

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (CEZA HUKUKU)
ANABİLİM DALI**

HAKARET VE SÖVME SUÇLARI

Yüksek Lisans Tezi

Selda YENTÜR

Ankara-2011

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (CEZA HUKUKU)
ANABİLİM DALI**

HAKARET VE SÖVME SUÇLARI

Yüksek Lisans Tezi

Selda YENTÜR

Tez Danışmanı
Doç. Devrim GÜNGÖR

Ankara-2011

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (CEZA HUKUKU)
ANABİLİM DALI

HAKARET VE SÖVME SUÇLARI

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Devrim GÜNGÖR

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

.....

.....

.....

.....

.....

.....

Tez Sınavı Tarihi

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR	vi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ŞEREF KAVRAMI, KLASİK YAPILARI İTİBARI İLE HAKARET VE SÖVME SUÇLARI

I. ŞEREF KAVRAMINA İLİŞKİN AÇIKLAMALAR	4
II. HAKARET VE SÖVME SUÇLARININ UNSURLARI	10
A. Hukuki Konu	12
B. Fail	15
1. Hakaret ve Sövme Suçlarının Basın Yoluyla İşlenmesi Halinde Sorumluluk ..	16
2. Hakaret ve Sövme Suçlarının Radyo ve Televizyon Yoluyla İşlenmesi Halinde Sorumluluk	18
a. 2954 Sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu Uyarınca Sorumluluk	18
b. 3984 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında KanunUyarınca Sorumluluk	19
C. Mağdur	21
1. Mağdurun Belirlenmesi	22
2. Akıl Hastası ve Küçükler	25

3. İşlemiş Oldukları Suç veya Kötü Yaşamları Sebebiyle Şereften Yoksun	
Addedilenler	28
4. Tüzel Kişiler	29
5. Tüzel Kişiliği Olmayan Topluluklar	31
6. Ölüler	35
D. Maddi Unsur	39
1. Hakaret Suçunun Maddi Unsuru	44
2. Sövme Suçunun Maddi Unsuru	53
a. Huzurda Hakaret ve Sövme	59
b. Huzura Eşit Sayılan Haller	61
c. Gıyapta Hakaret ve Sövme	65
E. Hukuka Uygunluk Halleri	75
1. Hakkın Kullanılması	77
a. İfade Özgürlüğü	79
b. Haber Verme Hakkı	96
aa. Haberin Gerçek Olması	99
bb. Haberin Güncel Olması	105
cc. Haberde Kamu Yararının Bulunması	106
dd. Verilen Haberle İşlenen Suç Arasında Düşünsel Bir Bağın Bulunması	108
c. İsnadın İspatı	114
aa. İsnat Olunan Fiilin Suç Oluşturması ve Mağdurun Bu Suç Sebebiyle Mahkumiyeti	119

bb. İsnat Olunan Fiilin Doğru Olup Olmadığının Anlaşılmasında Kamu Yararı Bulunması	132
cc. Şikayetçinin İspata Rız Olması	135
dd. İsnadın İspatında Usul	137
d. İddia ve Savunma Dokunulmazlığı	141
e. Terbiye Etme Hakkı	161
2. Mağdurun Rızası	162
3. Görevin İfası	165
a. Kanun Hükmünü Yerine Getirme	165
b. Amirin Emrini Yerine Getirme	167
4. Meşru Savunma	169
F. Manevi Unsur	170

İKİNCİ BÖLÜM

HAKARET VE SÖVME SUÇLARINA ETKİ EDEN NEDENLER

I. HAKARET VE SÖVME SUÇLARINDA CEZAYI AĞIRLAŞTIRAN NEDENLER, CEZASIZLIK NEDENLERİ VE DAHA AZ CEZAYI GEREKTİREN NEDENLER	173
A. Cezayı Ağırlaştıran Nedenler	173
1. Suçun Kamu Görevlisine Karşı Görevinden Dolayı İşlenmesi	173

2. Suçun Kişinin Dini, Siyasi, Sosyal, Felsefi İnanç, Düşünce ve Kanaatlerini Açıklamasından, Değiştirmesinden, Yayıma Çalışmasından, Mensup Olduğu Dinin Emir ve Yasaklarına Uygun Davranmasından Dolayı İşlenmesi	182
3. Suçun Kişinin Mensup Bulunduğu Dine Göre Kutsal Sayılan Değerlerden Bahisle İşlenmesi	188
4. Suçun Alenen İşlenmesi	190
B. Cezasızlık Nedenleri Ve Daha Az Cezayı Gerektiren Nedenler	197
1. Suçun Haksız Bir Fiile Tepki Olarak İşlenmesi	197
a. Tahrike Neden Olan Haksız Bir Fiilin Bulunması	199
b. Haksız Fiilin Faili Hiddet veya Şiddetli Elem Durumuna Sürüklemesi	201
c. Tepki Olarak İşlenen Fiilin Hakaret Veya Sövme Olması	203
2. Suçun Kasten Yaralamaya Tepki Olarak İşlenmesi	204
3. Karşılıklı Hakaret Veya Sövme	209
a. Karşılıklı Olarak İşlenen Suçların Hakaret Veya Sövme Niteliğinde Olması	212
b. İlk Hakaret Veya Sövmenin Haksız Olması	213
c. Hakaret Veya Sövmelerin Karşılıklı Olması	214

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ HALLERİ VE USUL HÜKÜMLERİ

I. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ HALLERİ	221
A. Teşebbüs	221
B. İştirak	224

C. İçtima	225
II. USUL HÜKÜMLERİ	229
A. Kovuşturma	229
B. Görevli Mahkeme	236
C. Yaptırım	238
D. Dava Zamanaşımı	242
SONUÇ	244
KAYNAKÇA.....	254
ÖZET	261
ABSTRACT	262

KISALTMALAR

ABD.	Amerika Birleşik Devletleri
AGİT.	Avrupa Birliği ve İşbirliği Organizasyonu
AİHS.	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AİHM.	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AÜHFD.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
bkz.	Bakınız
C.	Cilt
CD.	Ceza Dairesi
CGK.	Ceza Genel Kurulu
CHD.	Ceza Hukuku Dergisi
CMK.	Ceza Muhakemesi Kanunu
E.	Esas
GÜHFD.	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İHFM.	İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	Karar
m.	Madde
s.	Sayfa
S.	Sayı
TBBD.	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
vd.	ve devamı

GİRİŞ

Bu tezin konusu hakaret ve sövme suçlarıdır. Her ne kadar TCK' nın 125. maddesi "hakaret" başlığı taşıyor olsa da çalışmamızın konusunu bilinçli bir şekilde hakaret ve sövme suçları olarak belirlemiş bulunuyoruz. Bu bilinçli tercihimizin altında yatan sebep kanun koyucunun madde gerekçesinde de açıkça dile getirmiş olduğu hakaret ve sövme suçlarını ayırımının kaldırılmış olduğu görüşüne katılmıyor olmamızdır. Gerçekten hakaret ve sövme suçlarının "hakaret" başlığı altında tek bir madde hükmü olarak düzenlenmiş olması ve ayrıca madde gerekçesinde de hakaret ve sövme suçları ayırımının kaldırılmış olduğunun dile getirilmesi birbirine benzer ancak esasta birbirinden farklı bu suçlar arasındaki ayırımın kalktığı iddiasını destekler nitelikte değildir¹. Hakaret ve sövme suçu ayırımı TCK' nın 127. maddesinde düzenlenen isnadın ispatı bakımından hayati önem taşımaktadır. Isnadın ispatı somut bir fiil veya olgu isnat etmek suretiyle gerçekleşen hakaret suçuna özgü olarak düzenlenmiş bir kurumdur. Sövme suçunun olumsuz bir değer yargısından veya sövgüden ibaret olduğu gerçeği karşısında sövmenin gerçek olduğunun ispatı isteminin hem hukuken hem de ahlaken doğru olmadığı sonucuna ulaşmak zor olmasa gerek². Kimsenin kimseye deli olana deli fahişe olana fahişe demeye hakkı yoktur. Gerek deli gerekse fahişe, Anayasanın 10. maddesiyle teminat altına alınmış eşitlik ilkesi uyarınca, insan, kişi olarak, her kişi her insan kadar onur, şeref ve saygınlığına saygı gösterilmesini isteme temel hakkına sahiptir³. Bu itibarla, çalışmamızda hakaret ve sövme suçları klasik yapıları itibariyle incelenecektir.

¹ HAFIZOĞULLARI, Zeki, ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, Ankara 2010, s. 221.

² DÖNMEZER, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Beta Yayınevi, İstanbul 2001, s. 295.

³ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 226.

Kişinin onur, şeref ve saygınlığı tarih boyunca tüm hukuk düzenleri tarafından korunmuştur. Başlangıçta özel hukuk normları ile koruma altına alınan insan onuru, daha sonraki dönemlerde ceza hukuku normlarıyla da teminat altına alınmıştır⁴. Her ne kadar hakaret ve sövme suçlarına ilişkin uluslar arası hukuki eğilim, bu suçların “suç” olmaktan çıkarılıp, özel hukuk hükümlerince haksız fiil olarak düzenlenmesi gerektiği yönünde⁵ ise de, hakaret ve sövme suçları TCK’ nın “Kişilere Karşı Suçlar” adını taşıyan İkinci Kısımının, Sekizinci Bölümünde “Şerefe Karşı Suçlar” başlığı altında Kanunun 125. maddesinde düzenlenmişlerdir.

