğinden var olan, duyularla değil, yalnız ruhen algılanabilen asıl gerçeklik, mütalaa, fikir, ide, idea” şeklinde tanımlanmıştır (<http://tdkterim.gov.tr> 12.04.2012). Düşünce, Felsefe Terimleri Sözlüğü'nde ise “düşünmenin ürünü olan, düşünülen içerik; bu içerik düşünme ediminden çözülebilir ve örneğin yazılı olarak saptanabilir yada bir başkasına aktarılabilir” şeklinde ifade edilmiştir (<http://tdkterim.gov.tr> 12/04/2012). İkinci tanımda düşünce, ifadeyi yani dışavurumu da kapsar şekilde tanımlanmıştır. Düşünmek iradi bir harekettir, tarih boyunca pek çok düşünür iradenin özgür olup olmadığı konusunda görüş beyan etmiş ve bunu yaparken de iradeyi bazen akıl ile bazen tanrı ile ve bazen de “düşünme kabiliyeti” ile ilişkilendirmişlerdir. Örneğin ilk çağ düşünürlerinden Aristo, bitkisel, hayvansal ve insani olmak üzere üç türlü ruhun varlığı üzerinde durmuş, insani ruhun ayırıcı



özelliğinin idrak ve düşünme kabiliyeti olduğunu açıklamıştır (Güriz,1966:647). Yeni Çağ düşünürlerinden olan Descartes da insanın doğuştan irade hürriyetine sahip olduğunu, varlığın kanıtının düşünce olduğunu ifade etmiştir (Güriz,1966:660). “Düşünce” kelimesinin, “düşüncenin açıklanması” edimini de kapsayıp kapsamadığı konusunda doktrinde fikir ayrılıkları vardır. Gören’e göre (2001:106 ve 1999:421), 25. maddede yer alan düşünce ve kanaat hürriyeti kuralının Anayasada yer almasına gerek yoktur. Çünkü dışa vurmadığı sürece düşüncelerinden dolayı kişinin suçlanamaması zaten doğal bir durumdur. Tanör’e göre ise (1979:83-84), düşünce özgürlüğünün bir anlam taşıyabilmesi, düşüncelerin başkalarına iletilebilmesine bağlıdır. Bu özgürlüğü, düşünme özgürlüğü ve açıklama özgürlüğü diye ikiye bölmek, birincisinin sınırsız ikincisinin sınırlı olduğunu ileri sürmek aslında ‘düşünce özgürlüğü yoktur’ demenin dolambaçlı bir şekilde söylenmiş biçiminden başka bir şey değildir. Açıklama özgürlüğü de düşünme özgürlüğü kadar serbest tutulmadıktan sonra, düşünce özgürlüğü hiçbir anlam taşımaz. Gözler’ e göre (2011a: 150), anayasada düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti ayrıca düzenlendiğine göre, düşünce ve kanaat hürriyetinin mutlak olarak tanınmasında kamu düzeni bakımından bir zarar olmayacaktır. Saf düşünce suçu haliyle olamaz. Düşünce ve kanaat tamamıyla kişinin zihninde cereyan eden psişik bir vakiadır. Dış dünyaya yansımayan, yani hareket oluşturmayan bir şeyin cezalandırılması da mümkün değildir. Tanilli’ye göre (1988:196-197), düşünce özgürlüğü terimi çok kez, söz, basın ve benzer özgürlükleri içeren bir anlamda kullanılabilir. Bu da pek doğaldır. Çünkü düşünce özgürlüğünün bir anlam taşıyabilmesi, düşüncelerin başkalarına iletilebilmesine bağlıdır. Gökçen’e göre (2001:218-219), düşünce özgürlüğü denilince, düşüncenin oluşumuna imkan veren haber alma ve öğrenme özgürlüğü, bu özgürlüğün sağlandığı ortamda oluşan düşünce ve kanaatlerden kınanamamayı ifade eden kanaat özgürlüğü ve bu suretle sahip olunan düşüncenin açıklanması, yayılması özgürlüğünü birlikte anlamak gerekmektedir. Bu üç husus aynı zamanda düşünce özgürlüğünün temel unsurları olarak kabul edilir. Aydın’a göre (2011:27), Türkiye’de zaman zaman dile gelen ‘kişinin beyninin içini okuyamayacağımıza göre düşünce özgürlüğünden kasıt ifade özgürlüğüdür’ gibi basitleştirici bir anlayış kabul edilemez ve düşünce özgürlüğü ile onun ifadesi arasında kesin bir ayrıma gidilmelidir.

Anayasamız düşünce ve kanaat özgürlüğü ile düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini ayrı ayrı düzenlemiştir. Anayasa koyucu bu iki kavramın birbirinden farklı kavramlar olduğu



ve birinin diğerini kapsamadığı yönündeki doktrin ile uygun görüştedir denilebilir. Düşünce özgürlüğü, anayasamızın 25. maddesinde tanınmış ve korunmuştur. Anayasamız, düşünce hürriyeti ile düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini ayrı maddelerde düzenlemiştir. Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti 26. maddede belirtilen sınırlarla tanınmıştır.

Doğal haklardan kabul edilen ifade hürriyeti, çoğulcu demokrasilerde, vazgeçilemez ve devredilemez bir niteliğe sahiptir. Öğretide değişik tanımlara rastlanmakla birlikte, genel bir kabulle ifade/düşünce hürriyeti, insanın özgürce fikirler edinebilme, edindiği fikir ve kanaatlerinden dolayı kınanmama, bunları meşru yöntemlerle dışa vurabilme imkân ve özgürlüğüdür. Demokrasinin "olmazsa olmaz şartı" olan ifade hürriyeti, birçok hak ve özgürlüğün temeli, kişisel ve toplumsal gelişmenin de kaynağıdır ( Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 11/07/2006 Tarih, 2006/9-169 E., 2006/184 K. Sinerji Mevzuat-İçtihat Programı 01/05/2012).

