

TÜRK MİLLETİNİ, TÜRKİYE CUMHURİYETİ DEVLETİNİ, DEVLETİN KURUM VE ORGANLARINI AŞAĞILAMA

Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI

GİRİŞ

Ülkemizin tarafı olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Türk Ceza Hukuku'nun tartışmasız asli kaynağıdır.

Kanun koyucular, ceza normu koyarken, uygulamacılar, normu yorumlar-ken; söz konusu sözleşmenin hükümlerini, bunları ete-kemiğe büründüren Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarını, savsaklamamak, göz ardı etme-mek zorundadırlar.

Burada, tarihi süreç de göz önünde tutularak, TCK'nın 301. maddesi hük-mü incelenmeye çalışılacaktır¹.

1. KANUNUN DÜZENLEMESİ

Herkes; düşünme, vicdan ve din hürriyetine; ifade hürriyetine; resmi ma-kamlar karışmaksızın, ülke sınırları söz konusu olmaksızın, haber ve düşünce almak ya da vermek; düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollar-la tek başına veya toplu olarak açıklamak ve yaymak hakkına sahiptir (AİHS m. 9, 10; Ay. m. 24, 25, 26, 27, 28, 29).

Öyleyse “görev ve sorumluluk” bilinci altında, yönetenin eylem ve işleme-ri hakkında, haber ve düşünce almak ya da vermek veya eleştirilerde bulunmak, tartışmak, değerlendirmek herkesin temel insan hakkı olmaktadır.

Ancak, bu hakkın ne olduğu, kapsamının ve sınırlarının neden ibaret bu-lunduğu Aydınlanma döneminden bu yana, özellikle liberal-demokratik Devlet düzenlerinde tartışma konusu olmuştur. Doktrinde, eleştirmenin, tartışmanın hiçbir adla yasaklanamayacağı, sadece Ulusun, Devletin, Devletin temel kurum ve organlarının alenen tahkir ve tezyifinin yasaklanabileceği ifade edilmiştir².

¹ İş bu çalışma, ileride yayınlanması düşünülen bir genel eser çalışmasından alınmıştır. Bu nedenle, başvurulan bir kısım eserlerin kimlikleri, zaten konuya yakın kişiler bakımından maruf oldukları düşünülerek, orada kısaltıldıkları biçimde bırakılmışlardır.

² Majno, Ceza Kanunu, 2, s. 55, 59.

Gerçekten, bu doğrultuda olmak üzere, Zanardelli Kanunu, 123. maddesinde “Ayan ve Meb’usan Meclisinin” sadece “alenen tahkir ve tezyifini” ve “devletin meşrutiyet müesseselerinin” sadece “alenen tahkir ve tezyifini” suç saymış, “tenkit” ve münakaşa serbestisini” korumuştur.

İCK, İtalyan Cumhuriyeti Anayasası’nın temel kurumlarını göz önünde tutarak, 290. maddesinde, cumhuriyeti, yasama meclislerini veya bunlardan birini, hükümeti, Anayasa Mahkemesi’ni, Yargı erkini veya Devletin silahlı kuvvetlerini ve 291. maddesinde İtalyan ulusunu, Zanardelli Kanunu’na benzer olarak sadece alenen tahkir (vilipendio/ vilipendere³) etmek, fiilini suç saymaktadır.

Zanardelli Kanunu’ndan ve İCK’ undan mülhem, mülga 765 sayılı Kanun, birçok kez değişik, 159. maddesinde, “Türklüğü, Cumhuriyeti, Büyük Millet Meclisini, Hükümetin manevi şahsiyetini, Bakanlıkları, Devletin askeri veya emniyet muhafaza kuvvetlerini veya Adliyenin manevi şahsiyetini, alenen tahkir ve tezyif etme” ve “Türkiye Cumhuriyeti Kanunlarına veya Büyük Millet Meclisi Kararlarına alenen sövmek” fiillerini suç saymıştır.

