

## YARGININ SİYASALLAŞMASI ÇERÇEVESİNDE SUÇU VE SUÇLUYU ÖVME SUÇU: YENİ DÜZENLEMENİN ANLAMI\*

Arş. Gör. Nisan Kuyucu  
Ankara Üniversitesi  
Siyasal Bilgiler Fakültesi



### Öz

4. Yargı Paketi ile “açık ve yakın tehlike” ölçütü eklenen Türk Ceza Kanunu m. 215’te tanımlanmış suçu ve suçluyu övme suçu, Türkiye’de ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasının araçlarından biri olagelmıştır. Bu çalışmada maddenin önceki halinden kaynaklanan sorunların tespit edilmesi ve Türkiye’de “açık ve yakın tehlike” kriterinin mahkemelerce nasıl yorumlandığı ortaya konarak 2013 yılında yapılan değişikliğin olası anlamı bulunmaya çalışılacaktır. Bu çaba sırasında, ifade özgürlüğünün sınırları bakımından yargının siyasal iktidarla olan ilişkisinin önemi de kendiliğinden ortaya çıkmaktadır.

**Anahtar Sözcükler:** İfade özgürlüğü, suçu ve suçluyu övme suçu, açık ve yakın tehlike kriteri, yargı-iktidar ilişkileri, AIHM kararları

*Praising the Offence and the Offender in the Context of the Politicization of the Judiciary: The Meaning of the New Regulation*

### Abstract

The crime of praising the offence and the offender is defined in Article 215 of the Turkish Penal Code, which has been used (and is being used) as a tool to limit freedom of expression in Turkey. A new criteria containing the “the clear and present danger” element was added to the crime as with the 4<sup>th</sup> Judicial Reform Package. In order to find the possible outcomes of the amendment in the reform package, , problems arising from the former version of article 215 and the ways in which judicial bodies interpret the clear and present danger criteria will be discussed. In the meantime, the importance of relations between the judiciary and political power in terms of the limits of the freedom of expression will also be analyzed.

**Keywords:** Freedom of thought, praising the offence and the offender, clear and present danger, relations between political power and judiciary, ECtHR jurisprudence

---

\* Makale geliş tarihi: 03.03.2014  
Makale kabul tarihi: 17.10.2014

## **Yargının Siyasallaşması Çerçevesinde Suçu ve Suçluyu Övme Suçu: Yeni Düzenlemenin Anlamı**

### **Giriş**

Türkiye’de ceza kanunundan kaynaklanan ifade özgürlüğü sorunları son dönemde büyük oranda “halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama” suçunu düzenleyen TCK’nın 216. maddesi ve “Türk milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama” suçunu düzenleyen 301. maddesi üzerinden tartışılıyor. Gerçekten de bu hükümler, Hrant Dink’in bir gazete yazısında yer alan ifadeleri nedeniyle 301. maddeden yargılanması sürecinin ölümüyle sonlanması ile de belleğimize kazındığı üzere, çok vahim sonuçlara yol açabiliyor. Kamuoyunda çokça tartışılmış ve aşağıda da ele alınacak Oran-Kaboğlu kararı ile de 216. maddenin ifade özgürlüğünün “resmi ideoloji” ile imtihanının bir örneği görülmüştü. Bu maddelerin yarattığı sorunların büyük ölçüde hükümlerin lafzından değil yargı pratiklerinden kaynaklandığını, ifade özgürlüğünün çağdaş demokratik bir düzenin gerektirdiği biçimiyle uygulanması için kat edilmesi gereken çok yol olduğunu en baştan söylemek mümkün.

İfade özgürlüğüyle ilgili hükümlerde yargının ifade özgürlüğünün sınırlarını ve kapsamını nasıl belirlediği, iktidar karşısında kendisini nerede konumlandığı ile doğrudan ilgilidir.<sup>1</sup> Çünkü ifade özgürlüğüne, esas olarak kendisini tek hakikat olarak sunan “resmî ideoloji(nin)” sorgulanması ya da ona karşı çıkılması söz konusu olduğunda ihtiyaç duyulur (Sancar, 2004: 170). Bu

---

<sup>1</sup>Türkiye’deki son yıllarda kabul edilen yargı paketlerini ifade özgürlüğü açısından da değerlendiren bir çalışma için bkz. Karakaya, Naim ve Hande Özhabeş (2013), *Yargı Paketleri: Hak ve Özgürlükler Açısından Bir Değerlendirme (Geniş Kapsamlı Rapor)*, (İstanbul: TESEV Yayınları). Türkiye’deki yargı sistemine ilişkin güncel bir eleştiri için bkz. Ertekin, Orhan Gazi, Faruk Özsu, Kemal Şahin, Muzaffer Şakar, Uğur Yiğit (2013), *Türkiye’de Yargı Yoktur*, (İstanbul: Tekin Yayınevi)

bağlamda TCK'nın ifade özgürlüğü bakımından sorunlu hükümlerinden birisi de m. 215'te yer alan "suçu ve suçluyu övme suçu"dur.

Suç ve suçluyu övme suçu doktrin tarafından neredeyse tamamen bir kenara itilmiştir. Ne ceza hukuku özel hükümler kitaplarında, ne şerhlerde birkaç istisna dışında bu suça yer verilmektedir.<sup>2</sup> Öte yandan yargıçlar ve savcılar, bazı siyasi hükümlülerin anma etkinliklerinde ya da Kürt hareketine ya da onun sembolik isimlerine ilişkin olumlu yargı içeren tüm açıklamalarda bu hükmü hemen hatırlamakta ve ifade özgürlüğünü kısıtlamak için uygulamaktadır. Bu hüküm, hukuk uygulayıcıları tarafından, tıpkı TCK'nın 216., 301. ve 318. maddelerinde olduğu gibi, "resmî ideoloji(ye)" ters düşen eleştirel düşüncelerin yasaklanması için kullanılmaktadır.

Suç ve suçluyu övme suçu insan hakları aktivistlerinin getirdiği eleştirilerin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) ifade özgürlüğüne ilişkin Türkiye aleyhine verdiği kararların sayıca artmasının sonucu olarak 4. yargı paketi kapsamında değişikliğe uğramıştır. Bu değişikliğin uygulamada ne gibi sonuçlara yol açacağı henüz belli değildir.

Bu çalışmada maddenin değişmiş halinde yer alan "açık ve yakın tehlike" kriterinin Türkiye'deki yargı yerlerince nasıl uygulandığı ortaya konularak çok yakında sonuçlarını göreceğimiz bu değişikliğin, ifade özgürlüğünün gerçekleşmesi için ne gibi imkânlar içerdiği, etkili bir koruma getirip getiremeyeceği sorularına yanıt bulunması amaçlanmıştır. Şimdiden söylenebilir ki; yargının siyasal iktidarla olan ilişkilerinin en berrak biçimde ortaya çıktığı ifade özgürlüğüyle ilgili hükümlerde yapılan değişiklikler, Türkiye'de, çoğunlukla iyi niyetli çabalar olmaktan öteye gidememiştir.<sup>3</sup> O kadar ki; Türkiye'nin siyasi tarihi hakkında bilgi sahibi olabilmek için ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamaların izinin sürülmesinin yeterli olacağı söylenebilir (Altıparmak, 2007: 10).

Aşağıda, öncelikle literatürdeki eksiklik de gözetilerek "suçu ve suçluyu övme suçu"nun değişiklikten önceki biçiminin yol açtığı sorunlar ve bunların nedenleri irdelenecektir. Bu nedenlerin, madde metnindeki söz konusu değişikliğin umulduğu gibi sonuç verip vermeyeceği konusunda yol gösterici

---

<sup>2</sup>Bu eksikliğe değinilmişken Erdener Yurtcan'ın 2012 tarihli Yargıtay Kararları Işığında Kamu Barışına Karşı Suçlar isimli kitabını anmak gerekir. Bkz. Yurtcan, Erdener (2012), *Yargıtay Kararları Işığında Kamu Barışına Karşı Suçlar*, Idefix E-Kitap.

<sup>3</sup>TCK m. 301'de yapılan çok sayıda değişikliğin maddenin yarattığı sorunları çözemediği görülmüştür. Bkz. Algan, Bülent (2008), "The Brand New Version of Art. 301 of the Turkish Penal Code and The Future of Freedom of Expression Cases in Turkey", *German Law Journal*, 9 (12): 2237-2251.

olduğu düşünülmektedir. Daha sonra ilk olarak değişikliğin getirdiği kriterin, kaynağı olan Amerikan hukukunda taşıdığı anlam ve ardından da bu kriterin Türk hukukunda nasıl ele alındığı *Milli Gazete* ve *Oran-Kaboğlu* dava örnekleriyle ortaya konulacaktır. Böylece 215. maddede yapılan değişiklikle ilgili gerçekçi beklentilerin neler olacağını ortaya konulması hedeflenmiştir. Bu sırada suçu ve suçluyu övme suçunun bir ceza kanununda yer almasının gerekliliği sorununun karşılaştırmalı çalışmaları gerektiren başka bir makalenin konusu olabileceği düşünülerek bu tartışma kapsam dışında bırakılmıştır.

## I. Suçu ve Suçluyu Övme Suçu

### A. 5237 Sayılı TCK'nın Kabulündeki İlk Biçimiyle

#### 1. Suçun Unsurları

“Suçu ve suçluyu övme” suçu, 5237 sayılı TCK'nın “Kamu Barışına Karşı Suçlar” başlıklı bölümündeki 215. maddede yer alır. Madde metni şu şekildedir: “İşlenmiş olan bir suçu veya işlemiş olduğu bir suçtan dolayı bir kişiyi alenen öven kimse iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” Bu madde, 2013 yılında yapılan değişiklikten sonra “İşlenmiş olan bir suçu veya işlemiş olduğu suçtan dolayı bir kişiyi alenen öven kimse, bu nedenle kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” şeklini almıştır.<sup>4</sup> Bu başlıkta madde metninin 2013 değişikliğinden önceki hali bu çalışma için gerektiği kadarıyla incelenecektir.

TCK m. 215'te yer alan kamu barışı kavramı, kamu güvenliğinden geniş, kamu düzeninden dar bir anlam taşımaktadır (Parlar ve Hatipoğlu, 2008: 3158). Kamu barışı, kişilerin huzur içinde yaşadığı, bireylerin temel değerlerinin korunduğu ve hukukun üstünlüğü ilkesinin geçerli olduğu bir durumu ifade eder (Aydın, t.y.). Yasa koyucu, suçun ya da suçlunun övülmesinin kişileri suç işlemeye dolaylı yoldan teşvik edeceğini ya da en azından suç olan fiile ya da suçu işleyen faile karşı kınama duygusunu azaltıcı etki yaratacağını varsaydığı için 215. maddede yer alan suça bu başlık altında yer vermiştir (Soyaslan, 2012: 524-525).

Gerekçede maddenin anlamını somutlaştıracak bir açıklama yoktur. Buna göre;

---

<sup>4</sup>İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun No. 6459, Tarih: 11.04.2013, *Resmi Gazete* S. 28633.

“Madde metninde, suçu ve suçluyu övme suçunun tanımı yapılmıştır. Buna göre suçun oluşması için, failin işlenmiş olan bir suçu veya işlemiş olduğu suçtan dolayı bir kişiyi alenen övmesi gerekmektedir. İşlenmiş olan bir suçun failini veya kanuna uymayan kişiliğini, sırf suç işlemesi sebebiyle övme hali de cezalandırılmaktadır. Suç işlemiş olan kişinin övülmesi halinde, aslında bu kişi aracılığıyla işlenmiş olan suç övülmektedir (Adalet Bakanlığı, t.y.).”