Düşünceyi açıklama hürriyetinin düşünce hürriyeti içerisinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve dolayısıyla düşünce hürriyetinin korumasından yararlanıp yararlanmayacağı konusundaki asıl sorun, bu hürriyetin sınırlandırılabilir olup olmadığı ile ilgilidir. Anayasanın 13. maddesine göre bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılabilmesi için, sınırlamanın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere dayanıyor olması gerekir. Anayasanın 25. maddesinde ise bu tür bir sebep öngörülmemiştir. Dolayısıyla düşünce özgürlüğü anayasa tarafından mutlak şekilde tanınmış ve korunmuştur. Düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ise bizzat Anayasa ile sınırlanmıştır. Sınırlama sebepleri; milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi sebepleri olarak sayılmıştır. Gözler'in (2011b:264) ifade ettiği gibi "açıklık durumunda yorum yapılmaz". Anayasa 26. maddesinde, açıkça, düşünceyi açıklama hürriyetinin sınırlarını belirtmiştir. Artık bu açıklık karşısında hukuk sistemimizde düşünceyi açıklama özgürlüğünün sınırsız bir şekilde kabul edildiği savunulamaz. Yargıtay da birçok kararında bu hususu vurgulamıştır ( Yargıtay Ceza Genel Kurulu 29/04/2008 Tarih ve 2007/8-244 E., 2008/92 K., Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 15/03/2005 Tarih ve 2004/8-201 E., 2005/30 K., Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 23/11/2004



Tarih, 2004/8-130 E., 2004/206 K., Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 18/10/1996, 1996/11624 E., 1996/12797 K. Sinerji Mevzuat-İçtihat Programı (01/05/2012)).

Anayasamız 14. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması kuralını düzenlemiştir. Bu kural temel hak ve hürriyetler için bir genel sınırlama sebebi değildir. Zaten temel hak ve hürriyetler için genel sınırlama sebepleri Anayasamızda 2001 yılında yapılan değişiklikler ile kaldırılmıştır. Anayasanın 14. maddesi açıklayıcı bir maddedir. Şöyle ki; temel hak ve hürriyetler normal olarak amaçları doğrultusunda kullanılmalıdır. Bir temel hak ve hürriyetin, amacı dışında örneğin bir suç aracı olarak kullanılmasını hukuk düzeni elbetteki korumaz. Anayasanın 14. maddesinde de bu açıklama yani temel hak ve hürriyetlerin hukuka aykırı olarak kullanılmasının mümkün olmadığı kuralı yer almıştır. Gözler'in (2011a:122) ifade ettiği gibi bu kuralın ayrıca ve açıkça Anayasada yer almasına gerek yoktur, çünkü bu kural, eşyanın doğası gereği var olan bir kuraldır. Hakyemez'e göre ( 2002:33), Anayasanın 14. maddesindeki düzenlemeler düşünce özgürlüğünün objektif sınırlarıyla ilgilidir, hüküm, düşünce özgürlüğünün norm alanını daraltan bir özelliğe de sahiptir.

Bu açıklamalardan sonra düşünce özgürlüğü ile ilgili bazı uluslararası belgelerde ve karşılaştırmalı hukukta bu hürriyetin nasıl düzenlendiğine kısa bir vurgu yapacağız. Düşünce ve ifade hürriyeti İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 18. ve 19. maddelerinde düzenlenmiştir. 18. maddede fikir ve kanaat hürriyetinden, din ve vicdan hürriyeti ile birlikte bahsedilmiş; 19. maddede ise fikir ve ifade hürriyeti tanınmış ve korunmuştur. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 19. maddesinde fikir hürriyeti ile ifade hürriyeti arasında herhangi bir fark gözetilmemiş, ikisi de aynı şekilde tanınmış ve korunmuştur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 9. maddesinde düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü, 10. maddesinde ise ifade özgürlüğünü düzenlemiştir. Her iki maddede de sınırlama sebeplerine yer verilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 9. maddesinde düşünce ve kanaat özgürlüğü tanındıktan sonra, düşünce özgürlüğünün, düşünceyi açıklama özgürlüğünü de bünyesinde barındırdığı kabul edilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında din ve kanıları açıklama özgürlüğünün sınırsız olmadığı ve kamu güvenliği, kamu düzeni, genel ahlak, genel sağlık, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçları ile sınırlandırılabilirliği açıklanmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ifade hürriyeti, düşünce özgürlüğünden başka, resmi makamlar karışmaksızın ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın, haber yada düşünce almak yada



vermek özgürlüğünü kapsamak üzere maddenin ikinci fıkrasında belirtilen sınırlarla, ayrıca tanınmıştır.

Amerika Birleşik Devletleri Anayasasının birinci ek maddesi düşünce özgürlüğü ile ilgilidir: Kongre, bir dinin kurumsallaşması ile ilgili, yada özgür ifadeden yararlanılmasını yasaklayan; yada ifade, yada basın özgürlüğünü; yada kişilerin barışçı biçimde toplanma veya hükümete şikayetlere çözüm bulunması için dilekçe verme hakkını kısıtlayan hiçbir yasa çıkaramaz (Aydın,2011:28). Amerikan Yüksek Mahkemesi, önüne gelen bazı davalarda nefret suçunu düzenleyen kanunların anayasaya uygun olup olmadığını incelemiştir.

R.A.V. v. ST. PAUL 505 U.S. 377 (1992), Görüşülme Tarihi: 4 Aralık 1991, Karar Tarihi: 22 Haziran 1992 (Arslan,2003:338):

“Zenci bir ailenin bahçesinde, sebepsiz yere haç yakması üzerine, davalı R.A.V., insanlar arasında ırk, renk, soy, din veya cinsiyete dayalı öfke, tedirginlik veya pişmanlık duygusu uyandırdığı bilinen bir sembolün teşhirini yasaklayan St. Paul Minnesota Eyaleti Önyargılı Tahrik Suçuna İlişkin Kanuna göre yargılandı. Duruşmayı yürüten mahkeme bu ithamı, bu suçları düzenleyen yargı kapsamını çok geniş ve son derece konu bağımlı olması gerekçesiyle reddetti. Fakat Eyalet Yüksek Mahkemesi bu kararı iade etti. Mahkeme, haddini aşan bu iddiayı, daha önce bu mahkemenin verdiği kararlarda açıkça ifadesini bulan ‘kişilerde öfke, tedirginlik veya pişmanlık uyandıran’ davranışlar kapsamında değerlendirerek reddetti. Mahkeme, kararını Birinci Değişikliği ‘sözlü saldırı’ ile sınırlayan New Hampshire Eyaleti’nin taraf olduğu Chaplinsky davasına dayandırdı. Yüksek Mahkeme, toplumu, kamu güvenliği ve düzenine önyargı sonucu yapılan saldırılara karşı koruma gayesiyle, hükümetin zorlayıcı tedbirler getirmesi amacına yönelik düzenlendiği gerekçesiyle, bu düzenlemenin son derece konu bağımlı olmadığı sonucuna vardı. Dava konusu kanunun, Anayasanın Birinci Değişikliğine aykırı ve geçersiz olduğu sonucuna varılarak karar bozuldu”.