Bu tez, üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, hakaret ve sövme suçlarının hukuki konusunu oluşturan şeref kavramı ve suçun unsurları ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bu bölümde, suçun unsurlarına ilişkin olarak yapılan teorik açıklamalar, mümkün olduğu ölçüde ulaşılabilen çeşitli Yargıtay kararlarıyla somutlaştırılmaya çalışılmıştır. İnsanı diğer varlıklardan ayıran düşünebilme yetisi ve hakaret ve sövme suçlarında fiilin, bir düşünce açıklamasından ibaret olması sebebiyle bu suçlar ile ifade özgürlüğü ve ayrılmaz bütünüleyicisi olan basın özgürlüğü ve haber verme hakkı arasındaki yakın ilişki ayrıntılı olarak incelenmiş ve konuya ilişkin ABD Yüksek Mahkemesi Kararları ile AIHM kararları ayrıntılı biçimde ele alınarak konuya ilişkin uluslar arası hukuk eğilimi açıklanmaya çalışılmıştır.

İkinci bölümde, hakaret ve sövme suçlarında, cezayı ağırlaştıran nedenler, cezasızlık nedenleri ve daha az cezayı gerektiren nedenler ayrıntılı olarak incelenmiş ve yapılan teorik açıklamalar, mümkün olduğu ölçüde ulaşılabilen çeşitli Yargıtay

⁴ SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınevi, Ankara 2005, s. 229.

⁵ AYDIN, Öykü Didem, “Ceza Hukukunun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu”, TBBD, S. 53, s. 111.

kararlarıyla somutlaştırmaya çalışılmıştır. Özellikle 765 sayılı kanun döneminde “Din hürriyetine karşı suçlar” adı altında düzenlenen kimi suçların, TCK ile hakaret ve sövme suçlarının nitelikli halleri olarak düzenlenmiş olması demokratik ve laik toplum ve hukuk düzenleri bakımından incelenerek kanun koyucunun yaptığı tercih çeşitli boyutlarıyla tartışılmıştır.

Üçüncü bölümde, hakaret ve sövme suçlarının özel görünüş halleri ve usul hükümleri incelenmiş ve Yargıtay kararları ışığında somutlaştırmaya çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ŞEREF KAVRAMI, KLASİK YAPILARI İTİBARI İLE HAKARET VE SÖVME SUÇLARI

I. ŞEREF KAVRAMINA İLİŞKİN AÇIKLAMALAR

TCK, hakaret ve sövme suçlarını, “Kişilere Karşı Suçlar” adını taşıyan İkinci Kısımının, Sekizinci Bölümünde “Şerefe Karşı Suçlar” adı altında düzenlemiştir.

TCK’nın 125. maddesi, bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişinin cezai yaptırıma tabi olacağını bildirmek suretiyle kişinin onur, şeref ve saygınlığını teminat altına almıştır.

Şeref kavramı sözlükte⁶, “1. Başkasının birine gösterdiği saygının dayandığı kişisel değer, onur, 2. Toplumca benimsenmiş iyi şöhret” şeklinde tanımlanmıştır.

Şeref ibaresi sosyal bir kavramdır ve ancak toplum içerisinde gerçek anlamını bulabilir⁷. Şeref ve haysiyet bir kimseye toplum tarafından verilen manevi değerlerin bütünüdür. Kişiler bu değerlerin bir kısmına insan olarak doğuştan sahip olduğu halde, bir kısmını sonradan elde eder. Yani, toplum kişileri sadece bir insan olarak doğuma ilişkin değerleriyle değil, aynı zamanda davranışları, yetenekleri ve hatta ahlaka ilişkin tutumları ile değerlendirir⁸.

Doktrinde şeref kavramı, subjektif ve iç şeref ile objektif ve dış şeref olmak üzere iki anlam ifade etmektedir. İç şeref, kişinin kendisi hakkında beslediği fikir ve

⁶ <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, Erişim Tarihi, 03.09.2010.

⁷ ERMAN, Sahir, Hakaret ve Sövme Suçları, Prof. Dr. Nazım Terzioğlu Basım Atölyesi, İstanbul 1989, s. 1.

⁸ KILIÇOĞLU, Ahmet, Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, AÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara 1993, s. 61.

düşünce⁹, yani kişinin bizzat kendisine olan saygısıdır¹⁰. Dış şeref ise, bir kimseye bulunduğu toplum tarafından verilen değeri ifade eder¹¹.

Şeref kavramı, bir topluluğun varlığını zorunlu kılmaktadır. Kişi sosyal bir varlıktır. Sosyal yaşamın getirdiği zorunluluk ise, kişinin yaşamını idame ettirebilmesi için elzem olan, kişinin toplum içindeki yaşama adaptasyonudur. Gerçekten objektif ve dış şeref, zaten başkalarının kişi hakkında besledikleri kanaatten ibaret olması sebebiyle bir topluluğun varlığını zorunlu kılmaktadır. Kişinin kendi manevi varlığı hakkında sahip olduğu kanaat olarak tanımlanabilen subjektif ve iç şeref konusunda dahi aynı şey söylenebilir. Kişinin kendi manevi varlığına ilişkin kanaati öncelikle ve özellikle başkalarının hakkında düşündüklerine ve düşünebileceklerine dayanır¹².

İnsan doğası gereği, yaşadığı toplum içinde tasvip edilme, sevilme ve saygı görme arzusu içerisindedir. Bu itibarla, kişinin kendi hakkındaki düşüncesi ile toplumun kişi hakkındaki düşünceleri birbirinden bağımsız olarak değerlendirmek mümkün değildir. Kişinin kendi hakkındaki düşüncesi ile toplumun kişi hakkındaki düşüncesi birbiriyle bağlantılı olması yanında karşılıklı etkileşim içerisinde olup, birbirlerini destekleyerek güçlendirmektedir. Başkaları tarafından övgüye layık görülmek, saygın olmak kişinin kendi hakkındaki özgüvenini artırır olumlu düşünmesine sebep olur, kendi kişiliğini destekler, insana güven ve onur verir¹³.

Yukarıda yapılan açıklamalarda, şerefın kaynağını sosyal yaşayışta bulunduğu ve sosyal bir menfaat olduğu ifade edildi. Şimdi daha kesin bir ifadeyle denilebilir ki;

⁹ ERMAN, s. 1; TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2007, s. 100.

¹⁰ KILIÇOĞLU, s. 63.

¹¹ KILIÇOĞLU, s.64; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 100.

¹² ERMAN, s. 1.

¹³ SOYASLAN, s. 230.

“Şeref, kişinin sosyal değerini belirleyen şartların bütünüdür; namuslu ve dürüst olmak gibi ahlaki; zeki, bilgili ve terbiyeli olmak gibi fikri; sağlıklı ve iyi görünümlü olmak gibi fiziki nitelikte olan ve insanın yaşadığı çevrede iyi tanınmasına yol açan bütün şartlardır¹⁴.”

İnsan kişiliği bir bütündür. İnsan maddi ve manevi değerleri olan bir varlıktır. Kişinin maddi varlığı yanında manevi varlığını kabul etmek bir zorunluluktur. Kişinin maddi varlığını koruyan hükümler yanında manevi varlığını koruyan düzenlemelerin bulunduğu kuşkusuzdur. Kişinin manevi varlığını oluşturan değerlerin belki de en önemlisi kişinin şerefidir¹⁵.

Kişinin onur, şeref ve saygınlığı tarih boyunca tüm hukuk düzenleri tarafından korunmuştur. Başlangıçta özel hukuk normları ile koruma altına alınan insan onuru, daha sonraki dönemlerde ceza hukuku normlarıyla da teminat altına alınmıştır¹⁶.

Kişinin manevi varlığının bir yansıması olan şeref kavramı hem iç hukuk metinleri hem de uluslar arası hukuk metinleriyle koruma altına alınmıştır. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 1. maddesi istisnasız tüm insanların özgür, onur ve haklarında eşit olarak doğduklarına işaret etmiştir. Ülkemizde de kişinin manevi varlığının yansıması olan şeref kavramı, Anayasa, medeni hukuk ve ceza hukuku kapsamlarında teminat altına alınmıştır. Anayasa gereği iç hukukun bir parçası olan AİHS de konuya ilişkin düzenlemeler içermektedir.

¹⁴ ERMAN, s. 2; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 100.

¹⁵ KARAYALÇIN, Yaşar, “Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması”, AÜHFD, C. 19, S. 1-4, s. 255.

¹⁶ SOYASLAN, s. 229.

Hakaret ve sövme suçları tarih kadar eski olmakla birlikte, herkesin ayrımsız onur, şeref ve haysiyet sahibi olduğunun kabulü yenidir. Gerçekten kanun önünde eşitlik ilkesi uyarınca hiç kimse, bir diğerinden daha az şerefli değildir¹⁷. Anayasanın Başlangıç Kısımında, her Türk vatandaşının eşit haklardan yararlanması, onurlu bir hayat sürmesi ve maddi ve manevi varlığını geliştirmesi gerektiği hususuna işaret edilmiştir. Daha sonra aynı husus Anayasa'nın 5. , 10. ve 17. maddeleriyle teminat altına alınmıştır. Anayasanın 5. maddesinde devletin temel amaç ve görevlerinden birinin, kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi için gerekli şartları hazırlamak olduğu vurgulanmıştır. Anayasanın 10 maddesinde kanun önünde eşitlik ilkesi düzenlenmiştir. Anayasanın 17. maddesinde ise, herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu ve kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya ve muameleye tabi tutulamayacağı öngörülmüştür. Görüldüğü üzere şeref ve onur Anayasada temel haklar kapsamında düzenlenmiş ve teminat altına alınmıştır.

Kişilerin şeref ve saygınlığı özel hukuk tarafından “kişilik hakları” çerçevesinde kişisel menfaatler olarak korunmaktadır. Bazı hallerde ayrıca “haksız fiil” sayılarak manevi tazminat davasına konu olmaktadır. Ticari haksız fiillerin tipik bir örneği olan “haksız rekabet”, ekonomik kişiliğin korunmasına yönelik olarak, Ticaret Hukukunun koruması altına alınmıştır¹⁸.