Madde metninden anlaşılacağı üzere bu suçun maddi unsuru, işlenmiş olan bir suçun ya da işlemiş olduğu suçtan dolayı bir kimsenin alenen övülmesidir. Burada eski TCK'den farklı olarak herhangi bir suçun değil somut bir suçun veya suç işlemiş bir kişinin işlediği suç bakımından övülmesi aranmıştır (Yurtcan, 2012: 13).<sup>5</sup>

*İşlenmiş olan suç, suç işlemiş kişi, övmek ve aleniyet* kavramları açıklama gerektiren kavramlardır. Buna göre, *işlenmiş olan suçtan* bahsedebilmek için kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmünün bulunması şarttır. Örneğin; hükmün açıklanmasının geri bırakıldığı durumlarda kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü bulunmadığından, bu davaların konusu suçlara ilişkin olarak suçu ve suçluyu övme suçunun gerçekleştiği söylenemez (Şen, 2008: 108). *Suç işlemiş kişi* ise masumiyet karinesi gereği “kimse suçluluğu bir mahkeme kararıyla sabit oluncaya dek suçlu sayılamayacağından”, kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmüne dayanarak sanık olmaktan çıkmış ve fail olmuş kişiyi ifade eder.

*Övmek*, Türk Dil Kurumu'nun sözlüğünde “birini veya bir şeyin iyiliklerini, üstünlüklerini söyleyerek değerini yüceltmek” olarak tanımlanmıştır.<sup>6</sup> Bu suç bakımından *övmenin*, işlenmiş bir suça veya suç işleyen bir kimseye ilişkin beğenin ya da benimsemenin, karşı tarafa aşılacak üzere açıklanması anlamına geleceği ifade edilmektedir (Parlar ve Hatipoğlu, 2008: 3158). Maddenin gerekçesinde de belirtildiği gibi, suç işlemiş olan kimsenin övülmesi yoluyla suçun övüldüğü düşünülmektedir. Bu övgünün, kişileri kamu barışını bozacak davranışlara iteceği kaygısıyla böyle bir suç tanımına ihtiyaç duyulduğu anlaşılmaktadır.

---

<sup>5</sup>5237 sayılı TCK'nın 215. maddesinin eski TCK'daki karşılığı 312. maddenin 1. fıkrasıdır. Buna göre; “Bir cürmü alenen öven veya iyi gördüğünü söyleyen veya halkı kanuna uymamaya tahrik eden kimseye altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir.” Görülebileceği gibi burada suç işleyen kimsenin övülmesi yer almadığı gibi somut bir suçun işlenmiş olması şartı da aranmamıştır. Böylece eski TCK zamanında kanunda “cürüm” olarak tanımlanan bir fiilin iyi bir davranış olduğunun alenen açıklanması suçun oluşumu için yeterli görülmekteydi.

<sup>6</sup>Bkz. <http://www.tdksozluk.com/s/%F6vmek/>, Son Erişim: 25.10.2013.

Suçun veya suçlunun övülmesinin suç olması için *aleniyet* unsurunun da gerçekleşmesi gerekmektedir.<sup>7</sup> Aleniyet, belirsiz sayıda kişinin suçu görmesi ya da duyması anlamına gelir.<sup>8</sup> Ancak aleniyetin gerçekleşmesi için bu kişilerin suçu duyması ya da görmesi ihtimali yeterlidir; bu ihtimalin mutlaka gerçekleşmesi gerekmez. Aleniyet, suçun, niteliği gereği ya da tesadüfen genel olan yerlerde, basın-yayın yoluyla ya da bazı durumlarda özel yerlerde gerçekleşmesi yoluyla sağlanır (Yalçın Sancar, 2006: 173).

Suç ve suçluyu övme suçu, 4. yargı paketinden önceki bu haliyle “soyut tehlike suçu” oluşturmaktadır. Bu tür suçlarda herhangi bir zarar ya da zarar ihtimali ortaya çıkmamış olsa da suçun unsurlarının gerçekleşmesi, suçun işlenmiş sayılması için yeterlidir (Önder, 1989: 61). Ancak övme hareketinin somut bir suç ya da suç işlediği iddia edilen somut bir kişiyle bağlantılı olarak gerçekleştirilmesi gerekir. Buna göre, bir kişiyi işlemiş olduğu somut bir suçla ilgili olmayan bir şekilde övmek, suçu ve suçluyu övme suçu kapsamında değerlendirilmemelidir (Yurtcan, 2012: 13).

Tehlike suçları, özellikle de soyut tehlike suçları, yasallık ilkesine aykırı oldukları gerekçesiyle eleştirilmektedir. Özellikle ifade özgürlüğü, siyasal suçlar gibi kategorilerde somut tehlikenin varlığının aranmaması, kişi özgürlüklerini sınırlayıcı, haksız cezalandırmalara yol açma riski içermektedir. “Eylemin zarar neticesini yaratmaya uygun olmamasına rağmen cezalandırılması, başta düşüncüyü açıklama hakkı olmak üzere, *demokratik hakların sınırlandırılması* sonucunu yaratır” (Özek, 1998: 45).

## 2. Türkiye’deki Yargısal Uygulama

Soyut tehlike suçları, ifade özgürlüğü açısından çok kısıtlayıcı bir etki yaratır (Aydın, t.y.). Bir zararın ya da zarar tehlikesinin doğması beklenmeden, ne anlama geldiği son derece belirsiz ve yargıcın yorumuna sonuna kadar açık “övme” fiilinin oluşmasıyla gerçekleşecek suçu ve suçluyu övme suçunun, demokratik bir toplumda bu haliyle var olması, sakıncalı sonuçlar doğurur. Bu suç tipinin ceza kanunlarında yer almasının gerekliliği tartışması bir yana, aşağıda yer alan somut örneklerin de gösterdiği gibi TCK m. 215’te yer aldığı

<sup>7</sup>Yargıtay 9. Ceza Dairesi verdiği bir kararda “cezaevinde hükümlü olan sanığın yazdığı ve muhatabına ulaşmadan cezaevi idaresince el konulan dilekçelerin” suçu ve suçluyu övme niteliğinde ifadeler içerdiğini; ancak aleniyet unsurunun gerçekleşmemesi sebebiyle suçun oluşamayacağını belirtmiştir. Bkz. Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2007/8098, 03.10.2007.

<sup>8</sup>Aleniyyete ilişkin değişik görüşler için bkz. Gökçen, Ahmet (2001), *Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Suçu*, Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu:142 vd.

haliyle suçu ve suçluyu övme suçunun, ifade özgürlüğünün kullanımını aşırı sınırladığı için demokratik bir toplumda yeri olmayan bir suç içerdiği şimdiden söylenebilir.

Madde metninden kaynaklanan sorunlar bir kenara bırakılıp yargı pratiklerine bakıldığında, TCK m. 215'in çok büyük çoğunlukla ifade özgürlüğünün sınırlarını aştığı iddia edilen çeşitli açıklamaları gerçekleştirenler aleyhine kullanıldığı görülür. Bu açıdan suçu ve suçluyu övme suçu yargı kararlarında da, Türkiye'de düşünce özgürlüğünü kısıtlamak için kullanılan araçlardan biri olagelmıştır. Suçu ve suçluyu övme suçundan yargılananların sayısına baktığımızda, ifade özgürlüğü bakımından Türkiye'deki vahim tablonun oluşmasındaki etkenlerden birinin de bu suç ve bu suçun yargı tarafından uygulanma biçimi olduğu görülür. Adalet Bakanlığı'nın verilerine göre TCK m. 215'ten 2009 yılında 4775, 2010 yılında 3408 ve 2011 yılında 2513 dava açılmıştır. Bu yıllarda açılan davalarda verilen toplam mahkûmiyet kararı sayısı 1557, toplam beraat kararı sayısı ise 4265'tir.<sup>9</sup>

Yargı kararlarına bakıldığında bu hükmün yargının “hoşa gitmeyen ifadeleri” yasaklama araçlarından biri olarak kullanıldığı görülür. Örneğin, DEHAP Mardin İl Başkanı olan sanık hakkında, yaptığı bir basın açıklaması nedeniyle açılan davada “ (...) Bunun en güçlü ve somut örneği AB'nin KONGRA-GEL'i terörist listesine almasıdır. Son derece talihsiz olan bu kararın halkımıza hiçbir şekilde fayda getirmeyeceği ve tekrar çatışmalı bir sürecin başlayacağı yönünde bizleri kaygılandırmaktadır” şeklindeki ifadelerinin ve AB'nin aldığı kararı “kışkırtıcı” olarak nitelemesinin suçu ve suçluyu övme suçunu oluşturduğu kabul edilmiştir.<sup>10</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu (CGK), bu ifadelerle sanığın söz konusu örgütü terör örgütü olarak kabul etmediğini, kabul edenlere de karşı çıktığını, böylece örgütün yasa dışı eylemlerini desteklediğini düşünmüştür. Kararın devamında ise “bir terör örgütünün işlediği suçları meşru sayma(nın), düşünce ve kanaat özgürlüğünün sınırlarını aş(tığı)” ifade edilmiştir.

Kararda “övme” fiilinin ne zaman gerçekleşmiş sayılacağına, her “iyi görme(nin)” ya da “onaylama(nın)” övme sayılıp sayılmayacağına ilişkin bir belirleme olmadığı gibi, failin ifadelerinin neden “düşünce ve kanaat özgürlüğünün sınırlarını aş(tığı)” da tartışılmamıştır. Ayrıca görülebileceği gibi

<sup>9</sup>Veriler, Adli Sicil ve İstatistik Müdürlüğü'nün internet sayfasından alınmıştır. 2012 yılından beri madde numaralarını içeren istatistiklere ve dolayısıyla 215. maddeye ilişkin verilere ulaşmak mümkün olmamaktadır. Bunun yerine 215. maddeye ilişkin istatistikler için “kamu barışına karşı suçlar” kategorisine bakmak gerekmektedir. Bkz. [http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik\\_2011/ist\\_tab.htm](http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2011/ist_tab.htm)

<sup>10</sup>CGK, E. 8-345, K. 13, T. 30.01.2007.

burada bir örgütün işlediği sabit olan suçların övülmesi söz konusu olmadığı gibi, somut bir suçtan dolayı bir örgütün övülmesi de söz konusu değildir.