5237 sayılı Kanun, 2008-5759/1 sayılı Kanunla değişik 301. maddesinde, kadim doktrin doğrultusunda “malumun ilamı” olarak “eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz” hükmüne yer vererek, Zanardelli Kanunu, İCK ve 765 sayılı Kanunun düzenlemesine paralel bir düzenleme yapmış, suçun Aydınlanmadan gelen özgün yapısını korumaya özen göstermiştir. Kanun, “vilipendio” / “vilipendere” / “tahkir ve tezyif etmek” veya “tahkir etmek” ifadesini “aşağılamak” ifadesi ile karşılamıştır⁴. Tahkir, sözlükte, aşağılatma, onur kırma, onuruna dokunma; tahkir etmek, aşağılatmak, onur kırmak⁵ olarak tanımlanmıştır. Herhalde, sövmek de, aşağılamaktır.

Gerekçede yer verilen çelişkili açıklama dikkate alınmaksızın, suçun tanımında yer verilen “aşağılamak” fiili, “vilipendere” fiilinin Türkçe karşılığı olan, tahkir etmek, küçümsemek, aşağılamak, küçük düşürmek, hor görmek olarak anlaşılmalıdır.

³ Bonelli, Lessico Italiano-Turco, Roma 1952, s. 321; Tamış, vilipendere’ nin, Türkçesinin, küçümsemek, aşağılamak, küçük düşürmek, hor görmek anlamına geldiğini ifade etmektedir. (İtalyanca-Türkçe Büyük Öğretici Sözlük, C. II, İnkılâp Kitabevi, İstanbul, 1986, s. 1008).

⁴ Gerekçede, “Aşağılamak, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan “tahkir ve tezyif” kavramı karşılığında kullanılmıştır. Hakaret ancak gerçek kişilere karşı işlenebilen bir suç olduğu için 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda çeşitli suç tanımlarında kurum veya kuruluşlarla ilgili olarak “aşağılama” kavramına yer verilmiştir. Zayıf düşürmek anlamına gelen “tezyif” sözcüğüne suçun tanımında ayrıca yer verilmemiştir” görüşü ifade edilmiştir (Bkz. Yaşar-Gökcan-Artunç, Türk Ceza Kanunu, VI, s. 8304). Ancak, gene gerekçede, “Bu hüküm karşısında iktidarın tahkir ve tezyifi halinde” denerek (Bkz. Age, s. 8301) denerek çelişkiye düşülmüş olmaktadır.

⁵ Türkçe Sözlük, TDK., 2. S.2114

301. maddede, suç, dört fıkra halinde düzenlenmiştir.

Birinci fıkrada, “Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ve Devletin yargı organlarını; ikinci fıkrada, Devletin askeri ve emniyet teşkilatını alenen aşağılama” suç sayılmıştır. Üçüncü fıkrada eleştirme amacıyla yapılan düşünce açıklamalarının suç oluşturmadığı belirtilmiş; dördüncü fıkrada suçtan dolayı soruşturma yapılması Adalet Bakanı’nın iznine bağlanmıştır.

301. maddesinde öngörülen suç, yapısal olarak, İCK’nın 290 ve 291. maddesinde öngörülen suçla, benzerlik göstermektedir. Suç incelenirken, İtalyan doktrini ve uygulaması, göz ardı edilmeyecektir.

2. FAİL, HUKUKİ KONU, MAĞDUR

Kanun, faili “aşağılayan kişi” olarak ifade etmiştir.

Öyleyse, herkes, suçun faili olur.

Vatandaş veya yabancı, suçu yabancı ülkede işlediğinde, kendilerine Türk kanunları uygulanır (m. 13). Kanun, mülga 765 sayılı Kanundan farklı olarak, suçu yabancı bir ülkede bir Türk’ün işlemesini, cezayı etkileyen bir neden saymamaktadır.

Hukuki konu, suçun kanunda yer aldığı bölümün başlığından da anlaşıldığı üzere, Devletin egemenliğinin veya aynı şey erklerinin ifadesi olan kurumların, saygınlığının korunmasına ilişkin kamusal yarardır. Doktrinde, cezai himayenin konusunun, Devletin itibarının, açıkçası Devletin anayasal temel kurumlarının saygınlığının korunması olduğu ifade edilmektedir⁶.