Kişilerin şeref ve onuru Medeni Kanunun 23 ve 24. maddeleriyle de teminat altına alınmıştır. Medeni Kanunun 23. maddesinde kimsenin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği ve onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamayacağı

¹⁷ HAFIZOĞULLARI, Zeki, “Türk Ceza Hukukunda Şeref Karşı Suçlar”, <http://www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/makale.htm>, Erişim Tarihi, 31.05.2010.

¹⁸ KARAYALÇIN, s. 252.

düzenlenmiştir. 24 madde ise, kişiyi kişilik haklarına yapılan hukuka aykırı saldırılar karşısında korumaktadır. Kuşkusuz kişinin en önemli kişilik haklarından biri kişinin şeref ve onurudur. Kişi, başkalarından, onuruna, şeref ve haysiyetine saygı gösterilmesini isteme temel hakkına sahiptir¹⁹.

Ceza Hukukunun görevi toplumsal yaşamın güvence altına alınabilmesi için konulması kesinlikle zorunlu olan yasaklar koyup, bireylerin hak ve özgürlüklerinden barış ve güvenlik içinde yararlanmalarını sağlamaktır²⁰. Anayasanın 11. maddesi, Anayasa hükümlerinin, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idari makamları ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğunu öngörmüştür. Kişinin şeref ve onurunun bir temel hak olarak Anayasada düzenlenmiş olması sebebiyle, kişinin şeref ve onurunu korumak ve ona saygı göstermek hem devlet organları hem de kişiler için bir Anayasa borcudur²¹. Anayasa ile Ceza Kanunu arasında sıkı bir ilişki bulunmaktadır, çünkü, Anayasal yükümlülükler ve sınırlamalar ile bireyin hak ve görevlerinin arasındaki uyumsuzluk ve çatışmaların somutlaşacağı ortam, ceza kanunudur. Ceza normunun koyduğu hukuksal yararların seçiminde hareket noktası, anayasal temel hak ve özgürlüklerdir. Bu itibarla, ceza yasasının koruduğu bütün hak ve yararların anayasal bir temeli bulunmalıdır²². TCK' nın 1. maddesi kanunun ilk amacını kişilerin hak ve özgürlüklerini korumak olarak belirlemiştir. Bu bağlamda, Ceza Hukuku kişinin şeref ve onurunu cezai himayenin konusu yapmıştır. Haksız olarak, bir kimsenin

¹⁹ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 219.

²⁰ ALACAKAPTAN, Uğur, "Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar", Hukuk Kurultayı, Ankara Barosu Yayını, Ankara 2000, C. 2, s. 11.

²¹ KARAYALÇIN, s. 257.

²² ALACAKAPTAN, s. 11.

şeref ve onuruna saldırıda bulunmak hakaret veya sövme suçuna vücut verecektir²³. Şerefe saldırı niteliğindeki fiillerin suç olarak düzenlenmesi ile ceza kanunu hem kişisel yararı hem de toplumsal yararı teminat altına almıştır, çünkü, kişilerin herhangi bir ceza takibi olmaksızın, istediğini söyleyebildikleri bir toplumda, kişiler arasında yalnız korku ve endişe hakim olacak, şantaj son yaygınlaşacak, huzur ve sükun kalmayacaktır²⁴.

Şerefe saldırı niteliğindeki fiiller çeşitli suç şekillerine vücut verirler. Bu suçların bir kısmı sadece bir kimsenin şeref ve saygınlığını ihlal eder. Bazıları ise kişi dışındaki bazı kurum ya da kuruluşların veya kanun koyucunun özel önem atfettiği bazı sıfatların saygınlığını ihlal edebilir. Sadece kişinin şerefini ihlal eden ve bu çalışmanın konusunu oluşturan suç tiplerine “genel hakaret”, kişi şerefi dışında bazı manevi değerleri ihlal eden suç tiplerine ise “özel hakaret” suçları denilmektedir²⁵.

Özel hakaret suçlarında da korunan hukuki değer, yine şeref ve saygınlıktır. Ancak bu tür suçlarda kanun koyucu, kişinin şerefini korumaktan ziyade, başka nitelikte bir menfaati korumak istemiştir. Örneğin, cumhurbaşkanına hakaret halinde, cumhurbaşkanının her insan gibi var olan şeref hakkından başka, cumhurbaşkanının temsil ettiği makam, yani devletin manevi varlığı korunmakta, bu sebeple bu fiil ayrı bir hükümle düzenlenmektedir²⁶. Cumhurbaşkanına hakaret ile korunmak istenen esasen devletin saygınlığı olduğu için bu suç, TCK’ nın “Mille ve Devlete Karşı

²³ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 219.

²⁴ ERMAN, Sahir, ÖZEK, Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Ofset, Hazırlık ve Baskı Dünya Yayıncılık, İstanbul 1994, s. 256.

²⁵ DÖNMEZER, s. 271; EREM, Faruk, TOROSLU, Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Savaş Yayınevi, Ankara 1983, s. 473; ERMAN, s. 3.

²⁶ ERMAN, s. 4.

Suçlar” adını taşıyan Dördüncü Kısımının, Üçüncü Bölümünde “Devletin Egemenlik Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar” adı altında düzenlenmiştir.

TCK’ nın 125. vd. maddelerinde düzenlenen genel hakaret ve sövme suçlarında ise sadece kişinin toplum içindeki şeref ve saygınlığı koruma altına alınmıştır. 765 sayılı yasada düzenlenen bazı özel hakaret ve sövme suçları 5237 sayılı TCK’ da genel hakaret ve sövme suçları kapsamına alınmıştır. Buna karşın 5237 sayılı TCK’ da devletin egemenlik alametlerine ve organlarına karşı işlenen hakaret fiilleri TCK’ nın 299, 300 ve 301. maddelerinde ve yabancı devletlerin bazı değerlerine hakaret fiilleri ise, TCK’ nın 340, 341 ve 342. maddelerinde ayrıca düzenlenmiştir.

II. HAKARET VE SÖVME SUÇLARININ UNSURLARI

TCK, hakaret ve sövme suçlarını, “Kişilere Karşı Suçlar” adını taşıyan İkinci Kısımının, Sekizinci Bölümünde “Şerefe Karşı Suçlar” adı altında düzenlemiştir. TCK, 125. maddesinde hakaret ve sövme suçlarını ve bu suçların daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerini, 126. maddesinde mağdurun belirlenmesinde kabul edilen ölçüyü, 127. maddesinde isnadın ispatı kurumunu, 128. maddesinde iddia ve savunma dokunulmazlığını, 129. maddesinde ise cezanın azaltılmasını veya kaldırılmasını gerektiren bir takım sebepleri düzenlemiştir.

TCK’ nın 130. maddesi “kişinin hatırasına hakaret” başlığını taşımaktadır. Ancak 130. madde ölünün hatırasına hakaret ve ölüye hakaret olmak üzere iki bağımsız suç tipine yer vermiştir²⁷. 131. madde ise hakaret ve sövme suçlarının kovuşturma usulüne ilişkindir.

²⁷ YENİDÜNYA, Caner, ALŞAHİN, Mehmet, “Bireyin Şerefine Karşı Suçlar”, TBBD, S. 68, s. 46.

Hakaret ve sövme suçları 765 sayılı yasada ayrı madde hükümlerinde ve farklı suçlar olarak düzenlenmişti. TCK ise bu suçların klasik yapılarını görmezden gelerek, hakaret ve sövme suçlarını aynı madde hükmünde ve “hakaret” başlığı altında düzenlenmiştir. Kanun koyucu madde gerekçesinde de hakaret ve sövme suçları arasındaki ayrımın kaldırıldığını iddia etmiştir. Ancak hakaret ve sövme suçlarının aynı kanun maddesi hükmünde düzenlenmiş olması ve bunun yanında madde gerekçesinde hakaret ve sövme ayrımının kaldırıldığının iddia edilmesi, gerçek anlamda hakaret ve sövme ayrımının kaldırılmış olduğunun kabulü için yeterli gerekçeler olmadığı gibi, dayanaktan yoksun iddiadan öteye geçememektedir. Hakaret ve sövme suçları benzer yönleri olmakla birlikte, esasta birbirinden farklı suçlardır. Bu itibarla, hakaret ve sövme ayrımının kaldırıldığı iddiası tutarlılıktan yoksundur²⁸. Buna karşın doktrinde, TCK’ nın yeni düzenlemesiyle hakaret suçunun seçimlik hareketli bir suç haline geldiğini ve bu suçun somut bir fiil veya olgu isnat etmek veya sövmek seçimlik hareketlerinden birinin işlenmesi suretiyle gerçekleşebileceğini iddia eden yazarlar²⁹ da bulunmaktadır. Hakaret ve sövme suçları birbirinden farklı suçlardır. Hakaret suçunda, kişinin şerefine saldırı somut bir fiil veya olgu isnat etmek suretiyle gerçekleşecek olmasına rağmen, sövme suçunda kişinin şerefine saldırı somut bir fiil veya olgu isnadı biçiminde olmayan olumsuz değer yargılarında bulunmak veya sövmek suretiyle gerçekleşecektir³⁰. İlerleyen kısımlarda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz isnadın ispatı kurumu söz konusu

²⁸ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 222.

²⁹ CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Beta Yayınevi, İstanbul 2007, s. 225; ÖZBEK, Veli Özer, “Şerefe Karşı Suçlar”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Nisan 2005, S. 5, s. 263; ŞEN, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s. 533; TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, ÖNOK, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008, s. 446; YENİDÜNYA, ALŞAHİN, s. 43.

³⁰ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 223-224.

olduğunda hakaret ve sövme suçu ayırımının devam ettiğinin kabulünün ne kadar yerinde bir tercih olduğu olanca netliği ile ortaya çıkacaktır.