Virginia v. Black 538 U.S. (2003), Görüşülme Tarihi: 11 Aralık 2002, Karar Tarihi: 7 Nisan 2003 (Arslan,2003:524):

“Davalılar ‘herhangi bir kimsenin...bir başka kimseyi veya grubu yıldırma gayesi ile herhangi bir kişinin mülkünde, otobanda veya kamuya açık alanda haç yakmasını’ ağır bir suç olarak kabul eden ve bu ‘yakma eylemini bir kişi veya grubu yıldırma niyetinin çok açık bir delili’ olarak niteleyen Virginia kanunlarını ihlalden ayrı ayrı mahkum edildiler. Davalı Black’in Birinci Değişikliğin açıkladığı sebepleri dayanak göstererek dava jürisinin haç



yakmanın tek başına bile yeterli sebep oluşturduğu ve bundan aranılan ‘yıldırma niyetinin’ kolaylıkla çıkarılabileceği şeklindeki kararına itiraz ettiğinde, dava savcısı, davanın ruhuna uygun uygulamanın doğrudan Virginia Modeli Uygulamalardan alındığını beyan ederek cevap vermiştir. Davalı O’Mara, kanunu ihlal suçlamalarını kabul etmiş, ancak bu kararın hukuka uyarlığını sorgulama hakkını saklı tutmuştur. Davalı Elliott’ın duruşmasında yargıç, jüriye, Eyaletin neyi ispatlaması gerektiğini dikkate almaları konusunda uyarıda bulunmuş, ancak ne ‘yıldırma’ kelimesinin ne anlama geldiği, nede kanunun öngördüğü aksi ispat edilinceye kadar geçerli delil koşulunun ne olduğu konusunda bir uyarıda bulunmuştur. Virginia Yüksek Mahkemesi, bu üç davayı birleştirerek, haç yakmayla ilgili kanunun Anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, kanunun analitik olarak bakıldığında R.A.V. v. St. Paul 505 U.S. 377 davasında anayasaya aykırı bulunan kanundan farksız olduğunu; yalnızca özel mesaj içeren haç yakmayı seçtiğinden dolayı kanunun konu/içerik ve görüş açısından ayrımcı olduğunu; eldeki bulguların, kanuna dayanılarak yapılan kovuşturmaların ifade özgürlüğünü sınırlama olasılığının yüksekliği dikkate alındığında, kanunu aşırı derecede geniş yorumlamaya müsait hale getirdiğini belirtmiştir. Karar kısmen onaylanmış, bazı kısımları bozularak iade edilmiştir”.

Düşünce ve ifade özgürlüklerine aynı madde içerisinde yer veren birçok anayasa vardır. Bu anayasalar, düşünce ve ifade hürriyetleri arasında bir ayrım yapmaksızın bu hürriyetleri aynı madde içerisinde düzenlemiş ve bu iki hürriyet için de aynı sınırlama sebeplerini benimsemişlerdir. Örneğin, Azerbaycan Cumhuriyeti, Belarus Cumhuriyeti, Kırgız Cumhuriyeti, Özbekistan Cumhuriyeti Anayasaları, Rusya Federasyonu Anayasası, Ukrayna Cumhuriyeti Anayasaları (Eren ve Aleskerli, 2005:1-712).

Diğer bazı anayasalarda ise bazen sadece düşünce hürriyetine, bazen de sadece ifade hürriyetine yer verilmiştir. Örneğin Kazakistan Cumhuriyeti, Tacikistan Cumhuriyeti, Türkmenistan Cumhuriyeti Anayasalarında ifade hürriyeti, düşünce hürriyetini de kapsar şekilde tanınmıştır (Eren ve Aleskerli, 2005:1-712).

Bazı anayasalarda ise düşünce özgürlüğü ile ifade özgürlüğü ayrı maddelerde düzenlenmiş ve düşünce özgürlüğü sınırsız şekilde tanınırken, ifade özgürlüğü bazı sınırlamalarla kabul edilmiştir. Örneğin Estonya Anayasası bu iki hürriyeti ayrı maddelerde düzenlemiş ve ifade hürriyetini sınırlandıran sebepleri saymıştır. Letonya Anayasası da bu iki hürriyeti farklı maddelerde düzenlemiş ve iki hürriyet için de madde metninde bir sınırlama





sebebi saymamıştır. Fakat Letonya Anayasasınının 116. maddesi temel hak ve özgürlüklerle ilgili sınırlama maddesidir. Burada, sınırlanan maddeler, madde numaraları ile ve sınırlama sebepleri ile birlikte ifade edilmiştir. 116. madde gereğince sınırlanan bir hürriyet de ifade hürriyetidir, düşünce hürriyeti sınırlanan maddeler arasında yoktur. Litvanya Anayasası bu iki hürriyete aynı maddenin değişik fıkralarında yer vermiştir. Litvanya Anayasasında açıkça düşünce özgürlüğünün sınırlandırılmaz, ifade hürriyetinin ise madde metninde belirtilen sebeplerle sınırlanabilir olduğu kabul edilmiştir (Eren ve Aleskerli,2005:1-712).