Bir başka davada, parti teşkilatına hitaben yazdığı özgeçmişinde yer alan “1984'ten bu yana bu mücadelenin içinde yaşadık ve yaşatıldık. (...) Çatışma esnasında 3 vatandaşımız şehit oldu. Bu mücadele başladığından beri içinde yer aldık ve de devam etmekteyiz. Bu mücadele için elimizden geleni her zaman yaptık ve ta ki ölünceye kadar devam edeceğiz” şeklindeki ifadeleri dolayısıyla hakkında 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu (TMK) m.7/2’de yer alan terör örgütünün propagandasını yapma suçundan dava açılan sanık, dava sonucunda suçu ve suçluyu övme suçundan dolayı 2 ay hapis cezası almıştır. CGK bu davaya ilişkin olarak failin bu ifadelerini, “yasadışı bir terör örgütünün eylemlerini onaylayarak, ona sahip çıkmak, anılan örgütün işlediği suçları iyi görmek” anlamına geleceğinden ve “bir terör örgütünün işlediği suçları meşru saymak, iyi görmek, düşünce ve kanaat açıklama özgürlüğü sınırlarını aşan” bir eylem olduğundan suçu ve suçluyu övme niteliğinde görmüştür. Oysa kararın içeriğinde, söz konusu ifadelerin “şiddete ve terör yöntemlerine başvurmayı teşvik edecek herhangi bir ibare içermediği” CGK tarafından tespit edilmiştir. <sup>11</sup> Hatta bu nedenle bu ifadelerin TMK m. 7/2 uyarınca değil TCK m. 215 uyarınca inceleneceği belirtilmiştir. Buna rağmen bu ifadelerin neden ifade özgürlüğü sınırları içinde kalmadığı kararda yer almamıştır. Burada da somut bir suçun ya da somut bir suç dolayısıyla bir kimsenin övülmesi söz konusu değildir. Ancak ne ilk derece mahkemesi ne de CGK bu noktaya dikkat etmiştir.

AİHM’nin yakın tarihli bir kararına da konu olan bir diğer davada ise Halfeti Cumhuriyet Başsavcılığı’na protesto amaçlı verilen “Ben de sayın Öcalan diyorum ve bu suçu işleyip kendimi ihbar ediyorum.” içerikli dilekçelerin suçu ve suçluyu övme suçunu oluşturup oluşturmadığı incelenmiştir. Yerel Mahkeme, sanığın, uluslararası kamuoyu tarafından da terör örgütü olarak kabul edilen bir örgütün liderine “sayın” diyerek bu kişiye saygılarını ifade ettiğini; bu ifadenin de o kişinin ve lideri olduğu terör örgütünün işlediği suçları haklı görmek anlamına geldiğini savunmuştur. Mahkeme, şiddete ya da teröre teşvik edici olmadığını belirttiği bu ifadelerin ifade özgürlüğünün sınırlarını aştığını söylemiş; ancak bu sözlerin neden ifade özgürlüğünün sınırlarını aştığını gerekçelendirmemiş ve sanığı suçu ve suçluyu övme suçundan mahkûm etmiştir.<sup>12</sup>

<sup>11</sup>CGK, E. 2007/9-69, K. 2007/99, T. 17.04.2007.

<sup>12</sup>Yalçınkaya ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No. 25764/09 vd. , 01.10.2013, par. 10.



Öncekilerden farklı olarak bu davada Yargıtay 9. Ceza Dairesi söz konusu dilekçedeki ifadeleri “kanaat açıklamaktan ibaret” görmüş ve bozma kararı vermiştir.<sup>13</sup> Böylece Dairenin önceki kararlarından farklı yönde karar verdiği görülmektedir. Dairenin önceki kararından ayrılmasına yol açabilecek nitelikte yeni bir hukuki değişiklik olmamasına rağmen bu karar değişikliğine neyin yol açmış olduğunu tespit etmek güçtür. Çünkü bu süreçte yargı pratiğine etki edecek bir toplumsal değişim de yaşanmamıştır. “Kürt Açılımı”nın gündemde olduğu 2012 yılı içinde verilen kararlarda Yargıtay’ın sanki bu hüküm yeni konmuş gibi aniden Anayasa’nın 90. maddesine atıfla AİHM’nin ifade özgürlüğü kriterlerini uygulamaya başladığı da göz önüne alındığında yargı pratiklerindeki değişimlerin siyasi gelişmelerle uyumlu olduğu görülmektedir.

Örneğin, Yargıtay’ın 2012 yılında verdiği bir kararda, bir hükümlü hakkında cezaevine yazılan ve onun sağlık koşullarına ilişkin talepleri içeren dilekçede bu hükümlüye “sayın” denmesi, AİHM kararlarına atıfla değerlendirilmiştir. Kararda, “sayın” sözcüğünün “işlenen bir suç ya da suçlu kişiyi işlediği suç nedeniyle kişiyi övücü nitelikte bulunma(dığı)” ve sanığın hükümlünün “sağlığı ile ilgili kendi değer yargısını içeren düşüncelerini açıkla(dığı)” ifade edilerek sanık hakkında verilen mahkûmiyet hükmünün bozulmasına karar verildiği belirtilmiştir.<sup>14</sup>

Oysa bu davalarda dava konusu ifadelerin “suçu ve suçluyu övme” kapsamında değerlendirilemeyeceğini söylemek için ifade özgürlüğüne başvurmadan önce somut bir suçun ya da somut bir suçtan dolayı bir kimsenin övülmesinin söz konusu olup olmadığına bakılması yeterlidir. Burada “sayın Öcalan” denilerek suç ve suçluyu övme suçunun işlenmiş sayılabilmesi için söz konusu hükümlünün mahkûm olduğu somut bir suçtan dolayı övülmesi gerekmektedir. Tek başına bir kimseye “sayın” denmesi bu madde metni çerçevesinde suç teşkil edemez. Oysa suç oluşturduğu iddia edilen ifadelerde övülen kişinin somut bir suçuna gönderme yapılmamakta ve “sayın” ifadesi tek başına bu kişinin işlediği bir suçun işlenmesini tahrik edici nitelik de taşımamaktadır. Yargı mercilerinin sürekli olarak suç ve suçluyu övme suçunun unsurlarının oluşup oluşmadığını değerlendirmeden mahkûmiyet hükmü kurması, görüşleri toplumda azınlıkta kalan ya da muhalif görüşlere sahip olan kişileri cezalandırılma korkusu içinde bırakmaktadır.

Yargıtay’ın 2012 yılından beri suç ve suçluyu övme suçuyla ilgili olarak kullandığı AİHM’nin ifade özgürlüğüne ilişkin uyguladığı ilkeler, ifade

<sup>13</sup>Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2010/8911, K. 2012/5154, T. 18.04.2012.

<sup>14</sup>Yargıtay 8. Ceza Dairesi, E. 2009/18022, K. 2012/21275, T. 20.06. 2012.

özgürlüğünün sınırlarını olması gerekene yaklaştırması bakımından önemlidir. Suçu ve suçluyu övme suçunun işlendiğinin tespit edilebilmesi için somut dayanakların mevcut olup olmadığını ortaya koymak bakımından AİHM'nin ifade özgürlüğü davalarında kullandığı ölçütlerin rehber olarak kullanılması, Türkiye'nin ifade özgürlüğü sorununun çözümü açısından olumlu bir adım olacaktır.

Yukarıda CGK'nin 2012 tarihli kararına konu olan ve Abdullah Öcalan'a "sayın" denmesinin suçu ve suçluyu övme suçu oluşturup oluşturmadığının incelendiği karar, yerel mahkemenin mahkûmiyet hükmünden sonra ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'nin önüne gitmiştir.<sup>15</sup> AİHM, yerel mahkemenin verdiği kararın Başvurucuların ifade özgürlüğüne bir müdahale niteliğinde olduğunu tespit ettikten sonra, öncelikle bu müdahalenin yasal bir dayanağının olup olmadığını sorgulamıştır. TCK m. 215'teki düzenlemeyi yasal bir dayanak olarak kabul eden AİHM, bu düzenlemenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 10. maddesinin 2. fıkrası anlamında<sup>16</sup> "ulusal güvenliğin korunması" meşru amacını taşıdığını belirlemiştir.<sup>17</sup>

AİHM, ifade özgürlüğü davalarında uyguladığı metoda uygun olarak son aşamada söz konusu sınırlamanın "demokratik toplumda gereklilik" ölçütüne uygun olup olmadığını incelemiştir. Gereklilik kavramını "zorlayıcı toplumsal ihtiyaç" kriteriyle açıklayan AİHM, sınırlamanın izlenen meşru amaçla orantılı ve bu amaca ulaşmak için uygun ve elverişli olup olmadığını detaylı bir şekilde incelemiştir. Başvurucuların dilekçelerinde yer alan ifadelerden, onların Abdullah Öcalan ya da PKK tarafından gerçekleştirilmiş eylemleri desteklediklerine ya da onayladıklarına ilişkin bir çıkarım yapmanın mümkün olmadığını ve yerel mahkemenin de belirttiği gibi Başvurucuların şiddete ya da terör eylemlerine teşvik niteliğinde bir ifadelerinin bulunmadığını belirten

<sup>15</sup>Başvurucular ayrıca 6., 7. ve 14. maddenin de ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Bu makalenin konusunun dışında kaldığı için kararın bu iddialara ilişkin kısımları burada konu edilmeyecektir. AİHM'nin ifade özgürlüğü içtihadına ilişkin kapsamlı bir çalışma için bkz. Özbey, Özcan (2013), "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları", *TBB Dergisi*, (106): 41-92.

<sup>16</sup>AİHS m.10/2: *Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.*

<sup>17</sup>*Yalçınkaya ve Diğerleri/Türkiye*, par. 27-29.

AİHM, müdahaleyi gerekli kılacak *açık ve yakın bir tehlikenin* de oluşmadığına dikkat çekmiştir. Mahkeme bu tespitlerden yola çıkarak “demokratik toplumda gereklilik” kriteri açısından yerel mahkemelerin Başvurucuların ifade özgürlüklerine müdahaleyi haklı kılacak bir neden göstermediklerinden bahisle ihlal kararı vermiştir.<sup>18</sup>

Görüldüğü gibi AİHM, ifade özgürlüğüne getirilecek sınırlamalar konusunda titiz bir inceleme yapmaktadır. Oysa Türkiye’deki yargı mercilerinin verdiği kararlarda, bir ifadenin suçun ya da suçlunun övülmesi niteliği taşıdığı ve ifade özgürlüğünün sınırlarını aştığının belirtilmesiyle yetinilmektedir. Her ne kadar AİHM’nin bu başvuruya ilgili kararını vermesinden önce Yargıtay 9. Ceza Dairesi mahkûmiyet kararıyla ilgili bozma kararını açıklamış olsa da o kararda da ifade özgürlüğüne ve dava konusu “sayın” ifadesinin niteliğine ilişkin bir tartışma yer almamaktadır. Daire, kararında, AİHM’nin ifade özgürlüğüne ilişkin içtihadını çeşitli kararlardan örnekler vererek sıralamış; ancak bunların somut davayla olan bağı kurmadan bozma yönünde sonuca varmıştır. Bu nedenle de Yargıtay’ın hangi hukuki gerekçeyle bir sene öncesinde ifade özgürlüğü kapsamında görmediği bir sözü ifade özgürlüğü kapsamında görmeye başladığını anlamak mümkün olmamaktadır. AİHM, Türkiye’ye ilişkin olarak verdiği başka kararlarda da yerel mahkemelerin şiddete çağrı ya da nefret söylemi içermeyen ifadeleri içeriğinden ve bağlamından bağımsız olarak değerlendirerek ifade özgürlüğünü ihlal eden kararlar verdiğini tespit etmiştir (Altıparmak ve Öndül, 2013: 7).