A. Hukuki Konu

Genel olarak suçun hukuki konusu, suç tarafından ihlal edilen hukuki varlık veya menfaattir. Varlık, insan ihtiyaçlarını tatmine elverişli her şeyi ifade eder. Menfaat ise, kişi ile varlık arasında var olan ve kişinin bir ihtiyacını gidermek için varlığı kullanmasına imkan veren ilişkidir. Bunlar hukuken korundukları zaman hukuki varlık veya hukuki menfaat adı almaktadırlar. Suçun hukuki konusunu oluşturan, yani suç tarafından ihlal edilen varlık veya menfaatler bireylere, aileye, topluma veya devlete ait olabilir, yani bunlar bireysel, toplumsal veya kamusal nitelik taşıyabilir. Bu varlık ve menfaatlerin maddi veya manevi nitelikte olması mümkündür³¹.

Hakaret ve sövme suçlarının hukuki konusu, kişinin onur, şeref ve saygınlığıdır³². Madde gerekçesi de korunan hukuki değeri, kişilerin şeref, haysiyet ve namusu, toplum içindeki itibarı ve diğer fertler nezdindeki saygınlığı olarak belirlemiştir. Kanunlar, kişilerin değer verdikleri varlıkları korur ve onlara karşı gerçekleştirilen fiilleri suç olarak kabul edip, cezalandırır. Bu varlık ve değerler hayat, sağlık, vücut ve mal gibi maddi nitelikte olabileceği gibi manevi varlık ve değerler de olabilir. Kişinin maddi varlığı yanında manevi varlığının da korunacağı

³¹ TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2008, s. 93.

³² CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 221; DÖNMEZER, s. 271; ERMAN, ÖZEK, s. 255; HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 221; ÖZBEK, s. 256; ŞEN, s. 531; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 440.

kaçınılmaz bir gerçektir. Manevi varlığı oluşturan değerlerden belki de en önemlisi şeref kavramıdır³³.

Kişi bulunduğu toplumda onur, şeref ve saygınlığına saygı gösterilmesini isteme temel hakkına sahiptir³⁴. Bu hak kişinin en temel haklarından biridir ve kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır³⁵.

Şeref kavramı, kişinin sosyal değerini belirleyen niteliklerin bütünüdür; namuslu ve dürüst olmak gibi ahlaki; zeki, bilgili ve terbiyeli olmak gibi fikri; sağlıklı ve iyi görünümlü olmak gibi fiziki nitelikte olan ve insanın yaşadığı çevrede iyi tanınmasına yol açan bütün niteliklerinin birleşiminden meydana gelmiştir³⁶.

Ceza hukuku yukarıda açıklanan biçimde anlaşılan şereften çok, onun yansımalarını dikkate almıştır. Bu yansımalar; subjektif ve objektif yansımalar³⁷. Şerefın subjektif yansıması, bireyin kendi nitelikleri hakkında yapmış olduğu değerlendirmelerden ibarettir. Objektif yansıması ise, toplumu oluşturan kişilerin, o kişi hakkında sahip olduğu düşüncelerden veya kişinin toplumda sahip olduğu itibarından ibarettir³⁸. Şeref hem objektif hem de subjektif yansıması bakımından sosyal bir kavramdır. Objektif yansıma, toplumu oluşturan kimselerin kişi hakkındaki düşüncelerinden ibaret olması sebebiyle bir sosyal topluluğun varlığını zorunlu kılar. Subjektif yansıma için de aynı şeyi söylemek mümkündür, çünkü, kişinin kendi hakkında sahip olduğu kanaati öncelikle ve özellikle başkalarının kişi hakkında düşündüklerine ve düşünebileceklerine dayanır. Kişi, her şeyden önce

³³ EREM, Faruk, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, C.III, Seçkin Yayınevi, Ankara 1993, s. 2240; ERMAN, s. 2.

³⁴ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 221.

³⁵ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 221; ŞEN, s. 531.

³⁶ ERMAN, s. 2; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 100.

³⁷ TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 100.

³⁸ ERMAN, s. 1; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 100.

başkalarının nazarında şerefli sayılmak adına, kendi şerefi konusunda hassas davranır³⁹.

TCK, her insanda kusursuz bir şerefın varlığı hususunda bir karine kabul etmiştir. Doktrinde kanunun şerefe saldırı niteliğindeki fiilleri suç saymasındaki amacın kişinin şerefını korumak olduğu hususunda görüş birliği bulunmaktadır. Ancak şeref kavramına ne anlam verilmesi gerektiği hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu konuda bir grup yazar tarafından şerefın subjektif ve iç yansıması savunulmuşken, diğer bir grup yazar tarafından ise, şerefın objektif ve dış yansıması kabul görmüştür Bugün doktrinde egemen olan görüş, şerefın objektif ve subjektif yansımasını içeren karma bir kavram olduğudur⁴⁰. Bu doğrultuda TCK’ nın hakaret ve sövme suçlarına ilişkin hükümleriyle korunan ve bu suçlar ile ihlal edilen, bir kimsenin kendi sosyal değeri hakkındaki duygusu ve toplumda sahip olduğu itibarıdır. Bir başka deyişle, kanunla korunan hukuki değer, şerefın hem subjektif yansımasını hem de objektif yansımasını içermektedir⁴¹.

765 sayılı yasa “halkın hakaret ve husumetine maruz kalmak”, “şöhrete taarruz etmek” ibareleriyle dış şerefi; “namus ve haysiyete taarruz etmek” ibaresiyle de iç şerefi korumuştur⁴². Aynı anlayış TCK’ nın 125. maddesi bakımından da geçerlidir. TCK’ nın 125. maddesi “onur ve şeref” ibareleriyle iç şerefi; “saygınlık” ibaresiyle de dış şerefi korumaktadır⁴³.

³⁹ ERMAN, s. 1.

⁴⁰ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 439.

⁴¹ TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 101.

⁴² ERMAN, s. 2.

⁴³ ARISOY, Mine, “Hakaret”, TBBT, S. 72, s. 155; CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 221; ÖZBEK, s. 257; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 440; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 102; YENİDÜNYA, ALŞAHİN, s.45.

B. Fail

Ceza hukuku anlamında fail, hukuka aykırı fiili işleyen kimsedir⁴⁴.

Hakaret ve sövme suçlarında, suçun faili istisnasız herkes olabilir⁴⁵. Bu suçlarda fail yönünden herhangi bir ayrıcalık ve özellik aranmaz. TCK' nın 125. maddesi “bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi” diyerek herkesin fail olabileceğini açıkça belirtmiştir⁴⁶. Ceza sorumluluğuna sahip herkes bu suçu işleyebilir⁴⁷. Bu anlamda, birden fazla kişi bir araya gelmek suretiyle birden fazla kişiye veya bir kişiye karşı da hakaret ve sövme suçlarını işleyebilir⁴⁸. Fail olmak için mutlaka isnat yeteneğine sahip olmaya gerek yoktur. Bir akıl hastasının veya bir çocuğun fail olması mümkündür⁴⁹.

Anayasanın 38. maddesinde düzenlenen cezaların şahsiliği ilkesi doğrultusunda düzenlenen TCK' nın 20. maddesinin 2. fıkrasında tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamayacağı düzenlenmiştir. Buna karşın, tüzel kişilere, güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımların uygulanabileceği kabul edilmiştir. Bu itibarla, TCK' nın 20. maddesi uyarınca tüzel kişiler hakaret suçunun faili olamazlar⁵⁰. TCK' da, tüzel kişilerin güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırıma tabi olup olmadığı hususunun, suçun düzenlendiği normda açıkça gösterildiği anlaşılmaktadır. TCK' nın hakaret ve sövme suçlarını düzenleyen 125. maddesinde tüzel kişilere ilişkin bir düzenleme bulunmadığından, hakaret ve sövme suçları

⁴⁴ TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 91.

⁴⁵ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 222.

⁴⁶ EREM, Faruk, Hakaret ve Sövme, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara 1958, s. 2; ERMAN, s. 2; ÖZBEK, s. 257; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 441; YENİDÜNYA, ALŞAHİN, s.45.

⁴⁷ EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s. 2242.

⁴⁸ ŞEN, s. 534.

⁴⁹ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 222.

⁵⁰ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 222; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 441; YENİDÜNYA, ALŞAHİN, s.45.

bakımından tüzel kişilerin herhangi bir tedbir sorumluluğu bulunmadığı ortaya çıkmaktadır⁵¹.

Ölmüş kişilerin, hayatta iken işlemiş oldukları hakaret ve sövme suçlarından dolayı ceza takibatına maruz kalmaları mümkün değildir. Ancak ölmüş kişinin hayatta iken işlemiş olduğu hakaret ve sövme suçlarından dolayı mirasçılarına karşı hukuk davası açılabilir⁵².

Ölmüş bir kişinin vasiyetnamesinde başkasının onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte sözler bulunması halinde, hakaret ya da sövme suçunun oluşup oluşmayacağı ve bu suçlardan dolayı mirasçılarının sorumlu olup olmayacağı tartışılabilir. Bu durumda yalnız yaşayan insanların suçun faili olması sebebiyle vasiyetnameyi yazanın sorumlu olmayacağı açıktır⁵³. Cezaların şahsiliği ilkesi gereği mirasçıların sorumlu tutulması da düşünülemez⁵⁴. Ancak böyle bir durumda vasiyetnamenin onur, şeref ve saygınlığı rencide edebilecek nitelikte sözler içeren kısmını gereksiz yere aleniyete taşıyan kişinin sorumluluğu gerekir⁵⁵.

1. Hakaret ve Sövme Suçlarının Basın Yoluyla İşlenmesi Halinde Sorumluluk

Hakaret ve sövme suçlarının basın yoluyla işlenmesi halinde, sorumlular 5187 sayılı Basın Kanunun “Cezai Sorumluluk” başlıklı 11. maddesine göre belirlenir. Buna göre, süreli yayınlar ve süresiz yayınlar yoluyla işlenen suçlardan eser sahibi sorumludur. Süreli yayınlarda, eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında bulunması nedeniyle

⁵¹ ÖZBEK, s. 257.