Suçun mağduru, ulusal ve uluslararası hukukta bir kamu tüzel kişisi olarak Devletin kendisi, Devletin aşağılanan kurumudur.

Suçun maddi konusu yoktur. Kanun, cezai himayenin konusu kurumlar yönünden, salt aşağılamada bulunma fiilinin kendisini zararlı veya tehlikeli saymaktadır.

3. FİİL

Kanun, fiili, birinci fıkrada, “Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini, Devletin Yargı Organlarını” ve ikinci fıkrada, “Devletin askeri veya emniyet teşkilatını” alenen aşağılamak olarak tanımlamaktadır.

⁶ Fiandaca-Musco, *Dirittopenale*, s. 79; Antolisei, *Manuale*, II, s. 1020; Manzini, *Trattato*, IV, s. 574. Yaşar-Gökcan-Artuç, *Ceza Kanunu*, VI, s. 8313; Bkz., Erem, *Ceza Hukuku*, HH., s. 130.

Kanun, “Türk milleti” diyerek, Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin insan unsurunu cezai himayenin konusu yapmaktadır. İnsan unsurunu, bir değer olarak, olası saldırılardan korumayan bir devlete, ne dün, ne de bugün rastlanmış değildir. Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin insan unsuru, Türk Milleti’dir. Türk milleti, dünü, bugünü ve yarınıyla, “Din ve ırk farkı gözetilmeksizin Türk ıtlak olunan” Anadolu Ahalisi’dir⁷. “Türklük” gerekçeye de bakılarak⁸ ırkçı yorumlara konu olduğu içindir ki, 2008/5759 Kanunla maddeden çıkarılmış, yerine Türk Milleti⁹ terimi konulmuştur. “Türk ıtlak olunan” Anadolu ahalisi, tarihinden gelen tüm farklılıklarıyla, hiçbir ayırım yapılmaksızın, cezai himayenin konusudur.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti, Anayasa’nın başlangıcında, 1, 2, 3 ve 4. maddelerinde tanımlanan ve nitelikleri gösterilen devlettir. Bu, demokratik, laik, sosyal hukuk devletidir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, Devletin Yargısı, Kuvvetler ayırımı temelinde, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin temel kurumları, kendilerinde egemenliğinin tezahür ettiği organları olarak, Anayasasında ifadesini bulan Yasama, Yürütme ve Yargı erkidir. Himaye edilen, erkin kendisidir. TBMM komisyonları, çalışma birimleri, bakanlıklar, hükümet olan siyasi parti veya partiler, idare, idari teşkilatlar himayenin konusu dışındadır¹⁰. “Devletin Yargı Organı” ifadesinden maksat, mahkemelerdir. Savcılık bu kavram içinde düşünülmektedir¹¹.

Denmese de, Kanun koyucunun, mülga 765 sayılı Kanunun 159. maddesi ve 301. madde hükmünün imalinde, İCK’nın 290. maddesi hükmünden yararlanmış olduğu açıktır. Bu kanunun “*Forsearmatedello Stato o quelledelleliberazione*”¹² hükmü, 765 sayılı Kanunda “Devletin askeri veya emniyet muhafaza kuvvetleri” olarak dilimize aktarılmıştır. Her iki kanunda “teşkilat” terimi yoktur. “Milli savunma” ve bu bağlamda “Silahlı kuvvetler” kendisinde “egemenlik erkinin” somutlaştığı, Anayasa’da yer verilen (m. 117)

⁷ 1924 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, m. 68.

⁸ “Türklük deyiminden maksat, dünyanın neresinde yaşarsa yaşasınlar Türklere has müşterek kültürün ortaya çıkardığı ortak varlık anlaşılır. Bu varlık Türk milleti kavramından genişler ve Türkiye dışında yaşayan ve aynı kültürün iştirakçileri toplumlara da kapsar”. Ekdemir, Ceza Kanunu, s. 445

⁹ Kanun, gerekçesinde, genelde siyaset bilimi, hukuk kitaplarında geçen Millet’in sübjektif anlayışı, yani kültür milliyetçiliği tanımı ile “Türk milleti” terimini açıklamaya çalışmış, ancak açıklama, millet’in olmuş ama, Türk milletinin tanımı olmamıştır. Gerekçe için bkz., Özgenç, Ceza Hukuku Mevzuatı, s. 542.