## **2. NEFRET SÖYLEMİ**

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi gerek bizim anayasamızda gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve bazı yabancı anayasalarda ifade hürriyeti sınırlı bir şekilde tanınmıştır. Demokratik bir hukuk devletinde kişinin düşüncelerini özgürce ifade edebilmesi mutlaka çok önemlidir, fakat bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını da hukuk düzeni hiçbir zaman korumaz, dolayısıyla ifade özgürlüğü ile başka bir takım hak ve özgürlükler arasındaki dengenin sağlanması da zorunludur. Anayasamız, 12. maddesinin 2. fıkrasında, temel hak ve hürriyetlerin, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva ettiğini belirterek bu noktayı vurgulamıştır. Çok çeşitli kültür, din ve yaşam tarzlarına sahip olan çok kültürlü toplumlarda ifade özgürlüğü hakkının düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkı veya ayrımcılığa uğramama hakkı gibi başka haklarla uzlaştırılması gerekmektedir (Weber,2004:1). Irkçı, dinsel, etnik, cinsel vs. ayırım gözetim söylem ve eylemlerin giderek artması ve iletişim teknolojilerinin gelişmesiyle bu eylem ve söylemlerin daha geniş kitlelere yayılabilmesi gibi sebepler ifade özgürlüğü ve sınırları tartışmalarını sürekli canlı tutmaktadır (Küzeci,2007:177). Bu tür farklılıklara dayanan ve ayrımcılık yaratan nefret içerikli söylem ve eylemlerin ifade özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilmesi demokratik bir hukuk devleti için çok önemli ve hassas bir konudur. ‘Nefret söylemi’nin ne olduğu konusunda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin bir tavsiye kararı mevcuttur (Recommendation No. R (97) 20, Adopted by the Committee of Ministers on 30 October 1997, at the 607th meeting of the Minister’s Deputies). Bu karara göre nefret söylemi “ırksal nefret, yabancı düşmanlığı, Yahudi düşmanlığını veya saldırgan milliyetçiliğin ve yabancı düşmanlığının, ayrımcılığın ve azınlıklara, göçmenlere ve göçmen kökenli insanlara karşı düşmanlığın ifadesi olan hoşgörüsüzlüğe dayalı diğer nefret şekillerini, bu nefretin yayılmasını, teşvik edilmesini, desteklenmesini yada haklı çıkarılmasını sağlayan her türlü



düşünce açıklaması” olarak tanımlanmıştır. Nefret söylemi, ayrımcılıkla yakından ilişkilidir, fakat ayrımcılık yukarıdaki tanımda da görüldüğü üzere nefret söyleminin, ırkçılık, yabancı düşmanlığı, Yahudi düşmanlığı gibi bir çeşidi olarak sayılmıştır. Bu sebeple nefret söylemi ile ayrımcılığı eş anlamlı olarak algılamamak gerekir (Ağlan ve Şensever,2010:10-11, Ataman ve Cengiz,2009:11-12).

Nefret suçları, güvenlik konusu ile ilişkili olduğu için Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı nefret suçları üzerinde ayrıntılı çalışmalar yapıp, raporlar yayınlamaktadır. AGİT, nefret suçunu “mağdurun, mülkün yada işlenen bir suçun hedefinin, gerçek ve hissedilen ırk, ulusal yada etnik köken, dil, renk, din, cinsiyet, yaş, zihinsel yada fiziksel engellilik, cinsel yönelim veya diğer benzer faktörlere dayalı olarak benzer özellik taşıyan bir grupta gerçek veya öyle algılanan bir bağı, bağlılığı, aidiyeti, desteği yada üyeliği nedeniyle seçildiği kişilere veya mala karşı suçları da kapsayacak şekilde işlenen her türlü suç” şeklinde tanımlamıştır. (31/01/2012 tarih ve E. No: 2/318 <http://www.tbmm.gov.tr/d24/2/2-0318pdf> (14/04/2012)). AGİT, nefret suçları ile ilgili 2010 yılı için yayınladığı raporda, (OSCE ODIHR, Hate Crimes in the OSCE Region –Incidents and Responses Annual Report for 2010, Warsaw,2011:10) “nefret suçu” kavramının resmi olarak ilk defa, 2003 yılında Maastricht’teki Bakanlar Konseyi toplantısında Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (OSCE) tarafından kullanıldığını belirtmiştir. Kavram, 10 yıldan daha uzun bir süre önce 1991 Cenevre Toplantılarında katılımcı devletler tarafından kabul edildiyse de katılan devletler önyargıya, ayrımcılığa, düşmanlık yada nefrete dayalı suçlar konusunda endişelerini dile getirdiler. Kopenhag Belgelerinde, katılımcı devletler, kişilere veya gruplara karşı, ulusal, ırksal, etnik veya dini ayrımcılık, düşmanlık yada nefrete dayalı şiddeti tahrik eden fiillerin önlenmesi için etkili önlemler alınacağına dair söz verdiler. 2003’te Maastricht’te katılımcı devletler, hoşgörüsüzlük ve ayrımcılığı körükleyen suçlar ile ilgili mevzuatın önemini ifade ettiler. Nefret suçları mevzuatının oluşturularak bu suçların soruşturulması, kovuşturulması ve cezalandırılmasının ceza yargısı sistemine verilmesinde bu ifadeler kilit rol oynadı. Bakanlar Konseyi’nin 2006 yılında Brüksel’de almış olduğu kararlarda, nefret suçlarıyla mücadelede ODIHR (Office For Democratic Institutions and Human Rights)’ın rolü üzerinde duruldu ve teşvik edildi. Nefret suçları ile ilgili ODIHR’in görevleri, 2009’da Atina’da Bakanlar Konseyi tarafından geliştirildi. Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı üyesi devletler nefret suçlarının özel tiplerinden kaynaklanan belirli zararları da ayrıca tanıdılar. Örneğin 2004 yılında



Bakanlar Konseyi, ODIHR'ı OSCE alanındaki Yahudi karşıtı (anti semitic) olayları ve Müslümanlara karşı olanlar da dahil, ırkçılık, yabancı düşmanlığı veya hoşgörüsüzlük ilgili olayları yakından takip etmesi ve kamuya duyurması için görevlendirdi. OSCE kararları ve bildirimleri, Hristiyanlık ve diğer din mensuplarına karşı, önyargıyla, hoşgörüsüzlük ve ayrımcılıkla mücadele gibi özel bazı taahhütleri de kapsar. Benzer taahhütler Roma ve Sinti ile ilgili olarak 1991 başlarında yapılmıştır.

Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi 2. maddesinde “Bu sözleşmeye taraf her devlet, bu sözleşmede tanınan hakları ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya diğer bir fikir, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğum veya diğer bir statü gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın, kendi toprakları üzerinde bulunan ve egemenlik yetkisine tabi olan bütün bireyler için güvence altına almayı ve haklara saygı göstermeyi taahhüt eder” ifadesiyle ayrımcılık yasağını tanımıştır. Aynı sözleşmenin 19. maddesinin 3. fıkrasında ifade özgürlüğünün, ödev ve sorumluluklarla kullanılacağını ve bu sebeple yine madde metninde belirtilen sebeplerle sınırlanabileceği ifade edilmiştir. Bu sınırlama sebepleri şunlardır:

- Başkalarının haklarına ve itibarına saygı
- Ulusal güvenliği ve kamu düzenini, veya sağlık ve ahlakı koruma.

Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesinin 20. maddesinde “savaş propagandası ve düşmanlığı savunma yasağı” yer almıştır. Bu madde nefret söylemini yasaklamaktadır. Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 2. maddesi ayrımcılık yasağını içermektedir. Bu maddeye göre, Sözleşmeye taraf olan devletler, Sözleşmede beyan edilen hakların ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya diğer bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum gibi herhangi bir statüye göre ayrımcılık yapılmaksızın kullanılmasını güvence altına almayı taahhüt ederler (md. 2/2). Birleşmiş Milletler Her Tür Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 1. maddesinde ırk ayrımcılığının tanımı “İrk ayrımcılığı terimi, siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel veya toplumsal yaşamın herhangi bir alanında, insan hakları ve temel özgürlüklerin tanınmasını, uygulanmasını, bu hak ve özgürlüklerden yararlanılmasını ortadan kaldırmak veya zayıflatmak amacına yada etkisine yönelik, ırk, renk, soy yada ulusal veya etnik kökene



dayalı her türlü ayırım, dışlama, kısıtlama yada tercih anlamındadır” ifadeleriyle yapılmıştır. Sözleşmenin 4. maddesinde ise açıkça ırkçı nefret ve ayrımcılık yasaklanmıştır. BM Ulusal veya Etnik, Dinsel veya Dilsel Azınlıklara Mensup Olan Kişilerin Haklarına Dair Bildiride, ulusal veya etnik, dinsel veya dilsel azınlıklara mensup kişilerin, özel veya kamusal yaşamda hiçbir müdahaleye veya hiçbir ayrımcılığa maruz kalmadan ve serbestçe kendi kültürlerini yaşama, kendi dinlerinde ibadet etme ve uygulamada bulunma ve kendi dillerini kullanma hakkına sahip olduğu (md. 2/1) ve devletlerin gerektiği takdirde azınlıklara mensup olan kişilerin bütün insan haklarını ve temel özgürlükleri hiçbir ayrımcılığa maruz kalmadan tam ve etkili bir biçimde ve hukuk önünde tam bir eşitlik içinde kullanabilmelerini sağlayacak tedbirleri alacağı (md. 4/1) belirtilmiştir. BM Din veya İnanca Dayanan Her Türlü Hoşgörüsüzlüğün ve Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Bildiri 1. maddesinde düşünce, din ve vicdan hürriyetine yer verdikten sonra 2. maddesi ayrımcılık yasağını, 3. maddesi din veya inanca dayalı ayrımcılığın anlamını, 4. madde de din veya inanca dayalı ayrımcılığı önleme ve tasfiye etme yükümlülüğünü düzenlemiştir.

BM’in ayrımcılığı yasaklayan daha pek çok sözleşmesi, bildirisi vs. vardır. Örneğin, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Sözleşme, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi, Kadınlara Karşı Şiddetin Tasfiye Edilmesine Dair Bildiri, Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme vs. Çalışmanın kapsamını çok fazla genişleteceği endişesiyle, bu sözleşmelerin sadece isimlerini zikretmekle yetineceğiz.

### **3. HALKI KİN VE DÜŞMANLIĞA TAHRİK SUÇU:**

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunumuzun, “Kamu Barışına Karşı Suçlar” başlıklı beşinci bölümünde 216. maddede “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. Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” ifadeleriyle düzenlenmiştir. Bu suç, 765 sayılı eski Türk Ceza



Kanununun “Suç İşlemeye Dolayısıyla Tahrik” başlıklı 312. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmişti. Bu düzenleme 4744 sayılı Kanunun 2. maddesiyle değiştirilmiştir. Değişiklikte dikkati çeken nokta şudur: Değişiklikten önce halkı sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik etmek, suçun basit şekli; tahrikin, umumun emniyeti için tehlikeli olabilecek bir şekilde yapılması ise suçun ağırlatılmış şekli idi. Değişiklikten sonra, tahrikin, kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde yapılmış olması suçun basit şekline dahil edilmiştir (Sancar,2003:97). Suçun maddi konusu üzerinde bir zarar veya tehlikenin meydana getirilmesinin gerekli olmasına göre suçlar zarar suçu ve tehlike suçu olarak ikiye ayrılır. Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçu bir tehlike suçudur. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’na göre, tehlike suçu kavramının, faile ilişkin tehlikelilik haliyle ilgisi yoktur. Suçun maddi ögesi ile ilgilidir. Ceza Hukuku yalnız insan hareketinden bilfiil doğan sonuçlarla değil doğabilecek sonuçlarla da ilgilenir. Bu noktada tehlike kavramı karşımıza çıkar. Çağdaş hukukta, tehlike olasılıktan başka bir şey değildir, zarar doğurmaya elverişli tehlike, korunan hukuksal değeri bozabilecek nitelikte bulunduğu takdirde tehlike doğmuş ve buna bağlı olarak da suç oluşmuş bulunacaktır. Tehlikenin boyutu, yasal çerçevede alınması gereken önlemleri de beraberinde getirir. Kamu düzenine yönelik gerçek bir tehdidin bulunması halinde, tehlike ile orantılı zaman ve mekana ilişkin koşullar dikkate alınmak zorundadır. Kamu düzeni kavramı da toplumlara ve ülkelere ve onların yapılarına göre değişiklik gösterebilir. Milletlerin sosyal ve psikolojik şartları daima birbirinin aynı değildir. İşte burada devletlerin takdir marjı karşımıza çıkar. Devletler bunun biçimlendirilmesinde toplumsal yapılarının yanında, tarihsel geçmişlerini de gözetmek durumundadırlar. Her toplumun, kamu düzeninin korunması için farklı tedbirleri gerektiren özellikleri ve gerçekleri vardır. (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 29/04/2008 Tarih, 2007/8-244 E., 2008/92 K. Sinerji Mevzuat-İçtihat Programı (01/05/2012)). Bu tehlike, bilhassa tahrikte kullanılan vasıttan gelir. Bir sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge hakkında, fikir hürriyetinin tecviz edebileceği hudut aşılmaksızın, hasmane de olsa mütalaa beyanında, kamu düzeni için bir tehlike mevcut değildir (Erem ve Toroslu, 2003:233). Zarar suçlarında hareketin yöneldiği konuda bir zararın meydana gelmesi şartı aranırken, tehlike suçlarında suçun konusu üzerinde zarar tehlikesinin meydana gelmesi netice olarak yeterlidir (Hakeri,2010:105). Tehlike suçları da kendi içinde somut ve soyut tehlike suçları şeklinde ikiye ayrılır. Somut tehlike suçlarında tipikliğin gerçekleşmesi, suçun maddi konusu üzerinde gerçek bir tehlikenin mevcut olmasını