⁵² EREM, Hakaret ve Sövme, s. 2.

⁵³ ERMAN, s. 29.

⁵⁴ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 222.

⁵⁵ ERMAN, s. 30.

Türkiye'de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde, sorumlu müdür ve yayın yönetmeni, genel yayın yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili sorumlu olur. Ancak bu eserin sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlanması halinde, bundan doğan sorumluluk yayımlatana aittir.

Süresiz yayınlarda, eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye'de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde yayımcı; yayımcının belli olmaması veya basım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye'de yargılanamaması hallerinde ise basımcı sorumlu olur.

5187 sayılı Basın Kanununun yukarıda açıklanan bu hükmünün Anayasanın 38. maddesinin 7. fıkrasında yer alan ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırılık teşkil ettiği ileri sürülmektedir⁵⁶.

5187 sayılı Basın Kanununun eser sahibinin sorumluluğunu kabul etmiş olması karşısında, yazı ya da habere kaynak oluşturan haber, beyanat ya da belge veren kişilerin 11. maddeye göre cezalandırılmalarına olanak yoktur. Bu kişilerin yazı veya haberi yazanla birlikte sorumlu tutulabilmeleri için iştirakin genel kurallarının bulunması zorunludur⁵⁷.

⁵⁶ PARLAR, Ali, HATİPOĞLU, Muzaffer, Ceza Hukuku ve Özel Hukukta Hakaret Suçları ve Tazminat Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s. 7; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 441; YENİDÜNYA, ALŞAHİN, s. 46.

⁵⁷ ÇETİN, Erol, Yeni Türk Ceza Yasasındaki Hakaret Suçları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008, s. 266.

5187 sayılı yasadaki olasılıklardan hareketle eser sahibinin belli olmadığı ve nihai sorumluluğunun yayımlatan veya basımcıya ait olduğu durumlarda, yayımcı veya basımcının tüzel kişi olması mümkündür. Bu durumda, failin bir tüzel kişi olması olasılığı gündeme geldiğinden tüzel kişilere özgü güvenlik tedbiri uygulamakla mı yetinilecek, yoksa tüzel kişinin yasal temsilcisinin sorumluluğunun mu kabul edileceği belirsizdir. Bu sorunun Yüksek Mahkeme uygulamaları ile çözüme kavuşturulması gerekmektedir⁵⁸.

2. Hakaret ve Sövme Suçlarının Radyo-Televizyon Yoluyla İşlenmesi Halinde Sorumluluk

Hakaret ve sövme suçlarının radyo ve televizyonlar vasıtasıyla işlenmesi halinde kimlerin sorumlu olacağını belirleyen mevcut iki yasa bulunmaktadır. Bunlardan biri, 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu, diğeri ise 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun' dur.

a. 2954 Sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu Uyarınca Sorumluluk

2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanununun 28. maddesi, hakaret ve sövme suçlarının radyo ve televizyon yayınları yoluyla işlenmesi halinde sorumluları belirlemektedir. 2954 sayılı yasanın 28. maddesinin 1. fıkrası, Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumunun yayınları yoluyla işlenen suçlarda veya haksız fiillerde, yayın tespit yoluyla yapılmışsa, metni yazan veya sesi tespit edilen, bu metni veya tespiti fiilen kontrol eden ve yayını fiilen yöneten ve kontrol eden kişileri sorumlu olarak belirlemiştir. Aynı maddenin 2. fıkrasına göre, Türkiye Radyo ve Televizyon

⁵⁸ TARHAN, Emine Ülker, Yeni Türk Ceza Yasasında Tehdit ve Hakaret Suçları, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s. 300; Farklı görüş için bkz. ÖZBEK, s. 258. (Yazar, bu durumda tüzel kişinin cezai sorumluluğunun devam ettiğini kabul etmektedir.)

Kurumunun, kendilerine tevdi edilen metni aynen okumakla görevli personeli o yayının yönetim ve kontrolünde özel olarak görevlendirilmiş olmamak şartıyla, o yayın yoluyla işlenen suçtan veya haksız fiilden sorumlu tutulamazlar.

2954 sayılı yasanın 28. maddesinin 3. fıkrası ise, Türkiye Radyo ve Televizyon Kurum personelinin sorumlu olmayacağı yayınları belirlemiştir. 2954 sayılı yasanın 18. maddesi uyarınca yayınlanan hükümet bildiri ve konuşmaları, 22. maddesi uyarınca yayınlanan seçimlerdeki siyasi parti propagandaları ve 27. maddesi uyarınca yayınlanan cevap ve düzeltme metinleri yayınlarından sorumlu değildir.

2954 sayılı yasanın 28. maddesinde Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumunun bir ön hazırlık ve tespiti dayanmadan gerçekleştirdiği canlı yayınlarda sorumluluğun kime ait olacağı hususu düzenlenmemiştir. Bu tür canlı yayınlarda hakaret suçunun işlenmesi durumunda, sorumlu tutulması gereken kişi, şerefe saldırı niteliğindeki fiili gerçekleştiren kişidir. Bu durumda, fiile herhangi bir şekilde katılmamış olan yayını yöneten veya denetleyen kişilerin sorumluluklarına gidilemez⁵⁹.

b. 3984 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun Uyarınca Sorumluluk

5278 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 468. maddesi ile 3984 sayılı yasanın 28. maddesine 10. fıkra eklenene kadar, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunda özel radyo ve televizyon kanallarının yayınları yoluyla işlenen suçlardan kimlerin sorumlu olacağına dair bir hüküm bulunmamaktaydı. Bu boşluk karşısında doktrinde, özel radyo ve televizyon

⁵⁹ ÇETİN, s. 325.

kanallarının yayınları yoluyla işlenen suçlardaki ceza sorumluluğunun TCK' nın genel sorumluluk kuralları uyarınca saptanacağı ve yalnız suç oluşturan yayını gerçekleştirenler ile buna iştirak edenlerin sorumlu tutulması gerektiği kabul edilmekteydi⁶⁰.

5278 sayılı yasa ile yapılan değişikliğe kadar, “Özel Radyo ve Televizyonların Kuruluşları İdari ve Mali Şartlar Yönetmeliği”nin 18. maddesinde, yayından doğan sorumluluğun, yayını yöneten ve programı yapanla birlikte sorumlu müdüre ait olduğu belirtilmişti. Ancak bu şekilde idarenin düzenleyici işlemi ile ceza sorumluluğunun kabul edilmesi TCK' nın 2. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz hükmüne aykırılık teşkil etmekteydi⁶¹.

Yukarıda belirtildiği üzere 5278 sayılı yasanın 468. maddesi ile 3984 sayılı yasanın 28. maddesine eklenen 10. fıkra uyarınca radyo ve televizyon yayınları yoluyla işlenen suçlardan dolayı sorumluluk, TCK' nın iştirak hükümlerine göre, yayını yöneten veya programı yapanla birlikte sorumlu müdüre aittir. Ancak sorumlu müdür, incelemesinden geçirilmeksizin veya rızasına aykırı olarak yapılan yayından sorumlu tutulamaz. 3984 sayılı yasanın 28. maddesine 10. fıkra eklenmesiyle beraber sorumluluğun kimlere ait olacağı doktrinde önerilen görüşe paralel bir biçimde belirlenmiştir.

⁶⁰ SÖZÜER, Adem, Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1996, s.125.

⁶¹ ÇETİN, s. 325; PARLAR, HATİPOĞLU, s. 9.

C. Mağdur

Kural olarak mağdur, suçu oluşturan fiilden doğrudan saldırıya uğrayan kimse veya kimselerdir⁶². Bir başka deyişle, mağdur, ceza normu tarafından korunan ve suç tarafından ihlal edilen yani suçun hukuku konusunu oluşturan hukuki varlık veya menfaatin sahibidir⁶³.

TCK' nın 125 maddesinin 1. fıkrasında “bir kimseye” denilmek suretiyle, herhangi bir kişinin bu suçun mağduru olabileceği kabul edilmiştir⁶⁴. Bütün yaşayan insanlar doğumdan itibaren hakaret ve sövme suçlarının mağduru olmaya ehildirler⁶⁵. Ceza hukukunun genel prensipleri gereğince mağdur olabilecek herkes bu suçların mağduru olabilir⁶⁶.

Hakaret ve sövme suçlarının oluşumu bakımından mağdurun sıfatı esas itibariyle önemli değildir⁶⁷. Bununla birlikte mağdur kamu görevlisi olup da, şerefe saldırı niteliğindeki fiil onun yerine getirdiği görevi nedeniyle işlenmişse, TCK' nın 125. maddesinin 3. fıkrasının a bendinde düzenlenen nitelikli hal oluşur⁶⁸. Ayrıca mağdurun sıfatı, cumhurbaşkanına hakaret suçunda olduğu gibi, bazen suçun niteliğinin değişmesi sonucunu doğurur⁶⁹.

⁶² TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 95.

⁶³ HAFIZOĞULLARI, Zeki, Türk Ceza Hukuku Ders Notları, <http://www.zekihafizogullari.com/CezaHukuku%20Ders%20Notlari.pdf>, Erişim Tarihi, 03.09.2010; TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 95.

⁶⁴ ERMAN, s. 31; ÖZBEK, s. 258; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 441; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 106; YENİDÜNYA, ALŞAHİN, s. 46.

⁶⁵ DÖNMEZER, s. 282.

⁶⁶ EREM, Hakaret ve Sövme, s. 9.

⁶⁷ ERMAN, s. 31; ÖZBEK, s. 258.

⁶⁸ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 443.