Anılan davaların tamamında, hangi fiillerin “övme” kapsamında görülebileceği tartışılmadan, siyasi hükümlülerle ilgili hoş gitmeyen her türlü açıklama ifade özgürlüğünün koruması dışında bırakılarak suçu ve suçluyu övme suçu kapsamında değerlendirilmiştir. Oysa AİHM’nin Türkiye aleyhine verdiği benzer kararlardan görülebileceği gibi şiddete ve terör eylemlerine teşvik ya da nefret söylemi kapsamında olmayan bir ifadenin, sırf belli bazı kişilere ya da örgütlere ilişkin olduğu için veya toprak bütünlüğünün ya da kamu güvenliğinin korunması bahanesiyle cezalandırılması ifade özgürlüğüne aykırıdır.<sup>19</sup>

İfade özgürlüğünün aşırı sınırlandırılması sonucunu doğurduğu için demokratik bir toplumda yeri olmadığı belirtilen bu düzenleme, 4. yargı paketinden önceki bu haliyle, henüz dış dünyada herhangi bir etki yaratmayan ve gelecekte de yaratıp yaratmayacağı bilinmeyen eylemleri cezalandırarak özgürlükler alanına fazla müdahale niteliği taşımaktadır. “Övme” fiilinin

<sup>18</sup>Yalçınkaya ve Diğerleri/Türkiye, par. 35-38.

<sup>19</sup>Bkz. *Sürek/Türkiye* (No. 4), Başvuru No. 24762/94, 08.07.1999, par. 60; *Gözel ve Özer/Türkiye*, Başvuru No. 43453/04; 31098/05, 06.07.2010, par. 61.

cezalandırılmasının sebebi kişilerin dolaylı yoldan suç işlemeye teşvik edilmesi ya da haklarında olumsuz düşünülmesi gereken kişilere ilişkin hoşgörüyü artırması ise bu suçun işlenmiş sayılabilmesi için bu sonuçların gerçekleşmesi ya da en azından gerçekleşeceğinin somut olarak tespit edilmesi gerekir.

Bu suçun bu haliyle ve uygulanma şekliyle içerdiği sakıncalar bununla da kalmamaktadır. Yargı pratiklerine bakıldığında bir kere suç işleyen kişinin cezasını çekse bile suçu ve suçluyu övme suçu çerçevesinde ölü de olsa canlı da olsa sonsuza dek “suçlu” olarak kabul edildiği görülmektedir. Deniz Gezmiş, İbrahim Kaypakkaya ya da artık var olmayan örgütlerle ilgili ifadelerin ya da eylemlerin suçu ve suçluyu övme suçu kapsamında değerlendirilmesinin ne anlama geldiğinin tartışılması gerekir. (bkz. *Bianet*, 15.07.2008; *Bianet*, 06.05.2008; *Radikal*, 27.01.2011). İdama mahkûm edilmiş olan Adnan Menderes ya da Celal Bayar’ın isimleri havaalanı, üniversite gibi kamu binalarına verilebilirken Deniz Gezmiş, Vedat Aydın ve Musa Anter’in isimlerinin cadde, park ya da sokaklara verilmesinin talep edilmesi suçu ve suçluyu övmekten cezalandırılabilir (Bianet, 03.06.2008).

Ayrıca eğer suçun amacı dolaylı teşviki önlemekse kamuoyunda saygı gören, açıklamaları çok fazla kişiye ulaşan siyasilere ya da tanınmış kişilerin bu suçtan daha çok mahkûm olması gerekirdi. Oysa yargının uygulaması bunun tam tersini göstermektedir. Örneğin, Umut Kitabevi’nin bombalanması olayının sanığıyla ilgili olarak dönemin Genelkurmay Başkanı orgeneral Yaşar Büyükanıt’ın yazılı, görsel ve sosyal medyada büyük yankı uyandıran “Tanırım, iyi çocuktur.” ifadesi ve olayla ilgili yargılamayı “hukuk cinayeti” olarak nitelmesi suçu ve suçluyu övme kapsamında değerlendirilmemiştir (*Radikal*, 2012; *Bianet*, 2007). Oysa bu ifade ile eski bir PKK hükümlüsünün kitabevinin bombalanması eylemi hoş görülmektedir. Bir genelkurmay başkanının bir bombalama eyleminin sanığını “iyi çocuk” ve bu sanığın yargılanmasını “hukuk cinayeti” olarak nitelmesi, aynı nitelermeyi hak etmek isteyenleri dolaylı yoldan teşvik edecek nitelikte görülebilir. Bu olayla ilgili olarak Büyükanıt aleyhine adil yargılamayı etkilemeye teşebbüsten dava açılması gündeme gelmiş; ancak bu ifadenin gerçekleştirilen ve suç niteliği taşıyan eylemi “övme” sayılıp sayılmayacağı kamuoyunda hiç tartışılmamıştır.

Benzer bir şekilde Hrant Dink cinayeti davasının sanığı Ogün Samast ile Samsun Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şube Müdürü ve bir emniyet görevlisinin Türk Bayrağı önünde yine ana-akım medyaya yansıyan bir fotoğraf çekilmeleri ve bu sırada alınan ses kaydında yer alan samimi konuşmaları suçu ve suçluyu övme olarak görülmemiştir. Bu olayla ilgili olarak yalnızca fotoğrafta yer alan iki emniyet mensubu hakkında “görevi kötüye kullanmak” ve “soruşturmanın gizliliğini ihlal” suçlamalarıyla dava

açılmış ve delil yetersizliğinden beraat kararı verilmiştir (NTVMSNBC, 25.01.2013). Yargıtay 4. Ceza Dairesi ise

...sanıkların amaçlarının kasten insan öldürme suçundan şüpheli Ogün'ün işlediği suçun doğru bir davranış olduğu yönünde kamuoyuna mesaj vermek olup olmadığı ve haklarında 5237 sayılı TCK'nın 215. maddesinin uygulanma olanağı bulunup bulunmadığı karar yerinde tartışılmadan suç niteliğini yanlış değerlendiren ve yerinde görülmeyen gerekçelerle sanıklar hakkında beraat kararları verilmesi(ni)...

hukuka aykırı bularak bozma kararı vermiştir.<sup>20</sup>

Gökçe Fırat'ın Türk Solu Dergisi'nde yayımlanan "Dersimliler Devletten Özür Dilesin" yazısı hakkında suçu ve suçluyu övme ve halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçlamasıyla açılan davada ise takipsizlik kararı verilmiştir. Fırat'ın dava konusu yazısındaki "'Sizin dedeleriniz, tıpkı şimdiki PKK'lı hainler gibi devlete karşı silahla ayaklanmışlardı ve elbette devletimiz de onları silahla yok etti! İyi de yapmıştır. Hatta az bile yapmıştır" şeklindeki ifadeleri, İstanbul 2. Asliye Ceza Mahkemesi tarafından "Dersim isyanı sırasındaki isyancıların hareketlerini engellemeye çalışan ve isyanı bastıran devlet kuvvetlerinin hareketlerini övme suç sayılmaz. Hiçbir devlet, kendisine karşı isyan edenleri hoş görmez." denilerek kovuşturulmamıştır (T24, 28.11.2011; Radikal, 28.05.2012). Böylece yazının içeriğinde yer alan Dersim katliamını övücü nitelikteki açıklamalar suçu ve suçluyu övme kapsamında görülmemiştir.

Bu kararda Mahkeme'nin, Dersim Katliamından ötürü yukarıdaki alıntıda görülebilecek şekilde devleti savunan ifadeler kullanması dikkat çekicidir. Bir mahkemenin ifade özgürlüğüne ilişkin verdiği kararda kendisini devletten taraf görerek bir ifadeyi başka bir gerekçe sunmadan cezalandırması ya da cezalandırmaması son derece tehlikelidir.

Demokratik bir düzende hâkimin karar verirken objektif olması, devletten ya da onun resmi söyleminden yana bir tavır almaması gerekir. İfade özgürlüğü açısından ya da daha özelden suçu ve suçluyu övme suçu açısından suçun gerçekleşmiş sayılması için aranan unsurlar bellidir. Hâkimin karar verirken bu unsurları bir yana bırakıp kendi siyasi tavrına göre karar vermesi hâkimin tarafsızlığı ilkesine aykırıdır (Centel, 1996: 29). Buna rağmen ifade özgürlüğüne ilişkin düzenlemelerin nasıl uygulanacağı, devletin yapısıyla ve yargının ifade özgürlüğünü baskıcı mı özgürlükçü mü yorumladığıyla doğrudan bağlantılı olmaktadır (Algan, 2008: 2240).

---

<sup>20</sup>Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E. 2010/27631, K. 2012/30616, T. 17.12.2012.

Bu örneklerin verilmesinden amaçlanan, bu kişilerin suçu ve suçluyu övme suçundan mahkûm olmaları gerektiğini göstermek değildir. 5237 sayılı TCK'da 2013 yılından önce yapılan değişiklikten önceki şekliyle bu hüküm, ifade özgürlüğünü hukuka aykırı biçimde sınırlandırdığı için aslında kimse aleyhine uygulanmamalıdır. Ancak madem bu düzenleme Türkiye'deki yargı yerlerinin uygulamakla yükümlü olduğu AİHM'nin ifade özgürlüğü içtihadına aykırı bir biçimde uygulanmaktadır; o zaman en azından objektifliğin sağlanması gerekir.

Yukarıda verilen örnekler dikkate alındığında bu hükmün uygulanmasında yargı yerlerinin objektif davrandığını söylemek son derece güçtür. Dolayısıyla TCK m. 215'in bu halinin yargı yerlerinin elinde muhalif düşünceleri bastırmanın ve kişiler üzerinde bir oto-sansür yaratmanın aracı haline geldiği söylenebilir. Anılan örneklerdeki bu hükümden yargılanıp ceza almamış kişiler ise bu suçun bizatihi varlığının bazı suçları ve suçluları övmek, ödüllendirmek sonucunu doğurduğunu düşündürmektedir.

Uygulaması ve metni her dönemde eleştiri konusu olmuş bu madde, son yıllarda hükümetin de gündemine girmiştir. Önce 2012 yılında 3. yargı paketiyle m. 215'ten dava açılmasının ve hali hazırda süren kovuşturmaların ve kesinleşen mahkûmiyet kararlarının infazının ertelenmesi yönünde bir düzenleme yapılmıştır.<sup>21</sup> Ardından 2013 yılında çıkarılan 4. yargı paketiyle de madde metninde değişiklik yapılmıştır. Bir sonraki başlıkta bu değişikliğin ne olduğu ve bunun yargı pratiği bakımından muhtemel etkisi tartışılacak; getirilen yeni düzenlemenin ifade özgürlüğünün kullanımı açısından bir değişiklik yaratıp yaratmayacağı sorusu yanıtlanmaya çalışılacaktır.

---

<sup>21</sup>6352 sayılı “Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına ve Basın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun”, R.G. Tarihi: 05.07.2012, Geçici m. 1: *31/12/2011 tarihine kadar, basın ve yayın yoluyla ya da sair düşünce ve kanaat açıklama yöntemleriyle işlenmiş olup; temel şekli itibarıyla adli para cezasını ya da üst sınırı beş yıldan fazla olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı;*  
a) *Soruşturma evresinde, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 171 inci maddesindeki şartlar aranmaksızın kamu davasının açılmasının ertelenmesine,*  
b) *Kovuşturma evresinde, kovuşturmanın ertelenmesine,*  
c) *Kesinleşmiş olan mahkûmiyet hükmünün infazının ertelenmesine, karar verilir.*

## B. Değişiklikten Sonra

Kamuoyunda 4. yargı paketi olarak bilinen “İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”<sup>22</sup>, TCK’nın “suçu ve suçluyu övme” başlıklı 215. maddesinde değişiklik yapmıştır. Bu değişiklikte madde metni, “İşlenmiş olan bir suçu ya da işlemiş olduğu suçtan dolayı bir kişiyi alenen öven kimse, *bu nedenle kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde*, iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” şeklindeki yeni haline kavuşmuştur.