¹⁰ Antolisei, Manuale, Ps., II, s. 1022;

¹¹ Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 134

¹² Manzini, “liberazione” kuvvetlerinin, ikinci Dünya Savaşında, işgalci Almanlara karşı savaşan gerillalar ve gönüllü kuvvetler olduğunu belirtmektedir. Trattato, IV, s. 585

Devletin vazgeçilmez, temel kurumudur. Burada, himayenin konusu “askeri teşkilat” değildir, bir kurum, bir müessese olarak Devletin silahlı kuvvetlerin kendisidir. Silahlı kuvvetler, Genel Kurmay Başkanlığı komutası altında, Kara Kuvvetleri, Hava Kuvvetleri, Deniz Kuvvetleri ve Jandarma Genel Komutanlığıdır¹³. Tesisler, muayyen bir birlik karakol, rütbesi ne kadar üst olursa olsun Komutan hükmün kapsamı dışındadır¹⁴.

Devletin “asayiş” teminle görevli silahlı kuvvetleri, yani kolluk, polis Devletin zorunlu, temel bir kurumu olarak, cezai himayenin konusu olabilmektedir. Bu bağlamda, Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nde, asayiş teminle görevli silahlı kuvvet, kolluk, Polis kurumu (PVSK. M. 1) olmaktadır. Bu demektir ki, burada, cezai himayenin konusu, teşkilât olarak emniyet değildir, kurum olarak emniyettir. “Emniyet teşkilâtı” ifadesinden, Devletin, varlık nedeni olarak, asayiş temin eden organı, Kolluk anlaşılmalıdır. Emniyet teşkilatı, müdürlükler, amirlikler, diğer kolluk birimleri, ör. çevik kuvvet, karakol hükmün kapsamı dışındadır.

Himaye kanunda olanla sınırlıdır, genişletici yorumla sayı artırılamaz¹⁵. Kanun, bunları “alenen aşağılamak” fiilini suç sayılmaktadır. Aşağılama fiili, “özel hayatın ve hayatın gizli alanı” dışında işlenmiş olduğunda, alenidir. İCK., m. 266/son, Ceza kanununun uygulanmasında, basın ve yayın yoluyla veya kamusal yahut kamuya açık bir yerde ve birçok kimse önünde ya da çok kimse-nin katılması için yapılan veya amacı ve konusu bakımından özel toplantı niteliğinde olmayan toplantılarda yapılmış olan fiilleri alenen yapılmış fiil kabul etmektedir. Doktrinde, aleniyetin, ileri sürülenin aksine¹⁶, bir cezalandırılabilme şartı olmadığı, fiilin bir unsuru olduğu kabul edilmektedir¹⁷.

¹³ Silahlı Kuvvetlerin büyük bölümünün (Kara, Hava, Deniz) madde hükmüne dâhil olduğu aşikârdır. Esasen bunlar silahlı kuvvetlerin unsurları değil, silahlı kuvvetlerin muayyen bir hareket şeklini ifade eder. Bu kuvvetlerden birine hakaretin silahlı kuvvetlerin hepsine sirayet etmeyeceğini düşünmek de kabil değildir. Genelkurmayın bir askeri heyet sayılması doğru olmaz, cezi himaye yönünden Genelkurmay, silahlı kuvvetleri temsil eder. Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 134. Ancak, Antolisei, İtalyan hukukunun gerekleri yönünden, silahlı tek bir kuvvetin, örneğin Jandarma, cezai himayenin dışında olduğu kanaatindedir, Manuale, Ps., II, s. 1022,.

¹⁴ Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 134: “Silahlı Kuvvetlerin büyük bölümünün (Kara, Hava, Deniz) madde hükmüne dahil olduğu aşikardır. Esasen bunlar silahlı kuvvetlerin unsurları değil, silahlı kuvvetlerin muayyen bir hareket şeklini ifade eder. Bu kuvvetlerden birine hakaretin silahlı kuvvetlerin hepsine sirayet etmeyeceğini düşünmek de kabil değildir. Genelkurmayın bir askeri heyet sayılması doğru olmaz, cezi himaye yönünden Genelkurmay, silahlı kuvvetleri temsil eder”.