⁶⁹ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 223; SOYASLAN, s. 235.

Hakaret ve sövme suçlarının mağduru, belirli veya belirlenebilir olmalıdır⁷⁰. Bu suçların mağduru belirlenemediği takdirde, yasada belirlenen şekilde “bir kimsenin” onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte bir hareketin yapıldığı ve hatta bir kimsenin şerefine saldırılmış olduğu kabul olunarak suçun oluştuğu sonucuna varılamaz⁷¹.

Hakaret ve sövme suçlarında herkesin mağdur olabileceği şüphesiz ise de, şerefe saldırı niteliğindeki fiilin tüzel kişilere, topluluklara, temyiz kudretine sahip olmayanlara ve ölümlere yönelmesi halinde farklı tartışmalar ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple, bu sayılanların mağdur kavramı çerçevesinde ayrıca incelenmesi gerekmektedir. Aşağıda TCK’ nın mağdurun belirlenmesi başlıklı 126. maddesinin incelenmesinin ardından yukarıda sayılanların mağdur kavramı çerçevesinde incelenmesine geçilecektir.

1. Mağdurun Belirlenmesi

Hakaret ve sövme suçlarının yöneldiği kişinin bilinmesi ve belirli olması gerekir. Bu itibarla, hedefin belirli olmadığı hallerde bu suçlar oluşmayacaklardır⁷².

Hakaret ve sövme suçlarında failler, çoğu kez fiillerin muhatabı kişilerin belli olmamasına özen göstermekte, böylece cezasız kalmalarını sağlamaya çalışmaktadırlar. Toplumun, suçla mücadelede, suçlunun cezasız kalmamasını sağlamak konusundaki çıkarı ile ifade özgürlüğünün korunmasındaki çıkarı hakaret ve sövme suçlarında “matufiyet ilkesini” nin bulunmasını sağlamıştır⁷³. Kanun koyucu, suçlunun cezasız kalma tehlikesini dikkate alarak mağdurun isminin açıkça

⁷⁰ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 223; ERMAN, s. 31; ÖZBEK, s. 258; ŞEN, s. 534; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 442; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 107.

⁷¹ ERMAN, ÖZEK, s. 257.

⁷² DÖNMEZER, s. 282.

⁷³ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 222.

belirilmiş olmasını zorunluluk olarak kabul etmemiş, mağdurun kim olduğunun kullanılan sözlerden anlaşılabilmesini bu suçların oluşumu bakımından yeterli kabul etmiştir⁷⁴.

TCK' nın 126. maddesinde, “hakaret suçunun işlenmesinde mağdurun ismi açıkça belirtilmemiş ve isnat üstü kapalı geçirilmiş olsa bile, eğer niteliğinde mağdurun şahsına yönelik bulunduğu duraksanmayacak bir durum varsa, hem isim belirtilmiş ve hem de hakaret açıklanmış sayılır” şeklinde düzenleme yapılarak mağdurun isminin açıkça belirtilmemiş ve isnadın üstü kapalı geçirilmiş olması hallerinde de hakaret ve sövme suçlarının oluşacağı kabul edilmiştir.

TCK' nın 126. maddesi uyarınca, failin bir kimsenin adının sadece baş harfini, herkesçe bilinen lakabını veya sıfatını ya da herkesçe bilinen alışkanlıklarını belirttiği durumlarda veya mağdurun kimliğinin kolaylıkla ve kesinlikle tayine elverişli kelimelerin kullanılması halinde mağdur belirlenmiş sayılır⁷⁵. Nitekim Yargıtay bir kararında⁷⁶ sanık tarafından yazılıp apartman panosuna asıldığı iddia edilen yazıda on numaralı dairede oturanlardan bahsedilmesi ve “şahsım yobaz insanları aydınlatamadı” şeklinde şeref saldırı niteliğinde sözlerin bulunması, apartmanın on numaralı dairesinde davacının oturması ve on numaralı dairede oturanın davacı olduğunun yönetici olan sanık tarafından bilinmesi karşısında hakaret suçunun muhatabının davacı olduğunun kabulünün gerektiğine karar vermiştir.

TCK' nın 126. maddesinin gerekçesinde TCK' nın 126. maddesiyle, suçu işleyen tarafından mağdurun kimliğinin açıkça belirtilmediğinde, ne gibi bir

⁷⁴ EREM, Hakaret ve Sövme, s. 9; ERMAN, ÖZEK, s. 257.

⁷⁵ ERMAN, s. 32; ÖNDER, Ayhan, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, Filiz Kitapevi, İstanbul 1994, s. 231.

⁷⁶ 2. CD. 29.09.1997, E. 8498_K. 12256, ÇETİN, s. 129.

durumun varlığı halinde belirtilmiş ve hakaret veya sövmenin açıklanmış sayılacağına ait ölçünün gösterildiği açıklanmıştır. Bu ölçü 765 sayılı yasanın 484. maddesinde “... tereddüt edilmeyecek derecede karineler varsa” şeklinde belirlenmişti. Ancak bu düzenleme maddi meselelerin ve delillerin takdirinde serbestiye sahip olan hakim bu serbestisine karine getirilmek suretiyle müdahale edilmesi olarak kabul edilip, kanun tekniği bakımından eleştirilmişti⁷⁷. TCK’ nın 126. maddesi ise ölçüyü, “...duraksanmayacak bir durum varsa...” şeklinde belirlemiştir⁷⁸. TCK’ nın 126 maddesinde her ne kadar karine kavramına yer verilmemişse de, madde gerekçesinde açıklandığı üzere, “...duraksanmayacak bir durum varsa...” ifadesiyle karine benzeri bir durum yaratılmıştır. Bu karinenin belirlenmesinin takdiri, tamamen hakime aittir⁷⁹. Bu durumda, hakim delilleri serbestçe takdir edecektir. Bir başka deyişle, mağdurun tespit ve teşhis adılmış olup olmadığı hakim takdirine bağlı bir meseledir⁸⁰.

TCK’ nın 126. maddesi esasen ceza yargılamasına ait “ispat” kurumuna ilişkin bir hüküm niteliği taşımaktadır. Bu hüküm olmasaydı dahi, yapılan hakaretin içeriğinden kime yöneltildiği anlaşılan ve niteliği itibariyle hakaret oluşturduğu tespit edilen beyanlardan dolayı fail hakkında cezai sorumluluk söz konusu olacaktı⁸¹.

TCK’ nın 126. maddesi, ifade özgürlüğü çerçevesinde ele alınmalıdır. Hakaret suçu, ifade özgürlüğünü mümkün olan en az ölçüde kısıtlamalı, hakaret ile ifade özgürlüğü arasındaki çatışma ifade özgürlüğü lehine çözülmeye çalışılmalıdır.

⁷⁷ EREM, Hakaret ve Sövme, s. 9.

⁷⁸ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 223. (Yazar, “... duraksanmayacak bir durum varsa...” hükmünün konulmasını, ifade özgürlüğünün alanını keyfi biçimde daralttığı gerekçesiyle eleştirmiştir. Anlamı belirgin olmayan bu hükmün “tereddüde yer vermeyecek derecede karineler varsa şeklinde anlaşılması gerektiğini savunmaktadır.)

⁷⁹ ÖZBEK, s. 259.

⁸⁰ DÖNMEZER, s. 283; ERMAN, s. 32; ÖNDER, s. 231.

⁸¹ ŞEN, s. 551.

Bu itibarla, mağdurun belirlenmiş sayılabilmesi için elde edilen deliller güçlü ve tereddüt oluşturmayacak nitelikte olmalıdır. Delillerin zayıf olması, tereddütlerin bulunması, varsayıma dayanılarak mağdurun belirlenmeye çalışılması bir takım gereksiz alınganlıkları dikkate almak ve ödüllendirmek sonucunu ortaya çıkaracaktır⁸².

TCK' nın 126. maddesi çerçevesinde birkaç kişiye yapılan isnatlarda, hakaret isnadının kime ya da kimlere yapıldığını ayrıca incelemek gerekir. Birkaç kişinin tümü hedef alınmışsa ayrıca mağdurun belirlenmesi gerekmeyecektir. Hedef alınan tüm kişilere, ayrı ayrı isnat yapılmış sayılacak ve tüm kişiler için ayrı ayrı suç oluşacaktır. Ancak bu gibi durumlarda zincirleme suça ilişkin TCK' nın 43. maddesinin 2. fıkrası uygulanacaktır. Birkaç kişiden biri veya bazıları hedef alınmışsa, kimlerin hedef alındığının belirlenmesi gerekecektir. Hedef olunan kişi ya da kişiler belirlenebiliyorsa sadece belirlenen kişiler suçun mağduru sayılacaktır. Hedef alınan kişileri belirlemek mümkün değilse ve orada bulunan birkaç kişinin tümünün hedef alınmadığı da açıkça anlaşılabiliyorsa suç oluşmayacaktır⁸³.

2. Akıl Hastası ve Küçükler

İsnat yeteneği bulunmayan küçüklerin ve akıl hastalarının hakaret ve sövme suçlarının mağduru olup olamayacakları sorunu doktrinde çeşitli tartışmaların yaşanmasına sebep olmuştur⁸⁴.

Doktrinde bazı yazarlar, isnat yeteneği bulunmayan kişiye yönelik şerefe saldırı niteliğindeki fiillerin suç teşkil etmeyeceğini savunmuştur. Bu görüşe göre, şerefe saldırı niteliğindeki fiillerin cezalandırılması ile korunan hukuki değer, onur

⁸² ERMAN, ÖZEK, s. 258.

⁸³ TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 109.

⁸⁴ ERMAN, s. 50; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 106.