Yukarıda anılan davaların gösterdiği gibi, TCK m. 215’in yargı yerlerince uygulanma biçimi, kamuoyunun çok farklı kesimlerinden insanların ifade özgürlüklerinin haksız yere kısıtlanmasından dolayı yıllardır mağdur olmalarına yol açmıştır. Bu nedenle bu maddede yapılan her olumlu değişiklikte bu insanların, içinde buldukları siyasi grupların ve onlara destek veren herkesin katkısının olduğu açıktır. Bunun yanı sıra ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamaların uluslararası kamuoyu ve özellikle de AİHM ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi nezdinde yoğun eleştiri konusu olması da bu değişikliğin yapılmasında etkili olmuştur. Nitekim 4. yargı paketinin genel gerekçesinde AİHM kararlarının etkisi görülmektedir.

Buna göre 4. yargı paketiyle getirilen değişikliklerle insan hakları alanında ortaya çıkan “aksaklıkları(n)” iç hukukta çözüme bağlanması ve AİHM’nin ihlal kararlarına konu olan bazı kanun maddelerinde değişiklik yaparak Türkiye’nin itibarının düzeltilmesi amaçlanmaktadır.<sup>23</sup> Gerçekten de AİHM 2010 yılında ifade özgürlüğüne ilişkin yarı pilot niteliğinde bir karar vererek Türkiye’deki ifade özgürlüğü sorununun sistemik yapısını açıkça ortaya koymuştur.<sup>24</sup>

AİHM *Gözel ve Özer* kararında, “terör örgütlerinin bildiri ve açıklamalarını basan ya da yayınlayan herkesin” yazıların içeriği ve hangi bağlamda yazıldıkları göz önüne alınmadan Terörle Mücadele Kanunu m.6/2 uyarınca mahkûm edilmesinin ifade özgürlüğünün ihlaline yol açtığını tespit

---

<sup>22</sup>İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun No. 6459, Tarih: 11.04.2013, Resmi Gazete S. 28633.

<sup>23</sup>İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, Sıra S. 445, Genel gerekçe.

<sup>24</sup>Bkz. *Gözel ve Özer/Türkiye*.

etmiş ve konuyla ilgili bireysel ve genel bazı önlemlere hükmetmiştir.<sup>25</sup> Bu karar uyarınca hükümetin söz konusu maddeyi yürürlükten kaldırma ya da bu maddede AİHS ve AİHM kararlarındaki standartlara uygun bir değişiklik yapma yükümlülüğü bulunmaktadır (Altıparmak ve Öndül, 2013: 6). AİHM'nin bu kararla Türkiye'deki yargı yerlerine yönelttiği, ifadelerin içeriklerinin ve hangi bağlamda söylendiklerinin dikkate alınmadan karar verildiğine yönelik eleştiri, suçu ve suçluyu övme suçu kapsamında verilen kararlar açısından da geçerlidir.

Zaman içinde 215. maddeye ilişkin yargı pratiği değişmedikçe suçu ve suçluyu övme kapsamında verilen cezaların da AİHM nezdinde bir pilot kararı gerektireceği ortadadır. Kaldı ki; hali hazırda AİHM, 215. maddeden (ya da ETCK m. 312'den) yargılama yapılmış bazı davalara ilişkin olarak Türkiye'yi, ifade özgürlüğünü “demokratik toplum düzeninin gereklerine” uygun olmayan bir biçimde sınırladığı için mahkûm etmiştir.<sup>26</sup>

Getirilen değişikliklerle suçu ve suçluyu övme fiilinin suç sayılmasının zorlaşacağı, yapılacak değerlendirmelerin subjektif nitelik taşıyacağı ve her somut olay bağlamında hangi ifadenin suçu ve suçluyu övme fiili bağlamında kamu düzeni açısından açık ve yakın tehlike oluşturduğunun ayrıca tartışılmasının gerekeceği yolunda görüşler ifade edilmiştir (Şen, 22.03.2012). Bunun yanında 4. yargı paketi tasarısındaki muhalefet şerhinde, getirilen değişikliğin “siyasallaşmış yargıya son derece geniş bir hareket alanı sağla(yacağı)” ve bunun Ergenekon davasında yargılanan milletvekillerini övücü nitelikte sözler söyleyenlerin cezalandırılmasına yol açabileceğini belirten görüşler bulunmaktadır.<sup>27</sup>

Bir sonraki başlıkta, maddeye eklenen “kamu düzeni açısından açık ve yakın tehlikenin orta çıkması” kriterinin anlamı, “açık ve yakın tehlike(den)” ne anlaşılması gerektiği ve bu ölçütün ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamaları AİHS ve AİHM kararları ışığında kaldırmaya mı, suçu ve suçluyu övme fiilinin suç sayılmasını zorlaştırmaya mı yarayacağı; yoksa eskiden bu kapsamda görülmeyen bazı kişileri övücü ifadeleri de suçu ve suçluyu övme kapsamında değerlendirmeye mi yol açacağı gibi sorular yanıtlanarak açıklanmaya çalışılacaktır.

---

<sup>25</sup>Gözel ve Özer/Türkiye, par. 63, 76.

<sup>26</sup>Bkz. Kılıç ve Eren/Türkiye, Başvuru No. 43807/07, 29.11.2007; Bülent Kaya/Türkiye, Başvuru No. 52056/08, 22.10.2013.

<sup>27</sup>İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, Muhalefet Şerhleri, s. 26.



## II. 4. Yargı Paketiyle Getirilen Düzenlemenin Anlamı

### A. “Açık ve Yakın Tehlike” Kavramı<sup>28</sup>

“Açık ve yakın tehlike”, Amerikan hukukunda bir ifadenin ifade özgürlüğünün korumasından çıkarılıp çıkarılmayacağını belirlemek için uygulanan bir testtir. Amerikan Anayasası’nın Ek 1. Maddesi’nde

Kongre; bir dinin kurumsallaşması ile ilgili ya da özgür ifadeden yararlanılmasını yasaklayan ya da ifade ya da basın özgürlüğünü ya da kişilerin barış içinde toplanmasını veya şikâyetlere çözüm bulunması için hükümete dilekçe verme hakkını kısıtlayan hiçbir yasa yapamaz.

kuralı yer almaktadır. Amerikan doktrininde bu kural uyarınca ifade özgürlüğünün nasıl anlaşılması gerektiğine ilişkin farklı görüşler mevcuttur. Kimi hukukçular ifade özgürlüğünün yasayla veya değil, herhangi bir sınırlandırmaya tabi tutulamayacağını savunurken bunun karşısında müstehcenlik gibi “sosyal saygınlık taşımayan”<sup>29</sup> ifadelerin kapsam dışında tutulabileceğini söyleyenler, ifade özgürlüğünün toplumun çıkarlarıyla çatışması durumunda bireysel faydayla toplumsal fayda arasında “denge” kurulması gerektiğini savunanlar ile “açık ve yakın tehlike” testini geçen ifadelerin sınırlandırılabilmesi görüşünde olanlar yer alır (Brennan, 1965: 4-9).

---

<sup>28</sup>Her ne kadar Türk hukukunda yerleşik ifade “açık ve yakın tehlike” ise de kavramın dayandığı Amerikan hukukunda “present” kavramının Yüksek Mahkeme kararlarında “mevcut” kelimesine karşılık gelecek şekilde anlaşıldığı görülmektedir. Bu makalede kavram karmaşasına yol açmamak adına “açık ve yakın tehlike” deyimini kullanılmaya devam edilecektir. Ancak Amerikan hukuku ile ilgili yerlerde bu deyim “açık ve mevcut tehlike” olarak anlaşılması daha uygun olacaktır. Bkz. Aydın, Öykü Didem (2011), “Düşünce Özgürlüğünün Anlamı ve İşlevi Işığında Düşünce Özgürlüğünü Sınırlamanın Anayasallığı”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(2): 21. dipnot.

<sup>29</sup>Amerikan Yüksek Mahkemesi kararlarında “redeeming social importance” olarak geçen bu ifade, Sait Güran tarafından “Anayasa Dışı Muhtevalı İfade Testi” olarak ele alınmıştır. Güran’ın eseri, Amerikan Yüksek Mahkeme’nin ifade özgürlüğünün sınırlarını belirlerken kullandığı ölçütler hakkında ayrıntılı bir inceleme içermektedir. Bkz. Güran, Sait (1969), *İfade Hürriyeti Üzerinde İdare’nin Yetkileri*, (İstanbul: Cezaevi Matbaası): 76-80. Ayrıca Amerika Birleşik Devletleri’nde düşünce özgürlüğünün kapsamına, sınırlarına ve güncel tartışmalara yer veren ayrıntılı bir çalışma için bkz. Aydın, Öykü Didem (2004), *Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku I Amerika Birleşik Devletleri Örneği*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık).

“Açık ve yakın tehlike” testinin Amerikan hukukundaki gelişimi, ifade özgürlüğünün genişliğinin siyasi iktidarla ve içinde bulunulan siyasi ortamla ne kadar bağlantılı olduğunun en güzel örneklerinden biridir. Genel olarak ifade özgürlüğünün koruma alanının zaman içinde artarak genişlediği söylenebilir (Aydın, 2004: 78). “Açık ve yakın tehlike” testi en çok Amerika Birleşik Devletleri’nin (ABD) komünizm korkusu içinde olduğu yıllarda eleştiriye ve değişikliğe tabi tutulmuştur. Bu korkunun ürünü olan *Smith Kanunu* ve Birinci Dünya Savaşı döneminde çıkartılan *Casusluk Yasası (Espionage Act)* “açık ve yakın tehlike” testinin akıbetini de belirlemiştir. İlk dönem kararlarında hükümete yönelik bir komplonun varlığını “açık ve yakın tehlike” olarak yorumlayan Amerikan Yüksek Mahkemesi, ifade özgürlüğünün kısıtlanmasının bir korkuya dayandırılmayacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir.<sup>30</sup> *McCharty* döneminin sonuna gelirken “açık ve yakın tehlike” testi soyut düşüncelerin değil yalnızca somut eylemlere çağrının kısıtlama sebebi olabileceği anlayışına doğru evrilmiştir.<sup>31</sup>

AIHM tarafından açıkça ve tek kriter olarak benimsenmese de son dönemde sık sık başvurulan<sup>32</sup> ancak Türk hukukunda yasalar düzeyinde kendisine yer bulan “açık ve yakın tehlike” testi, ABD’de ilk olarak *Schenck* davasında kullanılmıştır. Bu davada ifade özgürlüğünün sınırının belirlenmesinde “kullanılan kelimelerin (...) açık ve yakın bir tehlike

<sup>30</sup>“Açık ve yakın tehlike” testinin Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin erken dönem kararlarında yer alan ve ifadelerin tehlikeliliğinin cezalandırılabilmesi için yeterli görüldüğü, bir nevi soyut tehlike suçu anlayışını yansıtan bu biçimine “zararlı eğilim testi” de denmektedir. Bkz. Hakyemez, Yusuf Şevki (2000), *Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık): 70 vd.