¹⁵ Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 132

¹⁶ Manzini, Trattato, V, s. 589

¹⁷ Antolisei, Manuale, Ps., II, s. 1022; Fiandaca-Musco, Dirittopenale, Ps., I, s 80

Aşağılamak, iradi bir düşünce açıklamasıdır. Bir ifadeye yüklenen anlamdır. Dilde, aşağılamak, değerinden düşük göstermek, küçültücü davranışlarda bulunmak, hor görmek anlamındadır. İCK'nın fiil için kullandığı "vilipendere" terimi, dilimize, "tahkir etmek" olarak çevrilmiştir¹⁸. Bu konuda, gerekçede, yer verilen açıklama¹⁹ geçerli değildir. Tahkir, dilde, aşağılama, onur kırma, onuruna dokunma; tahkir etmek, aşağılamak, onur kırmak anlamındadır.

Aşağılamak, bir ifade üzerine verilen bir değer hükmüdür. Bir ifadenin aşağılama olup olmadığını belirlemek hâkimin işidir.

Madem düşünce açıklamasıdır, aşağılama, ör., söz, yazı, işaret, çizgi yontu, vs., her çeşit ifade ve basın, medya, duvar yazıları, sinema, tiyatro, konser, sergi, vs., her çeşit iletişim aracıyla gerçekleştirilebilir.

Maddede, birinci ve ikinci fıkrada, tahdidi olarak sayılan kurumlardan birinin alenen aşağılanması ile birlikte suç oluşmuş olur. Aleniyet fiilin unsuru olduğundan, özel hayatın ve hayatın gizli alanı içinde işlenmiş olan aşağılama fiili, suç oluşturmaz. Maddede, himayenin konusu kurumların çokluğu, suçu, seçimlik hareketli bir suç yapmaz. Her bir kurumun alenen aşağılanması ayrı bir suçtur. Bir ifade, ör., söz, yazı, vs., birden çok kurumun tahkir edilmiş olması bir suça değil, birden çok suça vücut verir.

Suç, ani suçtur, kural olarak icra hareketi ile işlenir. Ancak, doktrinde, en der de olsa, suçun ihmal hareketiyle de işlenebileceği ileri sürülmektedir²⁰.

Doktrinde, aksi de söylenmekle birlikte²¹, aleniyeti gerektirdiğinden, bu suça teşebbüs olmaz.

Aynı gerekçeyle, azmettirme dışında suça iştirak olmaz. Birden çok kimse- nin, aşağılama içeren bir afişi birlikte, ör., bir meydana asmaları halinde, birlikte hareket edenlerden her biri, suçun işlenmesine yardım eden değil, suçun failidir.

Bu suçta, fikri içtima, olmaz.

Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda, bir kişiye karşı, ör. TBMM., Türkiye Cumhuriyet Hükümeti, birden fazla işlenmesi durumunda zincirleme suç söz konusu olabilir. Kanun, 23/2. madde hükmünde, aynı suçun birden fazla kişiye karşı bir fiille işlenmesi durumunda da zincir-

¹⁸ Bonelli, Lessico Italiano-Turco, Roma, 1952, s. 321

¹⁹ Gerekçe, Özgenç, Ceza Hukuku mevzuatı, s.542

²⁰ Manzini, Trattato, IV, s. 589, ayrıca dnt., I.

²¹ Manzini, Trattato, IV, s. 589; Fiandaca-Mosca, Dirittopenale, Ps., I, s. 80: Teşebbüs, sadece hareket parçalara bölünebildiği taktirde mümkündür.

leme suçun olduğunu kabul etmektedir. Burada, “kişi” terimini, daraltarak yorumlamayı haklı kılan bir durum yoktur. Türkiye Cumhuriyeti Devleti, TBMM., Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, Silahlı Kuvvetler, hak ve fiil ehliyetine sahip, kamu tüzel kişileridirler. Bu durumda, bir fiille, ör., bir sözde, bir yazıda, daha somut olarak ör., bir meydana asılmış olan bir afişte, birden çok kurum aşağılandığında, bu hüküm karşısında, fiilin tek olduğu kabul edilirse, birçok suçtan değil, ama herhalde zincirleme suçtan söz edilmesi gerektiği düşünülebilir.