gerektirir. Soyut tehlike suçlarında, somut olayda gerçek bir tehlikenin ortaya çıkması koşuluna bağlı olmaksızın, hareketin tipik tehlikeliliği failin cezalandırılması için yeterli sayılmaktadır (Öztürk ve Erdem:183-184). 312. maddenin 2. fıkrasının değişiklikten önceki ağırlatılmış şekli ile değişiklikten sonraki basit şekli somut tehlike suçudur (3 Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 23/11/2004 Tarih, 2004/8-130 E., 2004/206 K. Sinerji Mevzuat-İçtihat Programı (01/05/2012)). 12. maddenin eski hali hem soyut hem de somut tehlikeyi cezalandırırken, yeni hali sadece somut tehlikeyi cezalandırmaktadır (Sancar,2003:99).

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu, 765 sayılı TCK'da, ammenin nizamı aleyhine işlenen cürümler başlıklı beşinci bölümünde; 5237 sayılı TCK'da kamu barışına karşı suçlar başlıklı beşinci bölümde düzenlenmiştir. Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu, TCK'da düzenlendiği yer itibariyle, kamu düzenine karşı işlenebilen suçlardandır. Kamu düzeni, toplumun maddi ve dış düzenidir ve toplumun huzur, güvenlik ve barış içerisinde yaşaması hali demektir (Erdem,2003:61, Gözler ve Kaplan,2011:578). Erdem'e göre (2003:62), Türkiye'de, gerek mevzuattan, gerekse uygulamadan kaynaklanan nedenlerle kamu düzeni kavramı, devlet düzeni kavramıyla eş anlamlı olarak kullanılmakta ve kamu düzenini koruma adı altında özgürlüklere getirilen sınırlamalarla resmi ideolojiyi içkin olan devlet düzeni korunmak istenmektedir.

### **3.1. Suçun Unsurları:**

Fail: TCK'nun 216. maddesinde; “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” ifadesi kullanılmak suretiyle suçun faili açısından herhangi bir sınırlama yapılmamıştır, dolayısıyla, halkın belirtilen kesimlerini tahrik eden herkes suçun faili olabilir. Fail, sivil bir kişi olabileceği gibi kamu görevlisi, kamu hizmetlisi, asker vb. de olabilir (Gökçen,2001:71). Suçun faili tek bir şahıs olabileceği gibi, birden fazla kimse de olabilir. Faillerin birden fazla olması durumunda iştirak kuralları uygulanır. Failler arasında iştirak ilişkisi yoksa her birinin fiili diğerlerinden ayrı olarak değerlendirilir ve cezalandırılır (Gökçen,2001:72).

Tahrik Edilen Halk Kesimi: TCK'nun 216. maddesinde “halkın, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip kesimi” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 29/04/2008 Tarih, 2007/8-244 E., 2008/92 K. Sinerji Mevzuat-İçtihat Programı (01/05/2012))



denildiğine göre tahrik edilen halk kesimi sınırlı olarak sayılmıştır ve bu sayım yorum yoluyla artırılamaz. Madde metninde “halk” ifadesi yer aldığına göre, Türk halkı dışında başka bir ülke halkının belli bir kesiminin tahrik edilmesi bu suç oluşturmaz. Yine halkın sayılan özelliklere sahip belli bir kesimi ifade edildiğine göre, bir kişinin tahrik edilmesiyle bu suç oluşmaz, suçun oluşabilmesi için mutlaka halkın belli bir kesiminin yani bir grubun tahrik edilmesi gerekir, fakat bu grubun yada kesimin sayısının ne olacağı, somut olayda hakim tarafından tespit edilecektir (Gökçen,2001:74). Gökçen (2001:74), tahrikin yöneldiği kişilerin tamamının sağır ve dilsiz olması veya isnat yeteneğinin bulunmaması durumunda halkı kin ve düşmanlığa alenen tahrik suçunun oluşmayacağı kanısındadır. Fakat bu suçun görsel olarak da işlenebileceği, örneğin broşürler, işaretler, semboller vs. ile de işlenebileceği düşünülürse sağır ve dilsizlerin de tahrik edilen halk kesimi olarak kabul edilmesine bir engel yoktur. Örneğin 1989 tarihli New South Wales Irkçı Kötüleme Yasası, ırkçı kötülemeyi destekleyen veya ifade eden “davranışlar, el kol hareketleri ve giysileri, işaretleri, bayrakları, amblemleri ve nişanları takma veya gösterme” dahil, herhangi bir iletişim biçimini veya diğer eylemleri aynı ölçüde yasaklamaktadır (Sadurski,2002: 279). Kanada Ceza Yasası da belirli bir grup aleyhinde nefreti teşkil eden ifadeleri, söylenen veya yazılan kelimeler...el kol hareketleri, işaretler veya diğer görünür simgeler olarak tarif etmektedir (Sadurski,2002:279). British Columbia’daki nefret karşıtı yasa, nefret veya aşağılama vesaireyi teşvik eden herhangi bir davranış yada haberleşmeyi açıkça yasaklamaktadır (Sadurski,2002:279).