<sup>31</sup>“Açık ve yakın tehlike” testinin Amerikan hukukundaki gelişimine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Arslan, Zühtü (2003), “İfade Özgürlüğünün Sınırlarını Yeniden Düşünmek: ‘Açık ve Yakın Tehlike’nin Tehlikeleri”, Özipek, Bekir Berat, *Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti*, (Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu): 57-62.

<sup>32</sup>Özellikle Türkiye’ye karşı açılan ve 1999 yılında karara bağlanan düşünce özgürlüğü davalarındaki karşı oylarda, AIHM yargıçlarının önemli bir sınırlandırma kriteri olarak veya yokluğu sınırlandırmama şartı olacak şekilde “açık ve yakın tehlike” kriterini önerdikleri görülmektedir. Örneğin bkz. *Erdoğan ve İnce/Türkiye*, Başvuru No. 25067/94, 08.07.1999; *Karataş/Türkiye*, Başvuru No. 23168/94, 08.07.1999. AIHM, yukarıda anılan ve suçu ve suçluyu övme suçundan hüküm giyen Başvurucular tarafından açılan davalarda da “açık ve yakın tehlike” kriterini sınırlandırmanın ölçütlerinden birisi olarak uygulamıştır. Bkz. *Yalçınkaya ve diğerleri/ Türkiye; Kılıç ve Eren/Türkiye*.

yaratabilecek şekilde kullanılıp kullanılmadıkları(nın)” tespit edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.<sup>33</sup>

Bir tehlikenin *açık* olması onun “erkeklerin kadınları yaktıkları zaman sergiledikleri cadı korkusu(ndan)” farklı, gerçek ve somut bir tehlike olmasını gerektirir. Tehlikenin *yakın* olması ise ifadenin makul bir tartışma ortamını ortadan kaldıracak ve böylece bizatihi kendisinin ifade özgürlüğünü sekteye uğratabilecek bir etki yaratacak olmasını ifade eder. Böyle bir sonuç doğurmayacak, karşıt görüşlerin açıklanmasıyla makul bir tartışma ortamına imkân verebilecek türden ifadeler “yakın” bir tehlike yaratmayacaktır (Baker, 1977-1978: 968-969).

Birinci Dünya Savaşı sırasında Philadelphia Sosyalist Partisi Genel Sekreteri Schenck’in savaşa ve askere gitmeye karşı çıkan bildirimler dağıtması olayının ifade özgürlüğü çerçevesinde değerlendirildiği *Schenck* davasında, “Birçok yerde ve olağan zamanlarda sanıkların bildiriindeki ifadelerinin anayasal hakları kapsamında görüleceğini kabul ediyoruz. Ancak her eylemin özelliği yapıldığı dönemin şartlarına bağlıdır” denilerek ifade özgürlüğünün kapsamı belirlenirken içinde bulunulan somut şartların da gözetilmesi gerektiği ifade edilmiştir.<sup>34</sup> Böylece ifade özgürlüğünün sınırları belirlenirken “açık ve yakın tehlike” ölçütünün esas alındığı durumlarda, ifadelerin içinde bulunulan şartlarda açık ve yakın bir tehlike meydana getirip getirmediğinin tespit edilmesi gerekir (Güran, 1969:150).

Görülebileceği gibi “açık ve yakın tehlike” testi aslında bir ispat kuralı gibi işler. Bir ifade ancak “açık ve yakın tehlike” oluşturduğu yönünde kanıt varsa cezalandırılabilir (Strong, 1969: 44). Bu durumda bir ifadenin yalnızca içeriği nedeniyle cezalandırılmayacağı; ifade edildiği zaman, yer ve şartlar da göz önünde bulundurularak yarattığı ya da hemen yaratabileceği bir etki nedeniyle cezalandırılabilir (Sancar, 2006: 206).

“Açık ve yakın tehlike” testinin ABD’de 1919 yılından bu yana geçirdiği değişiklik içinde vardığı son nokta, *Brandenburg* kararıyla açıklanabilir. Bu karardan önce “somut ve gerçekleştirilebilir bir fiile davet ya da tahrik ve teşvik, uzak bir geçmişe yönelik olsa da hiçbir şekilde korunmuyordu”. Bu tür fiilleri gerçekleştiren örgütlere üye olanlar açısından “açık ve yakın tehlike” testinin uygulanmasına gerek bile görülüyordu (Aydın, 2004: 348). *Brandenburg* kararı ile şiddet kullanımını ya da kanuna aykırılığı teşvik edecek eylemlerin yasaklanabilmesi için bunların kanuna aykırılığı teşvik edici ya da kanuna aykırılığa yol açıcı nitelikte olmaları ve bu tür bir fiili teşvik etmeye ya

<sup>33</sup>Schenck/United States, 249 U.S 47 (1919), Karar Tarihi: 03.03.1919.

<sup>34</sup>Schenck/United States.

da gerçekleştirmeye elverişli olması gerektiği belirtilerek şiddet ya da kanuna aykırılık propagandası yapan her ifadenin cezalandırılmayacağı ilkesi benimsenmiştir.<sup>35</sup> Testin geldiği bu son aşama özellikle bir sonraki başlıkta ele alınacağı gibi Yargıtay'ın bu ölçütü uygulaması açısından önemli bir noktadır.

Yukarıdaki örneklerden de anlaşıldığı gibi açık ve yakın tehlike testi her davada aynı şekilde uygulanmamış; bazen yerini başka testlere bırakmış ve çokça eleştiriye tabi tutulmuştur. Bunlardan bazıları “açık ve yakın tehlike” kavramının Türk hukukunda uygulanmasının barındırdığı riskleri de gösterir niteliktedir. Ancak öncelikle “açık ve yakın tehlike” testinin ABD'deki uygulamasıyla Türk hukukundaki uygulaması arasında kıyaslama yapılmasını engelleyebilecek nitelikte farklılıklar olduğunu belirtmek gerekir.

Öyle ki; “açık ve yakın tehlike” testi bir dönem, Amerikan hukuk doktrininde açık ve yakın tehlikeden, ifadenin yol açması gereken tehlikenin gerçekleşmesinin kesine yakın olması gerektiği anlaşıldığından, örneğin hükümeti devirmeyi planlayan görüşlerin ancak hükümet yıkıldığında “açık ve yakın tehlike” oluşturmuş sayılacakları eleştirisiyle karşılaşmıştır (Örneğin bkz. Nathanson, 1950: 1168-1175). Yani, “açık ve yakın tehlike” testi Amerika'da ifade özgürlüğünü “fazla geniş” tuttuğu için eleştirilmiştir. “Açık ve yakın tehlike” kavramına ilişkin eleştirilere kavramın Amerikan hukukundaki anlamı gözetilerek yaklaşılmalıdır. Öncelikle “açık ve yakın tehlike” testinin ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasını yasamanın yetkisinden alarak yargıcın sübjektif yorumuna bırakan etkisi nedeniyle uygun bir yöntem olmadığı ifade edilmiştir (Bork, 1971: 33). Bundan başka “açık ve yakın tehlike” kavramı, yalnızca “soyut ve zararsız” düşüncelere özgürlük tanımak anlamına geleceği, etkili düşüncelerin yasaklanması sonucunu doğuracağı için de eleştirilmiştir (Emerson, 1963: 911).

Her ne kadar çokça eleştirilmiş olsa da “açık ve yakın tehlike” kriteri özgürlükçü bir yorumla ele alındığında Amerika'da örneği görüldüğü üzere tehlikeyi somutlaştırmanın ve ifade özgürlüğünün kullanımını sağlamanın bir aracı olabilir. Ancak yine özellikle *McCarthy* döneminde<sup>36</sup> görüldüğü gibi devletin ya da hükümetin bekasına ilişkin korkuların ağır bastığı bir dönemde daraltıcı yorum ile ifade özgürlüğünün kullanımını imkânsız hale getirecek bir araca da dönüşebilir. İfade özgürlüğünü düzenleyen kurallar açısından sıkıntı da burada yatmaktadır. Çoğu durumda ifade özgürlüğünün kullanımı mevcut

<sup>35</sup>Brandenburg/Ohio, 395 U.S 444 (1969), Karar Tarihi: 09.06.1969.

<sup>36</sup>Bu dönemde kurulan baskı rejimine ve bunun özgürlüklere etkisine ilişkin bkz. Schrecker, Ellen (2004), “McCarthyism: Political Repression and the Fear of Communism”, *Social Research*, 71(4): 1041-1086.

yasal düzenlemelerden ziyade, yargının uygulaması nedeniyle mümkün olmamaktadır.<sup>37</sup>

## B. “Açık ve Yakın Tehlike” Kavramının Yargıtay Tarafından Uygulanışı

Soyut tehlike suçları özellikle ifade özgürlüğünü zedeleyen düzenlemeler olmaları bakımından her zaman eleştiriyeye tabi tutulmuşlardır. Bu eleştiriler ETCK m. 312/2’de düzenlenen “halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşışılama” suçunun soyut tehlike oluşturduğu ve ifade özgürlüğünün önünde bir engel olduğu tespiti üzerinde yoğunlaşmıştı (Örneğin bkz. Alacakptan, 2000: 19 vd.; Yalçın Sancar, 2003: 89-99). Gerçekten de söz konusu fıkranın 2002 yılında uğradığı değişiklikten önce “halkı; sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik eden kimse(nin)” cezalandırılacağı ifade edilmiş; yargıca tehlikenin somut olup olmadığını tespit etme ve buna göre davranma yükümlülüğü yükleyecek hiçbir ibareye yer verilmemiştir. 2002 yılında bu fıkra yapılan bir değişiklikte “*kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde düşmanlığa veya kin beslemeye tahrik*” etme kistası getirilerek suçun gerçekleşmesi için somut bir tehlikenin varlığı şart hale gelmiştir.

Bu değişikliğe rağmen düzenleme somut tehlikenin varlığının tespitinde kullanılacak hiçbir ölçüte yer vermediği ve yargıya çok geniş bir yorum alanı tanıdığı için eleştirilmeye devam etmiştir. Bu eleştirilerde maddenin uygulanmasındaki sorunların çözülmesi için Amerikan hukukundaki gibi “açık ve yakın tehlike” ölçütünün burada kullanılmasının tehlikeyi somutlaştırmaya yardımcı olacağı söylenmiştir (Örneğin bkz. Yalçın Sancar, 2003: 99).<sup>38</sup> Nihayet 2005 yılında yapılan kanun değişikliğinden sonra “açık ve yakın tehlike” kavramı madde metnine girmiştir.

TCK m. 216’nın gerekçesinde yargıcın, “kullanılan ifadeler dolayısıyla tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediğini dayanak noktalarını göstermek suretiyle belirle(mesi)” gerektiği ifade edilmiştir. Bunun yanı sıra

<sup>37</sup>İfade özgürlüğünü ceza hukuku ile siyasi iktidarın ilişkisi içinde ele alan bir yaklaşım için bkz. Yalçın Sancar, Türkan (2009), “Ceza Hukukunda ‘Özgürlükçü’ ve ‘Baskıcı’ Yaklaşımlar-Yargıtay Ceza Genel Kurulunun ‘Kaboğlu-Oran’ Kararı”, Kaboğlu, İbrahim Ö. (Der.), *Prof. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu’na Armağan*, Ankara: Yetkin Yayınları): 401-435.

<sup>38</sup>Ahmet Gökçen daha da ileriye giderek bu düzenlemenin suçu soyut tehlike suçu olmaktan çıkarmadığı kanısındadır. Bkz. Gökçen, 2001: 327.