4. HUKUKA AYKIRILIK

Kanun, himayenin konusu ile mutlak sınırlı olarak, belirttiği kurumlarının (istituzione) kendisinin, bizzat erkin, alenen aşağılanmasını, dolayısıyla onların olması gereken saygınlıklarının ihlalini suç saymaktadır.

Devletin organlarının ve organ yerindeki kişilerin eylem ve işlemlerini eleştirmek, bunlar hakkında bilgi ve haber vermek herkesin hakkıdır. Eleştirmek, kimseye, Devletin organlarını ve organ yerindeki kişileri tahkir etmek hakkı vermez. Tenkit ile tahkir aynı kavram değildir. Bunların aynı fiilde yer almaları mümkünse de birinin diğerini massetmesi mümkün değildir²².

Ancak, erkin kendisi, kurum, mahiyetinin gereği olarak, eleştirinin konusu olmaz. Eleştiride bulunma hakkı, Devletin egemenliğinin ifadesi olan temel kurumlarının kendileri dışında, o kurumlarının ve kurumlarda görevli kişilerin eylem ve işlemlerine ilişkindir.

Böyle olunca, ör., onursuz millet, Katil Devlet, hırsız hükümet, askeri kuvvet değil, eşkıya sürüsü, aşağılık Türk yargısı, vs., şeklindeki düşünce açıklamaları, Devletin organının veya organı yerindeki kimsenin bir eylem veya işleminin eleştirisi değildir, Devlet’in, 301. madde hükmü ile korunan erklerinin, erk olarak aşağılanmasıdır.

Gerçekten, Aydınlanma Çağından bu yana, evirilerek gelen liberal-demokratik Devletlerde, Devletin organlarının, organı yerindeki kişilerin eylem ve işlemlerini, organın kendisine ve kişinin şahsına dokunmadan, değerlendirmek; bu anlamda beğenmemek, hatta yermek, işlemin geri alınmasını, kaldırılmasını, değiştirilmesini istemek, kişinin, sorumluluk gerektiren hem hakkı hem de görevidir. Kimse, kanunları, kararları, yönetenlerin eylem ve işlemlerini beğenmeye mecbur değildir.

Kanun, söz konusu işte bu hakkı, üçüncü fıkrada, “eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz” diyerek, zaten mevcut olan genel bir hu-

²² Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 135

kuka uygunluk nedenine²³ (m. 26, Ay., m. 25, 26), malumun ilamı olarak, tekrar işaret etmiş olmaktadır²⁴.

AIHS 'in tarafı ülkelerde, elbette ülkemizde, eleştirinin ölçüsü, AIHM'in kararlarında ifadesini bulan ilkelerdir.

5. KUSURLULUK

Suç kastla işlenir.

Özel kastın da olması gerektiği ileri sürülmekle birlikte²⁵; genelde, genel kastın olmasının yeterli olduğu kabul edilmektedir²⁶. Kast, failin, fiilinin, Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin Kurum ve Organlarını, alenen aşağıladığını bilmesi ve istemesi iradesidir.

Failin kullanmak üzere hazırlamış olduğu, ancak özelinde tuttuğu, ör., Türkiye Cumhuriyeti Devletini aşağılayan bir afişi, iradesi dışında, başka bir kimsenin, görülebilecek bir yere asarak alenileştirmiş olması halinde, failin fiilinde kusurlu olduğu söylemez. Burada, fiilinde kusurlu olan, içini bildiği afişi, isteyerek herkesin görebileceği bir yere asan, dolayısıyla aşağılamayı alenileştirmiş olan kimsedir.

Bu suçta fiili hata olmaz. Failin, düşüncesini açıklarken, tahkir amacı ile değil de, eleştiri amacı ile hareket ettiğini zannetmiş olması, hukuka uygunluk nedeninde hataya düşmüş olması olmaz, fiilinden sorumlu olur.