Mağdur: TCK’nun 216. maddesinde “halkın...diğer bir kesimi aleyhine” ifadesi yer aldığı için, mağdurun tek kişi olamayacağı, belli bir kesim, grup olacağı ortadadır. Fakat bu mağdur grubu, madde metninde sınırlı sayıda belirtilmemiş, “halkın diğer bir kesimi” şeklinde genel ifadeler kullanılmıştır. Tahrik edilen halk kesimi, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesim olarak belirtildiğine göre; mağdur kesiminin de aynı özelliklere sahip bir grup olacağı ilk olarak akla gelmekle birlikte; kanunun ifadesinde böyle bir sınırlama olmadığı için mağdur kesiminin “herhangi bir grup” olabileceği kanaatindeyim. Örneğin ilk anlayışa göre, halkın belli bir dine mensup olan bir kesiminin; halkın sadece belli bir dine, mezhebe, ırka, sosyal sınıfa veya bölgeye mensup diğer bir kesimine karşı tahrik edilmesi mümkün iken; ikinci anlayışta, halkın belli bir dine mensup olan bir kesiminin, cinsel tercihleri sebebiyle bir gruba karşı tahrik edilebilmesi de; veya



halkın belli bir ırka mensup olan bir kesiminin, “üstün ırk yaratma gayesiyle” örneğin halkın engelli olan kesimine karşı tahrik edilmesi de bu suç içerisinde değerlendirilebilir.

Maddi Unsur: TCK’nun 216. maddesinin 1. bendinde düzenlenen suçun maddi unsuru “alenen tahrik” fiilidir. Aleniyetin ne olduğu konusunda (Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 30/01/1979 Tarih, 1978/87 E., 1979/139 K. Sinerji Mevzuat-İçtihat Programı (01/05/2012)) 765 sayılı eski TCK’nun 153. maddesinin 4. fıkrasında bir açıklama mevcuttu. Buna göre:

Fiil :

- 1 - Matbuat vasıtasile veya her hangi bir propaganda vasıtasile;
- 2 - Umumi veya umuma açık bir mahalde ve birden ziyade kimseler huzurunda;
- 3 - Toplanılan mahal veya içtimaa iştirak edenlerin adedi veya toplantının mevzuu ve gayesi itibarile hususi mahiyeti haiz olmayan bir içtimada işlenmiş olursa Ceza Kanununun tatbikında aleni olarak işlenmiş sayılır.

Tahrik ise, başkalarını harekete geçirebilme imkanını ifade etmektedir. Kişiyi harekete geçirici iradesi üzerinde doğrudan doğruya psikolojik etki yapmaya yarayan bir davranış anlamındadır. Şayet açıklanan düşüncede, söylenen sözlerde (tahrik edici, harekete geçirici) bir özellik bulunuyorsa bu tahrik teşkil eder ve düşünce özgürlüğünün sınırları dışında kalır, fiilde tahrik edici özellikler saptandıktan sonra ayrıca tehlikenin yakın olması şartı aranmamalıdır. Bireyleri harekete geçirici, tahrik edici sözler ve düşünceler sadece bu özellikleri nedeniyle toplum hayatı ve düzeni bakımından tehlike teşkil eder (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 29/04/2008 Tarih, 2007/8-244 E., 2008/92 K. Sinerji Mevzuat-İçtihat Programı (01/05/2012)).

Manevi Unsur: Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu kasten işlenebilen suçlardandır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 23/11/2004 tarih ve 2004/8-130 E., 2004/206 K. sayılı kararında bu suçun, kamu düzeni için tehlikeli olabilecek (şiddeti çağrıştıracak ve açık, yakın ve somut tehlikeyi içerecek) şekildeki yoğunlaşmış kasta yaklaşan öngörü ve irade ile işlenmesi gerektiğini vurgulamıştır (Sinerji Mevzuat İçtihat Programı 01/05/2012). Dolayısıyla failde, kastın hem bilme ve hem de isteme unsurları mevcut olmalıdır. Ayrıca bu suç için özel kast aranır. Bu özel kast, halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini yani kategorize edilmiş bir kesimini, bir grubu, diğer bir kesim





aleyhine kin ve düşmanlığa tahrik etmektir. Yani bu suç, sınıfsal, ırksal, dinsel, mezhepsel veya bölgesel farklılıklar nedeniyle, ayrımcılık düşüncesiyle işlenir. Ayrıca madde metninde, varılmak istenen amaç da belirtilmiştir ki; bu kin ve düşmanlığa tahrik amacıdır. Maddede yer alan kin (bir kimseye veya bir şeye karşı duyulan ve öç almayı gerektiren şiddetli düşmanlık, garez); düşmanlık ise (husumet besleyen, konuya karşı düşünerek tasarlayarak zarar vermeye, onu mağlup etmeye yönelmiş kin duygusu) olarak tanımlanır (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 29/04/2008 Tarih, 2007/8-244 E., 2008/92 K. Sinerji Mevzuat-İçtihat Programı (01/05/2012)).

## SONUÇ

Düşüncüyü açıklama özgürlüğü, diğer temel hak ve özgürlükler gibi, amacı dışında ve özellikle de bir suç aracı olarak kullanılamaz. Temel hak ve özgürlükler, kişinin topluma ve ailesine karşı olan ödev ve sorumluklarını da ihtiva eder. Dolayısıyla artık, düşünce özgürlüğü mutlak olarak korunmuştur gibi bir savunma içerisine girerek bu hürriyetin başka amaçlarla kullanılabilmesi gibi bir yorum yanlısına düşmemek gerekir. Şüphesiz ki, hak ve özgürlükler çok çeşitlidir ve bunlar arasında çatışma durumunun ortaya çıkması kaçınılmazdır. İşte bu sebeple düşüncüyü açıklama hürriyetinin sınırsız olarak tanınması durumu söz konusu değildir ki, zaten anayasamız da bu hürriyeti belli sınırlar dahilinde tanımış ve korumuştur. Temel hak ve hürriyetler arasındaki denge çok hassas bir konudur ve bu dengenin iyi korunması gerekmektedir. Yani korunan iki hukuksal yarardan biri diğerine feda edilmeden bu denge sağlanmalı ve terazinin iki kefesi birbirine dengelenmelidir.