“İfade özgürlüğü ile bu tip tehlike suçları arasında “açık ve mevcut tehlike” kriterinin var olması gerekir. Buna göre, yapılan konuşma veya öne sürülen düşünceler toplum açısından açık ve mevcut bir tehlike oluşturduğu takdirde yasaklanabilmekte, keza böyle bir tehlikenin varlığı somut olarak, açıkça tespit edilmedikçe söz konusu suçtan dolayı cezalandırma yoluna gidilemez (Adalet Bakanlığı,t.y).”

denilerek yargıca bir kez daha, tehlikeyi somutlaştırma ve tehlikenin hangi nitelikte bir tehlike olduğunu dayanak noktalarını da göstererek belirleme ödevi verilmiştir.

Suç ve suçluyu övme suçuna 2013 yılında getirilen bu kriterin ceza kanununa ilk kez ETCK m. 312/2'nin karşılığı olan 216. madde ile girdiği göz önüne alındığında söz konusu kriterin yargı pratiğinde ne şekilde uygulandığını tespit etmek 215. maddede yer alan düzenlemenin düşünce özgürlüğünün sağlanması açısından somut olarak ne anlama geldiğini belirlemek açısından yol gösterici olacaktır. Aşağıda CGK'nin TCK m. 216'ya ilişkin verdiği iki farklı karar “açık ve yakın tehlike” kriterinin anlamını tespit edebilmek amacıyla incelenecek ve 215. maddedeki değişiklikten ne beklemek gerektiğine ilişkin bir ipucu bulunmaya çalışılacaktır. Seçilen bu kararlar açık ve yakın tehlike kriterinin anlamına ilişkin farklı yaklaşımları örneklemek için seçilmiş olup kriterin yargı pratiğinde girdiği bütün anlamları tespit etmek iddiası bu çalışmanın sınırlarını aşmaktadır.

### 1. Milli Gazete Kararı<sup>39</sup>

Sanık Mehmet Şevki Eygi ve sorumlu yazı işleri müdürü Selami Çalışkan hakkında Mehmet Şevki Eygi'nin Milli Gazete'de yayımlanan “Din Düşmanlığı Terörü” başlıklı yazısındaki ifadelerinin halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunu oluşturduğu iddiasıyla kamu davası açılmıştır. Yerel Mahkemenin mahkûmiyet kararıyla Yargıtay 8. Dairesi'nin temyiz kararı arasında uyumsuzluk olduğu için dosya CGK'nin önüne gitmiştir.

Söz konusu yazı, “*Bir gazetede bir takım yazarlar halkın anasına, avradına, kızına sövüp saysalar, böyle yayınlar alçaklık, edepsizlik, rezillik, namussuzluk, şerefsizlik, vahşilik olmaz mı? ... milletin dinine imanına, mukaddesatına, şeriatına saldırmak da bunun gibidir ve belki daha alçakça ve namussuzcadır*” şeklinde başlamış ve yazar yazının devamında “İslam'a ve Müslüman halka düşmanlık yap(tığını)” söylediği kişiler için “Sabataycı, Selanik dönmesi, dinsiz” gibi sıfatlar kullanmış ve bu kişilere ağır eleştiriler getirmiştir.

<sup>39</sup>CGK, E. 2004/8-201, K. 2005/30, T. 15.03.2005.

CGK'nin çoğunluk kararında, söz konusu yazıda yer alan ifadelerin “ağır eleştiri, şok edici, incitici ve rahatsız edici olmanın ötesinde hedef kitleye karşı kin ve düşmanca açıklama(lar) olduğu ve “hitap ettiği kitlenin de bu duygularla hedeflenen kitleye karşı kin ve düşmanlık beslemesi için açıkça tahrikte bulun(duğu)” belirtilmiştir. Daha sonra bu ifadelerin kamu düzeni açısından bu nedenlerle tehlike oluşturduğu söylenmiş; ancak madde gerekçesinde yargıcın görevlerinden biri olarak belirlenmesine rağmen bu tehlikenin nasıl oluştuğuna ilişkin hiçbir somut dayanak gösterilmemiştir.

Ayrıca CGK incelemesini, lehe kanun kuralına rağmen kararın verildiği tarihte 5 aydır yürürlükte olan 5237 sayılı TCK'nın 216. maddesi üzerinden değil 765 sayılı ETCK m. 312/2 üzerinden yapmıştır. Dolayısıyla bu değerlendirmede “açık ve yakın tehlike” ölçütü hiç kullanılmamıştır. CGK bu hususa ilişkin olarak m. 312/2 üzerinden yaptığı incelemenin TCK m. 216 gözetildiğinde de aynı sonucu verdiğini belirtmekle yetinmiştir.

CGK'nin bu tutumu, “açık ve yakın tehlike” kriterinin umulduğu gibi tehlikeyi somutlaştırarak düşünce özgürlüğünün keyfi olarak sınırlandırılması bakımından bir koruma getirmediğini göstermektedir. CGK bu davada, ETCK m. 312/2 ile TCK m. 216 arasında bir fark bulunmadığını varsayarak karar vermiştir. “Açık ve yakın tehlike” kriterine getirilen, yargıcın yorumunun fazla ön planda olduğu eleştirisinin bu karar bakımından gerçekleştiği görülmektedir. “Açık ve yakın tehlike” kriteri tehlikenin somutlaştırılması için gereken araçları yargıca sunmamakta, bu araçları bulmayı yargıca bırakmaktadır. Bu da ifade özgürlüğünün korunmasını subjektif bir yoruma bırakmak anlamına gelmektedir.

## 2. Oran-Kaboğlu Kararı<sup>40</sup>

Başbakanlık İnsan Hakları Danışma Kurulu'nun Azınlık Hakları ve Kültürel Haklar Komisyonu üyesi olan Baskın Oran ve İbrahim Ö. Kaboğlu hakkında Baskın Oran'ın hazırladığı ve Kurul tarafından onaylanan rapordaki ifadelerin halkı kin ve düşmanlığa tahrik ettiği iddiasıyla kamu davası açılmıştır. Yerel mahkeme raporun bilimsel niteliğini gözeterek ve açık ve yakın tehlikeyi yaratacak şiddet çağrısı içermemesi nedeniyle beraat kararı vermiş; ancak Yargıtay 8. Ceza Dairesi beraat kararını bozmuştur.

Bu bozma kararına karşı H.Y.A.'nın karşı oy gerekçesinde “*Yasalılık ilkesiyle birlikte düşünüldüğünde kamu güvenliğinin bozulmadığı, açık ve yakın tehlikenin ortaya çıkmadığı açıktır*” denilmiştir. Ayrıca raporun hiçbir yerinde şiddete tahrik bulunmadığı ve bu durumda verilen mahkûmiyet kararının,

<sup>40</sup>CGK, E. 2007/8-244, K. 2008/92, T. 06.03.2007.

“anayasaya aykırı düşünenin ‘toplumsal tehlike’ olarak algılanması” ve halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun sınırlarını “özgürlükler aleyhine genişletmek anlamına” geleceği ifade edilmiştir.

Yargıtay 8. Ceza Dairesi’nin bozma kararına karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itiraz yasa yoluna başvurmuştur. Başsavcılığa göre, her ne kadar 765 sayılı eski TCK’nın 312/2. maddesi bakımından suçun unsurları gerçekleşmemiş olsa da 5237 sayılı TCK m.216 bakımından “kamu güvenliği açısından açık ve yakın tehlike(nin)” ortaya çıktığı somut olgulara dayanarak açıkça tespit edilmemiş olduğu için sanıkların beraat etmeleri gerekmektedir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’nın iki yasa arasındaki farkın somut davaların değerlendirilmesi açısından doğrudan farklılık yaratacağını ortaya koyması ve açıkça ifade etmesi bakımından bu görüşler oldukça önem taşımaktadır. Ancak itiraznamede rapordaki ifadelerin halkı kin ve düşmanlığa tahrik oluşturduğunun kabul edilmesi eleştirilmesi gereken bir noktadır (Sancar, 2009: 428).

CGK ise Yargıtay 8. Ceza Dairesi’nin bozma kararına karşı verdiği bozma kararında söz konusu raporun “bu haliyle *resmi görüşü* sorguladığı(nı), suç teşkil etmeyecek tarzda ve ifade özgürlüğü sınırlılığıyla eleştirdiği(ni)” belirterek rapordaki açıklamaları ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmiştir. Konuyu “açık ve yakın tehlike” kriteri bakımından da ele alan Kurul, rapor nedeniyle toplum kesimleri arasında bir infialin ya da taşkınlığın yaşanmamış, kamu güvenliğini bozan herhangi bir somut olgunun meydana gelmemiş olduğunu, ayrıca raporun “kamu güvenliğine yönelik açık ve yakın bir tehlikeyi ortaya çıkaracak şiddet çağrısını içermediği(ni)” belirtmiştir.

CGK’nin kararı özgürlükçü bir yaklaşımı örneklemektedir. Kararda “açık ve yakın tehlike” kriteri tehlikenin somutlaştırılması için kullanılmış; “resmî görüşü” eleştirdiği açıkça söylenen ifadelere demokratik bir düzende yer verilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Ancak kararın ekinde yer alan karşı oylarda “açık ve yakın tehlike” kriterinin özgürlükleri kısıtlayıcı yaklaşımları önlemeye yetmediği açıkça görülmektedir. S. Çetinkol ve H. Akdağ karşı oylarında, “Millet sözcüğü alt kimlikleri red anlamına gelir” demenin kamu düzeni ve kamu güvenliği açısından tehlike yaratacağını, raporun “*alt kimlik, üst kimlik ayrımı yapmak, millet kavramının bölünebilir olduğu(nu) vurgulamak, anayasa ve yasalarımızda olmayan yeni azınlık kavramına yer vermek suretiyle eleştiri ve ifade özgürlüğü sınırları(nı) aşan, toplumda kaos ve şiddet oluşturabilecek nitelikli içeriği ile toplumsal tehlike*” yarattığını ifade etmiştir.

Buna rağmen CGK’nin kararı, yargı kararlarında yargıçların tarafsızlığına gölge düşürücü ifadelerin yer alması dikkat çekicidir. CGK



kararında sık sık “resmî görüş(ten)” söz etmektedir. Yargı kararlarında sık rastlanmayan bu ibare (Sancar, 2009: 430) bir gerçeğin açıkça itirafı olarak görülebilir. İfade özgürlüğü ile ilgili kararlarda en başta devletin resmî görüşü ile bireylerin görüşlerinin uyumluluğu tartışılmaktadır. Bunun sonucunda yargının tutumuna göre ya resmi görüş hukukun kendisi haline gelmekte ya da demokratik ilkeleri yorumunda dikkate alan yargıç bireylerin ifade özgürlüğünden yana karar vermektedir. Yargı kararlarında “resmi görüş(ten)” söz edilmesi, devlet ile hukukun ikiliğini reddeden ve devleti hukukun kendisi ile özdeşleştiren Kelsen’in (Kelsen, 2009: 182) temel hak ve özgürlükler bakımından tehlike taşıyan görüşlerini anımsatmaktadır.