şeref ve saygınlık olduğuna göre; mağdurun kendi şeref ve itibarına yönelik saldırıyı hissedebilmesi ve normal bir şekilde değerlendirebilmesi gerekir. Oysa küçüklerin ve akıl hastalarının ayırt etme gücüne sahip olmamaları sebebiyle, isnat yetenekleri bulunmamaktadır. Bu itibarla, küçükler ve akıl hastaları kendilerini saldırıya uğramış olarak hissedecek ve itibarlarını kaybedecek durumda değildirler⁸⁵.

Diğer bazı yazarlar ise, mağdurun küçük veya akıl hastası olmasının suçun oluşumuna engel olmayacağını savunmuştur. Bu görüşü savunan yazarların bazıları ise, küçük veya akıl hastasının mağdur olabilmesinin belirli şartlara bağlı olduğunu kabul etmiştir. Yazarlardan kimisi bir küçüğe yönelik hakaretin, kendisine bir takım görevler yükleyen bir çevrede, mesela bir okulda gerçekleşmesini şart koşarken kimisi, akıl hastalarına yönelik hakaretlerin yalnız hastalıktan önceki döneme ilişkin olmasını şart koşturmuştur. Ancak, bu şartlar gerçekleştiği takdirde küçük veya akıl hastası hakaret suçunun mağduru olabilecektir⁸⁶.

Küçük veya akıl hastasının hakaret suçunun mağduru olup olamayacağına ilişkin olarak öncelikle açıklanması gereken husus hakaret suçunun zarar suçu mu yoksa tehlike suçu mu olduğudur. Bu sorun tereddütlere yol açmaktadır, çünkü, şeref ve saygınlık manevi varlıklardır ve bu kategoriye dahil varlıklar bakımından ne zaman gerçek bir zararın ne zaman sadece bir zarar ihtimalinin gerçekleştiğini belirlemek oldukça güçtür⁸⁷. Doktrindeki egemen görüş, bu suçların tehlike suçu olduğu şeklindedir. Ancak bu suçların soyut tehlike suçu mu, yoksa somut tehlike suçu mu oldu konusunda görüş birliği bulunmamaktadır⁸⁸. Buna rağmen, egemen görüş, hakaret suçunun soyut tehlike suçu olduğu yönündedir. Yani, şerefe saldırı

⁸⁵ ERMAN, s. 50.

⁸⁶ ERMAN, s. 51.

⁸⁷ TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 103-104.

⁸⁸ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 440.

niteliğindeki fiilin mağdurun gerçekten onur, şeref ve saygınlığını rencide etmiş olması aranmayacaktır⁸⁹.

Hakaret ve sövme suçlarında, mağdurun kişisel menfaati yanında toplumun menfaati de korunmaktadır. Bu itibarla, toplumda yaşayan herkesin, isnat yeteneğine sahip olsun ya da olmasın, şerefının farkında bulunsun ya da bulunmasın, saygınlığının korunması toplumun menfaati ve huzuru için gereklidir⁹⁰. Hakaret ve sövme suçlarının soyut tehlike suçu olmaları sebebiyle, mağdurun küçük veya akıl hastası olması, şerefe saldırı niteliğindeki fiilin suç sayılmasına engel değildir⁹¹.

Kişinin sahip olduğu saygınlık ve itibarı kısmen doğuştan kısmen de sonradan kazanılmaktadır. Buna göre, bir genel onur ve şeref vardır ki, kişi şerefe doğuştan ve sırf insan olarak doğmuş olması sebebiyle sahiptir⁹². Bu itibarla, küçük veya akıl hastalarının da kendi şerefleri hakkında sahip oldukları kanaatten bağımsız olarak sırf insan olmaları nedeniyle objektif ve dış şerefe sahip olmalarının kabulü zorunludur. Yani, küçük veya akıl hastaları da hakaret suçunun mağduru olabilecektir⁹³.

Bir küçüğe veya akıl hastasına yönelik şerefe saldırı niteliğinde fiil gerçekleştirilmesi halinde, şikayet hakkını veli veya vasisi kullanabilir⁹⁴. Ayırt etme

⁸⁹ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 212; EREM, Hakaret ve Sövme, s. 3; ERMAN, s. 124; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 440; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 107; YENİDÜNYA, ALŞAHİN, s. 68; Karşı görüş için bkz. ÖZBEK, s. 266. (Yazara göre, hakaret suçu somut tehlike suçudur.)

⁹⁰ ERMAN, s. 52.

⁹¹ TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 107

⁹² KILIÇOĞLU, s. 61.

⁹³ ÇETİN, s. 16; ERMAN, s. 53; ÖNDER, s. 226; ÖZBEK, s. 259; TARHAN, s. 297; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 441; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 107.

⁹⁴ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 222.

gücüne sahip olan küçük ise, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olan şikayet hakkını, yasal temsilcisinin rızasına ihtiyaç duymadan tek başına kullanabilecektir⁹⁵.

3. İşlemiş Oldukları Suç veya Kötü Yaşamları Sebebiyle Şereften Yoksun Addedilenler

Mağdurun küçük veya akıl hastası olmasına benzer bir durum da doktrinde “şereften yoksun” addedilenler kimselerin durumudur. Yüz kızartıcı bir suçtan mahkum olan veya kamuoyunca bazı sebeplerden ötürü (dilencilik, serserilik veya fahişelik gibi işlerle uğraşanlar) şereften yoksun oldukları kabul edilen kimselerin korunmaya değer bir şereflerinin olmadığı ve sonuç olarak böyle bir kimseye karşı yapılan şerefe saldırı niteliğindeki fiilin, suçun hukuki konusunun bulunmaması sebebiyle, suç sayılamayacağı ileri sürülmüştür⁹⁶.

Bu konuda göz önünde tutulması gereken husus, herkesin asgari bir şeref ve itibarının var olduğu ve bunun sadece insan olma vakıası gereği bütün kişiler için ortak olduğudur. Bu şeref ve itibara herhangi bir kişi yönünden saygı gösterilmelidir. Kişi ister yüz kızartıcı suç işlemiş olsun, ister toplum tarafından tasvip edilmeyen bir meslekle uğraşıyor olsun, her halükarda şerefine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir⁹⁷.

Doktrinde egemen görüş, “şeref yoksunu” addedilen kimselerin de hakaret suçunun mağduru olabileceği yönündedir⁹⁸. Bu itibarla kimsenin kimseye “katil”, “fahişe”, “hırsız” demeye hakkı yoktur.

⁹⁵ GÜNGÖR, Devrim, 5237 ve 5271 Sayılı Kanunlar Işığında Şikayet Kurumu, Yetkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 48.

⁹⁶ ERMAN, ÖZEK, s. 265.

⁹⁷ TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 105.

⁹⁸ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 223; ÇETİN, s. 17; EMAN, s. 53; ÖNDER, s. 226; ÖZBEK, s. 259; TARHAN, s. 297; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 442; YENİDÜNYA, ALŞAHİN, s. 47.

4. Tüzel Kişiler

Tüzel kişilerin hakaret ve sövme suçlarının mağduru olup olamayacakları tartışmalı bir husustur. 765 sayılı yasa döneminde tartışmalı olan bu durum, TCK'nın yürürlüğe girmesinden sonra da tartışılmaya devam edilmektedir.

Kural tüzel kişilerin bu suçların mağduru olamayacağıdır. Bununla beraber, tüzel kişilerin de şerefe saldırı niteliğinde fiillere maruz kaldıkları fiili örneklerle sabittir. Hatta fiili toplulukların (mesela bir gazetenin hakarete uğraması) dahi koruma görebileceği ileri sürülmüştür⁹⁹.

Tüzel kişilerin hakaret ve sövme suçlarının mağduru olup olmayacakları tartışılırken iki klasik teoriden hareket edilmektedir. Farazilik teorisini savunan yazarlara göre, tüzel kişi bu suçların ne faili ne de mağduru olabilir, çünkü, tüzel kişilerin kendini meydana getiren gerçek kişilerin şerefinden ayrı ve bağımsız korunmaya değer bir şerefi bulunmamaktadır. Tüzel kişilere tanınmış kişilik, medeni haklar, yani mameleki haklar bakımından söz konusudur, bu haklar kapsamında bulunmayan “şeref hakkı” kendilerine tanınmamıştır. Tüzel kişilerin gerçek bir varlığı bulunmamaktadır, tüzel kişilerin varlığı bir faraziyeye dayanmaktadır. Bu itibarla, kendilerine yönelik saldırıyı hissetmek kabiliyetleri bulunmamaktadır. Yani, tüzel kişilere karşı işlenen hakaret ve sövme suçlarının mağduru ancak tüzel kişiye üye olan gerçek kişiler olabilecektir¹⁰⁰.

Bazı yazarlar ise, gerçeklik teorisinden hareket ederler. Bu yazarlara göre, tüzel kişilerin medeni haysiyet ve itibarla çevrili gerçek bir varlığı bulunmaktadır. Tüzel kişiler sosyal ve özellikle iktisadi hayatın zorunlu bir unsurudur. Tüzel

⁹⁹ EREM, Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, s. 2249.

¹⁰⁰ ERMAN, s. 36; ÖZEN, Muharrem, “TCK Tasarısının Tüzel Kişilerin Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış”, AÜHFD, C. 52, S. 1, s. 65.

kişilerin medeni ve mameleki haklara sahip olması özellikle iktisadi alanda kendilerine özgü bir şeref hakkına sahip olmalarını zorunlu kılar. Yani, tüzel kişiler hakaret ve sövme suçlarının mağduru olabilecektir, ancak tüzel kişilerin temsilcileri tüzel kişi adına hareket edecektir¹⁰¹.