Nefret suçları, üzerinde daha detaylı ve daha çok çalışmalar yapılması gereken çok önemli bir konudur ki; nefretin nelere sebep olabileceği özellikle İkinci Dünya Savaşı'nın acı tecrübeleriyle sabit olmuştur. Nazi Almanyası'ndan, Güney Afrika'dan, Bosna'dan ve daha pek çok kötü örnekten alınacak önemli dersler vardır, bu örneklerin sayısını bundan sonra artırmamak için önlemlerin daha etkin bir şekilde alınması gerekmektedir. Bu sebeple nefret suçlarının da pozitif mevzuata girmesi ve düşüncüyü açıklama özgürlüğünün veya başka temel hak ve özgürlüklerin bu suçlara siper olarak kullanılamaması yada daha doğru bir ifadeyle bunun önlemlerinin alınması ve bu dengenin kurulması gerekmektedir.

Türk Ceza Kanununda da nefret suçları kendisine henüz ifade bulabilmiş değildir. Fakat, nefret suçları kapsamında değerlendirilebilecek pek çok suç çeşidi ceza kanunumuzda yer almaktadır ki, bunlardan bir tanesi de halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçudur. Bu suç ceza



kanunumuzda bir tehlike suçu olarak düzenlenmiş ve suçun oluşabilmesi için açık ve yakın tehlike hali aranmış ve böylece düşüncüyü açıklama özgürlüğü ile bir denge kurulmaya çalışılmıştır. Fakat tehlikenin açık ve yakın olduğunun tespiti ve değerlendirilmesi her durumda çok kolay olmayabilir ki; bu da telafisi imkansız zararların doğumuna sebebiyet verebilir. Bu sebeplerle nefret suçları, Türk hukukunda dikkat çekilmesi gereken konulardan biridir. Bu konuda daha çok çalışmalar yapılması, ayrıca nefret suçlarının pozitif düzenlemeye kavuşması gerekmektedir.

### KAYNAKÇA

- Ağlan, T. Cengiz ve F. Levent Şensever (ed.), *Ulusal Basında Nefret Suçları: 10 Yıl, 10 Örnek*, İstanbul: Sosyal Değişim Derneği Yayını, 2010.
- Arslan, Zühtü (der.), *ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü*, çev. Necat Kumral, Ankara: Avrupa Komisyonu Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, 2003.
- Ataman, Hakan ve Orhan Kemal Cengiz (haz.), *Türkiye’de Nefret Suçları*, Ankara: İnsan Hakları Gündemi Derneği Yayını, 2009.
- Aydın, Öykü Didem, ‘Düşünce Özgürlüğünün Anlamı ve İşlevi Işığında Düşünce Özgürlüğünü Sınırlamanın Anayasallığı’, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(2), 2011, ss. 26-63.
- Erdem, Fazıl Hüsnü, “TCK’nun 312. Maddesinin Koruduğu Hukuksal Değerin Kısa Bir Analizi: Türk Devlet Düzeni ve Demokratik Kamu Düzeni”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 52, Sayı: 1, 2003, ss. 37-62.
- Erem, Faruk ve Nevzat Toroslu, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 9. Baskı, Ankara: Savaş Yayınevi, 2003.
- Eren, Abdurrahman ve Alesker Aleskerli, *Yeni Anayasalar Bağımsız Devletler Topluluğu ve Batlık Cumhuriyetleri*, Ankara: T.C. Başbakanlık Türk İşbirliği ve Kalkınma İdaresi Başkanlığı Yayını, 2005.
- Gökçen, Ahmet, *Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü*, Avrupa Komisyonu Liberal Düşünce Topluluğu, 2001.
- Gören, Zafer, *Anayasa Hukukuna Giriş*, 2. Baskı, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 1999.
- Gören, Zafer, ‘Temel Hak ve Özgürlükler-Türkiye Cumhuriyeti Anayasası İçin Reform



- Önerileri', Konrad Adenauer Vakfı, *Türkiye'de Anayasa Reformu Prensipler ve Sonuçları*, Ankara: Ofset Fotomat, 2001.
- Gözler, Kemal, (b) *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt 1*, Bursa: Ekin Yayınevi, 2011.
- Gözler, Kemal ve Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, 11 Baskı, Bursa: Ekin Yayınevi, 2011.
- Gözler, Kemal, (b) *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 12. Baskı, Bursa: Ekin Kitabevi, 2011.
- Güriz, Adnan, 'İrade Hürriyeti (1)', *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:22, S: 1, 1966, ss. 635-673.
- Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler*, 5. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2010.
- Hakyemez, Yusuf Şevki, 'Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları', *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 57-2, 2002, ss. 17-40.
- Küzeci, Elif, "AİHS'nin 10. Maddesi Işığında Nefret İçerikli ve Irkçı Nitelikli Düşünce Açıklamaları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:71, 2007, ss. 174-200.
- OSCE ODIHR, *Hate Crimes in the OSCE Region –Incidents and Responses Annual Report for 2010*, Warsaw:2011.
- Öztürk, Bahri ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 11 Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Sadurski, Wojciech, *İfade Özgürlüğü ve Sınırları*, Çev.: M. Bahattin Seçilmişoğlu, Ankara: Avrupa Komisyonu Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, 2002.
- Sancar, Türkan Yalçın, "Türk Ceza Kanununun 159. ve 312. Maddelerinde Yapılan Değişikliklerin Anlamı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:52, Sayı:1, 2003, ss. 89-99.
- Sinerji mevzuat ve İçtihat Programı.
- Tanilli, Server, *Devlet ve Demokrasi*, 5. Bası, İstanbul: Say Yayınları, 1988.
- Tanör, Bülent, *TCK. 142. Madde Düşünce Özgürlüğü ve Uygulama*, İstanbul: Forum Yayınları, 1979, s. 83-84.
- Weber, Anne, *Nefret Söylemi El Kitabı*, çev. Metin Çulhaoğlu, Strazburg: Council of Europe Publishing, 2004.
- <http://tdkterim.gov.tr>