## Sonuç

Yargıtay kararları incelendiğinde, suç ve suçluyu övme suçunun siyasi iktidarların ve yargının hoşuna gitmeyen ifadelerin cezalandırılması amacıyla kullanılmaya elverişli olduğu görülmektedir. İnsan hakları savunucularının verdikleri mücadelenin sonucunda TCK m. 215’te yer alan düzenlemeye “açık ve yakın tehlike” ölçütü eklenerek suçun soyut tehlike suçu olmaktan çıkarılıp somut tehlike suçuna dönüştürülmesi ve bu yolla ifade özgürlüğüne bir güvence getirilmesi hedeflenmiştir.

Ancak “açık ve yakın tehlike” kriterinin TCK m. 216 uyarınca Yargıtay tarafından verilen kararlarda çelişkili bir uygulamaya sahip olduğu düşünüldüğünde yeterli bir güvence getirmeyeceği görülmektedir. Yargıtay bu kriteri dava dosyasında yer alan ifadelerin siyasi niteliğine bakarak sistematik olmayan bir şekilde uygulamıştır. “Açık ve yakın tehlike” kriterinin Türk hukukunda ve Amerikan hukukunda var oluş sebebinin farklılığı bu çelişkiyi açıklamaya yardımcı olacak niteliktedir. Amerikan hukukunda açık ve yakın tehlike kavramı ifade özgürlüğünün hiçbir sınırlamaya tabi tutulamaz mutlak bir hak olduğu düşüncesine karşı gelişirken Türkiye’de tam tersine ifade özgürlüğünün aşırı sınırlandırılmasının önüne geçme aracı olarak kullanılmaktadır.

TCK m. 216 bakımından incelenen Yargıtay kararlarında maddeye eklenen “açık ve yakın tehlike” kriterinin yargıcın özgürlükçü yorumuna bağlı olarak ifade özgürlüğünü korunmaya değer bir hak olarak gerçekleştirmeye elverişli olduğu görülmektedir. Ancak Amerikan hukukundaki uygulamasının da gösterdiği gibi bu kriter yargıya geniş bir yorum alanı bırakmaktadır. Bu durumda baskıcı bir yoruma tabi tutulması halinde tehlikeyi somutlaştırmak adına getirilen bu değişikliğin uygulamada herhangi bir farklılık yaratmayabileceği de göz önünde bulundurulmalıdır.

Türkiye’de yargının ifade özgürlüğünü ilgilendiren konulardaki tutumuna bakıldığında yasal düzenlemelerdeki değişikliklerin sorunları çözmeye çoğu zaman yetmediği görülmektedir. Bu durumun TCK m. 216 bakımından nasıl gerçekleştiği yukarıda verilen örneklerde görülmektedir. Defalarca değişiklik geçirmesine rağmen yargı pratiklerinde bir değişiklik sağlanamayan TCK m. 301 bakımından ya da siyasi partilerin kapatılmasında Anayasa Mahkemesi’nin örgütlenme özgürlüğü aleyhine kararlı tutumu açısından da durum benzerlikler taşımaktadır (Algan, 2011). Yargının dönemin siyasal ortamından ve çeşitli güç odaklarının baskılarından etkilenmeden karar verebileceği demokratik ortam sağlanmadan bu sorunların çözülmesi zor görünmektedir.

Benzer bir durum 2013 yılında değiştirilen TCK m. 215 açısından da geçerli olacaktır. Oysa yargı yerlerini bağlayıcı nitelikte olan AİHM kararlarında, ifade özgürlüğünün korunması bakımından yargıcın yorumunu sınırlandırmayı ve temel bir insan hakkı olan ifade özgürlüğünün geniş bir uygulama alanı bulmasını hedefleyen somut bazı kriterler belirlenmiştir. Yukarıda ele alınan AİHM’nin yeni tarihli *Yalçınkaya ve Diğerleri* kararında da bu ilkeler yer almaktadır. Dolayısıyla yargı yerlerine sürekli olarak AİHM içtihatlarına uygun kararlar vermeleri gerektiği ve bunun da AİHM’nin ifade özgürlüğüne ilişkin içtihatlarını sıralamak değil bu içtihatlarda yer alan metodolojinin somut olaya uygulamak anlamına geldiği hatırlatılmalıdır. Bu yolla 215. maddeye eklenen “açık ve yakın tehlike” kriterinin baskıcı yorumların elinde etkisizleşmesinin önüne geçilebilir.

## Kaynakça

- Adalet Bakanlığı Yeni Ceza Adaleti Sistemi Tanıtım Sitesi, [www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc](http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc) (20.06.2014)
- Alacakaptan, Uğur (2000), “Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar”, *Türk Hukuk Kurultayı*, 2: 6-32.
- Algan, Bülent (2011), “Dissolution of Political Parties by the Constitutional Court in Turkey: An Everlasting Conflict between the Court and the Parliament?”, *AÜHFD*, 60 (4): 809-836.
- Algan, Bülent (2008), “The Brand New Version of Art. 301 of the Turkish Penal Code and The Future of Freedom of Expression Cases in Turkey”, *German Law Journal*, 9 (12): 2237-2251.
- Arslan, Zühtü (2003), “İfade Özgürlüğünün Sınırlarını Yeniden Düşünmek: ‘Açık ve Yakın Tehlike’nin Tehlikeleri”, *ÖZİPEK*, Bekir Berat, *Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti*, (Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu): 49-62.

- Aydın, Öykü Didem (2004), *Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku I Amerika Birleşik Devletleri Örneği*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık).
- Aydın, Öykü Didem (2011), "Düşünce Özgürlüğünün Anlamı ve İşlevi Işığında Düşünce Özgürlüğünü Sınırlamanın Anayasallığı", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(2): 26-63.
- Aydın, Öykü Didem, "Düşünce Özgürlüğü ve YTCK Açısından Salt İfade Suçu Tiplerine Eleştirel Bir Bakış", [http://www.turkhukusitesi.com/makale\\_1055.htm](http://www.turkhukusitesi.com/makale_1055.htm), (10.11.2013).
- Altıparmak, Kerem (2007), "Bitmeyen Sorun: İfade Özgürlüğü", Kolektif, *İfade Özgürlüğü: İlkeler ve Türkiye* (Ankara: İletişim Yayınları): 9-19.
- Altıparmak, Kerem ve Hüsnü Öndül (2013), *Gözel ve Özer/Türkiye Kararının Uygulanması, İzlenmesi Raporu*, <http://www.aihmiz.org.tr>, (15.11.2013).
- Baker, Edwin C. (1977-1978), "Scope of the First Amendment Freedom of Speech", *UCLA Law Review*, 25:964-1040.
- Bork, Robert H. (Güz 1971), "Neutral Principles and Some First Amendment Problems", *Indiana Law Journal*, 47 (1): 1-35.
- Brennan, William J. (Kasım 1965), "The Supreme Court and the Meiklejohn Interpretation of the First Amendment", *Harvard Law Review*, 79 (1): 1-20.
- Centel, Nur, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Hakim Tarafsızlığı*, (İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları).
- Emerson, Thomas I. (1963), "Toward a General Theory of the First Amendment", *Yale Law Journal*, 72 (5): 877-956.
- Ertekin, Orhan Gazi, Faruk Özsu, Kemal Şahin, Muzaffer Şakar, Uğur Yiğit (2013), *Türkiye'de Yargı Yoktur*, (İstanbul: Tekin Yayınevi).
- Gökçen, Ahmet (2001), *Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Suçu*, (Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu).
- Güran, Sait (1969), *İfade Hürriyeti Üzerinde İdare'nin Yetkileri*, İstanbul: Cezaevi Matbaası.
- Hakymez, Yusuf Şevki (2000), *Milîtan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık).
- Karakaya, Naim ve Hande Özhabes (2013), Yargı Paketleri: Hak ve Özgürlükler Açısından Bir Değerlendirme (Geniş Kapsamlı Rapor), (İstanbul: TESEV Yayınları).
- Kelsen, Hans (2009), *General Theory of Law and State*, (New Jersey: The Law Book Exchange).
- Nathanson, Nathaniel L. (1950), "The Communist Trial and the Clear-and-Present-Danger Test", *Harvard Law Review*, 63 (7): 1168-1175.
- Önder, Ayhan (1989), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (İstanbul: Beta Basım).
- Özbey, Özcan (2013), "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları", *TBB Dergisi*, (106): 41-92.
- Özek, Çetin (1998), "1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı'na İlişkin Düşünceler", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2 (1-4): 21-68.
- Parlar, Ali ve Muzaffer Hatipoğlu (2008), *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık).
- Sancar, Mithat (2004), *Devlet Akli Kısılacısında Hukuk Devleti*, (İstanbul: İletişim Yayınları).
- Schrecker, Ellen (2004), "McCarthyism: Political Repression and the Fear of Communism", *Social Research*, 71(4): 1041-1086
- Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Yetkin Yayınları).

Strong, Frank R. (1969), "Fifty Years of 'Clear and Present Danger': From Schenck to Brandenburg and Beyond", *Supreme Court Law Review*, 41: 41-80.

Şen, Ersan (Ağustos 2008), "Suçu ve Suçluyu Övme", *Ceza Hukuku Dergisi*, 7: 101-110.

Şen, Ersan (22.03.2012), "Suçu ve Suçluyu Övme", <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1004862-sucu-ve-sucluyu-ovme> (08.11.2013).

Yalçın Sancar, Türkan, "Türk Ceza Kanunu'nun 159. ve 312. Maddelerinde Yapılan Değişikliklerin Anlamı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 52 (1): 89-99.

Yalçın Sancar, Türkan (2006), *Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık).

Yalçın Sancar, Türkan (2009), "Ceza Hukukunda 'Özgürlükçü' ve 'Baskıcı' Yaklaşımlar-Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 'Kaboğlu-Oran' Kararı", Kaboğlu, İbrahim Ö. (Der.), *Prof. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu'na Armağan*, (Ankara: Yetkin Yayınları): 401-435.

Yurtcan, Erdener (2012), *Yargıtay Kararları Işığında Kamu Barışına Karşı Suçlar*, Idefix E-Kitap.

## Yargı Kararları ve Raporlar

Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2007/8098, 03.10.2007.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E. 2010/27631, K. 2012/30616, T. 17.12.2012.

CGK, E. 8-345, K. 13, T. 30.01.2007.

CGK, E. 2007/9-69, K. 2007/99, T. 17.04.2007.

CGK, E. 2007/8-244, K. 2008/92, T. 06.03.2007.

CGK, E. 2004/8-201, K. 2005/30, T. 15.03.2005.

İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, Sıra S. 445.

Gözel ve Özer/Türkiye, Başvuru No. 43453/04; 31098/05, 06.07.2010.

Sürek/Türkiye (No. 4), Başvuru No. 24762/94, 08.07.1999.

Yalçınkaya ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No. 25764/09 vd. , 01.10.2013.

Kılıç ve Eren/Türkiye, Başvuru No. 43807/07, 29.11.2007.

Bülent Kaya/Türkiye, Başvuru No. 52056/08, 22.10.2013.

Erdoğan ve İnce/Türkiye, Başvuru No. 25067/94, 08.07.1999.

Karataş/Türkiye, Başvuru No. 23168/94, 08.07.1999.

## İnternet Siteleri

<http://www.adliscil.adalet.gov.tr>.

[www.tdksozluk.com](http://www.tdksozluk.com)

[www.bianet.org](http://www.bianet.org)

[www.radikal.com.tr](http://www.radikal.com.tr)

[www.ntvmsnbc.com](http://www.ntvmsnbc.com)

[t24.com.tr](http://t24.com.tr)