6. SUÇUN SORUŞTURULMASI

Kanun, 4. fıkra hükmünde, bu suçtan dolayı soruşturma yapılmasını (CMK. m. 2/1, f) Adalet Bakanı'nın iznine bağlamıştır.

Madem "soruşturma" kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi (CMK. m. 2, 1, e) ifade

²³ Aksi düşünce, Gerekçe, Özgenç, Ceza Hukuku Mevzuatı, s.542

²⁴ Gerekçede (Özgenç, Ceza Hukuku Mevzuatı, s. 542, 543) "ifade özgürlüğünün doğal sonucu olarak, eleştiri hakkının kullanılması suretiyle açıklanan düşünceler suç oluşturmaz". "Türkiye Büyük Millet Meclisi, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, Devletin yargı organları ile askeri ve emniyet teşkilatında görev yapan kamu görevlilerinin eleştirilmesini bu kurumların saygınlığını zedeleyici davranışlar olarak değerlendirilmemesi gerekir. Keza bu kurumlarda görev yapan kişilere hakaret edilmesi halinde bu madde hükümleri değil, Türk Ceza Kanununun kamu görevlisine hakaret suçuna ilişkin hükümlerin göz önünde bulundurulacağı aşikârdır" denmektedir.

²⁵ Manzini, Trattato, s. 590; Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 136

²⁶ Antolisei, Manuale, PS., II, s. 1022; Fiandaca-Musco, Dirittopinale, PS., I, s. 80; Artuk, Türk-lüğü, Cumhuriyeti, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama Suçu, TBBD., S. 70, 2007, s. 233; Sancar, Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları, Ankara 2004, s. 188; Tosun, TCK 159. Madde-si ve Basın Hürriyeti ili İlişkisi, YD., 1980, S.4, s. 466

etmektedir, Cumhuriyet savcısı, suç şüphesini öğrendiğinde, soruşturma sürecini başlamadan önce, suç şüphesi konusunda bilgi vererek, soruşturulması konusunda Adalet Bakanı'nın iznini almak zorundadır. Cumhuriyet savcısının izin alınmadan başlattığı soruşturma yok hükmündedir. Sonra alınan izin, yoku var etmez.

Suçun soruşturulması, Cumhurbaşkanı'nın iznine bağlanmak istenmiş ancak, Adalet Bakanı'nın iznine bağlanması uygun görülmiştir²⁷. Her iki yol da sakıncalıdır. Adalet Bakanı siyasi bir kişidir. Uygulamalar, özellikle siyasi kriz dönemlerinde, keyfiliğe yol açabilir. Keyfilik, kanun önünde eşitlik, ayrımcılık yasağı ilkesinin ihlalidir. Kanunun düzenlemesi, yukarıda belirttik, İCK'nın düzenlemesiyle örtüşmektedir. Bu Kanun, suçun takibinde, izine yer vermemiştir.

Esasen Cumhuriyet savcısına güvensizliği ifade eden, teknik olarak hiç bir gereği olmayan, üstelik keyfiliğe yol açabilecek olan mevcut düzenlemenin, kısa sürede giderilmesinin gerekli olduğunu düşünüyoruz.

7. CEZA

Fiili sabit olduğunda, fail, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Bugün, bu suçta, failin, hürriyeti bağlayıcı bir ceza ile cezalandırılması genelde uygun görülmemektedir. Nitekim, İCK., suç için, daha önce altı aydan üç yıla kadar ağır hapis cezası (reclusione) öngörmüşken, son değişiklikle, 1000 avro'dan 5000 avro'ya kadar ağır para cezası öngörmüş bulunmaktadır.

8. SONUÇ

Uygulamacılar, 301. madde hükmünü uygularken, AIHM'in konuya ilişkin kararlarını mutlaka göz önünde tutmak, AIHS' inin 9. ve 10. maddeleri hükmünü sağlamayan uygulamalardan özenle kaçınmak zorundadırlar.

Hukukta "kabadayılığın" yeri yoktur. İnsanları susturmak, tarihte, Devletlerin zararına olmuştur.

²⁷ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, I, s. 544