Doktrinde egemen görüş, bütün tüzel kişilerin özellikle de ticaret şirketlerinin kendine özgü bir saygınlığı bulunduğu yönündedir¹⁰². Gerçekten sadece kişilere karşı işlenebilen suçlar olduğu gibi (adam öldürme, yaralama gibi), tüzel kişilere karşı da işlenebilen suçlar (konut dokunulmazlığının ihlali, bankacılık sırrının açıklanması gibi) bulunmaktadır. Tüzel kişinin kendine özgü bir kişiliği, adı, konutu ve sırrı olduğunun kabulü karşısında, kendine has şerefının ve itibarının da bulunduğu kabulü zorunludur. Suçun niteliğinden aksi anlaşılmadıkça tüzel kişiler ceza hukuku anlamında mağdur olabilecektir¹⁰³. Nitekim Yargıtay'ın da 765 sayılı yasa döneminde tüzel kişilerin de hakaret suçuna hedef olabileceklerini açıklayan kararları¹⁰⁴ bulunmaktadır.

Doktrinde bazı yazarlar ise, tüzel kişilerin hakaret suçunun mağduru olamayacağını savunmaktadır¹⁰⁵.

Doktrinde ileri sürülen görüşlerin ardından, TCK' nın 125.maddesinde kanun koyucunun konuya ilişkin iradesini incelemek gerekir. TCK' nın 125. maddesinde hakaret ve sövme suçlarında mağdur, gerçek kişileri ifade eden “kimse” ibaresiyle

¹⁰¹ ERMAN, s. 37.

¹⁰² DÖNMEZER, s. 284; ERMAN, s. 38; ÖZBEK, s. 258; TARHAN, s. 294; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 443; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 108.

¹⁰³ ERMAN, s. 38.

¹⁰⁴ “Şirket aleyhine olan hakarete maneviye namına mümessilleri tarafından dava açılabilmesine ve reis ve Murahhas aza imzalarıyla verilen dilekçenin şirket namına kanuna uygun bir şikayetname olmasına nazaran aksini müdafaa eden tebligatnamedeki mütalaa yerinde değildir”, 4. CD. 10.07.1951, E. 54982_K. 5482, DÖNMEZER, s. 284.

¹⁰⁵ PARLAR, HATİPOĞLU, s. 9; SOYASLAN, s. 234; ÜZÜLMEZ, İlhan, “Hakaret Suçu”, CHD, S. 12, s. 44; YENİDÜNYA, ALŞAHİN, s. 68.

belirlenmiştir. Ayrıca 125. maddenin son fıkrasında, 765 sayılı yasanın aksine, kurulların dahi bu suçların mağduru olamayacakları, bu suçların kurulu oluşturan üyelere karşı işlenmiş sayılacağı, ancak bu durumda tek bir suçtan dolayı ceza verileceği ve bunun TCK' nın 43. maddesinin 2. fıkrasına göre artırılacağı öngörülmüştür. Bütün bu hükümler TCK' ya göre tüzel kişilerin hakaret ve sövme suçlarının mağduru olamayacakları gerçeğini ortaya koymaktadır¹⁰⁶.

5. Tüzel Kişiliği Olmayan Topluluklar

Doktrinde kişi topluluklarının belirli koşullar altında hakaret ve sövme suçlarının mağduru olabileceği kabul edilmiştir¹⁰⁷. Belirtmek gerekir ki, bu suçlar bir topluluğa yönelik olarak gerçekleşebileceği gibi bir arada bulunan birkaç kişi de hedef olabilecektir. Ancak kişi topluluklarına yönelik hakaret ve sövme ile birden fazla kişiye aynı anda ve aynı sözle hakaret ve sövmeyi birbirine karıştırmamak gerekir. Birden fazla kişiye aynı anda ve aynı sözle hakaret ve sövme daha çok içtima konusunu ilgilendiren bir durumdur¹⁰⁸.

Birden fazla kişiye aynı anda ve aynı sözle hakaret ve sövme halinde, bir arada bulunan herkes suçun mağduru durumundadır ve mağdur sayısınca suçun oluştuğu kabul edilir¹⁰⁹. 765 sayılı yasa döneminde Yargıtay'ın konuya ilişkin farklı uygulamaları bulunmaktaydı. Birden fazla kişiye aynı anda aynı sözle hakaret ve sövme halinde, Yargıtay'ın birden fazla kişinin topluluk oluşturma sebebiyle topluluğun tümünün hedef alındığını ve tek suç oluştuğunu açıklayan kararları¹¹⁰

¹⁰⁶ TARHAN, s. 294; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 108.

¹⁰⁷ ERMAN, s. 33; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 443.

¹⁰⁸ ERMAN, s. 33.

¹⁰⁹ DÖNMEZER, s. 279; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 443.

¹¹⁰ CGK. 04.05.1987, E. 9-127_K. 253, TARHAN, s. 296.

yanında aynı durumda, mağdur sayısının suçun oluştuğunu açıklayan kararları¹¹¹ da bulunmaktaydı. Ancak TCK’ nın yürürlüğe girmesinin ardından sorunun çözüme kavuşturulduğu söylenebilir. TCK’ nın 43. maddesinin 2. fıkrası “ aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra (zincirleme suç) hükmü uygulanır” şeklinde düzenlenmiştir. TCK’ nın 125. maddesinin son fıkrasında ise 43. maddenin 2. fıkrasına atıf yapılmak suretiyle kanun koyucunun, zincirleme suça ilişkin hükmün uygulanacağını bildirmesi uyarınca, yasanın tek suçun oluşacağını kabul ettiği açıkça ortaya konulmuştur. Yani, TCK’ nın 43. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, tek bir fiille birden fazla kişiye hakaret ve sövme halinde mağdur sayısının suç oluşmayacak, açık hüküm uyarınca zincirleme suç sayılarak “tek suç” kabul edilecek ve cezanın yasada belirlenen oranda artırılması yoluna gidilecektir¹¹². Ancak TCK’ nın 43. maddesinin 2. fıkrası zincirleme suç esasına aykırılık teşkil etmektedir¹¹³. Aynı suçun birden fazla kişiye karşı “bir tek fiille” işlenmesi mümkün değildir. Maddede geçen “tek bir fiille” ibaresinin “tek bir davranışla” şeklinde anlaşılması gerekmektedir¹¹⁴. Bu itibarla, TCK’ nın 43. maddesinin 2. fıkrasında kabul edilen “tek suçun varlığı” nın kabulünün yerinde değildir ve esasen tek bir hareketle birden fazla kişiye hakaret ve sövme halinde birbirinden ayrı suçlar oluşmaktadır ve her bir suç için ayrı bir ceza verilmesi gerekmektedir¹¹⁵.

¹¹¹ 4. CD. 08.10.2002, E. 11612_K. 14284, TARHAN, s. 296.

¹¹² TARHAN, s. 296; YENİDÜNYA, ALŞAHİN, s. 70.

¹¹³ HAFIZOĞULLARI, Türk Ceza Hukuku Ders Notları, <http://www.zekihafizogullari.com/CezaHukuku%20Ders%20Notlari.pdf>, (Yazara göre, mağdurun aynı kişi olmaması halinde zincirleme suçu kabul etmeyen kanun, fiil tek ise, mağdur kişilerin farklı olmasını gözetmeksizin birden çok suçun esasını oluşturan “bir suç işleme kararındaki birlik” unsurunu aramamaktadır. Kanunun kaldırma başarısı gösterdiğini iddia ettiği kusursuz sorumluluk başka bir ad altında kabul edilmiştir.)

¹¹⁴ ŞEN, s. 531-532; TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 315.

¹¹⁵ ŞEN, s. 534.

Kişi topluluklarının hakaret ve sövme suçlarının mağduru olup olamayacakları hususunda şerefe saldırı niteliğindeki fiilin yöneldiği topluluğun geniş veya dar olması durumu ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Hakaret ve sövme suçlarının yöneldiği topluluk genişledikçe mağdurun belirli veya belirlenebilir olması imkanı ortadan kalkacaktır. Dolayısıyla hakaret ve sövme suçu da oluşmayacaktır. Örneğin bir şehrin, bir köyün, doktorlar, mimarlar, avukatlar gibi bir sosyal sınıfın hedef alınması halinde suç oluşmayacaktır. Ancak hakaret ve sövme suçlarının yöneldiği topluluk daraldıkça topluluğu oluşturan kişilerin teşhisi imkanı mümkün hale gelecektir. Dolayısıyla kişi topluluğunun kişileri, sınırlanmış ve teşhis edilebilir hale geldiği takdirde mağdurun belirlenebilmesi şartı gerçekleşeceğinden hakaret ve sövme suçları oluşacaktır. Örneğin, bir apartmanda oturan mezhep mensuplarına yönelik hakaret ve sövme halinde mağdur teşhis edilebileceği için hakaret ve sövme suçları da oluşacaklardır¹¹⁶. Yargıtay da ilgili topluluğun açıkça sınırlandırılmış ve belirlenmiş olması ve fiilin belirli ve teşhis edilebilir kişilerle ilişkilendirilmesi halinde hakaret ve sövme suçlarının oluşacağını kabul etmiştir¹¹⁷. Bu durumda topluluğu oluşturan tüm kişilerin şikayet hakları bulunsa da¹¹⁸, mevzuattaki açık hüküm gereği tek suçun varlığı kabul edilecek, ancak, verilen ceza zincirleme suç hükümleri uyarınca artırılabacaktır. Hakaret ve sövme suçlarının belirli bir aileye

¹¹⁶ ERMAN, s. 34; ÖNDER, s. 228; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 443.

¹¹⁷ “Tüzel kişiliği haiz olmayan bir topluluğa karşı hakarete mağdur; belirli ve müşahhas bulunduğu takdirde suç oluşur ve toplulukla ilişkili herkes, dava açmaya yetkilidir. Sanık, mağduru muhatap tutarak ‘siz, Egeli değil misiniz, hepiniz i...dir, Egeliler o... çocuğudur’ diye sövdüğü... Ege’li topluluğu içerisinde mağduru da açıkça belirttiği cihetle... Egelileri temsile yetkisi olmadığı ve bu bakımdan dava ehliyeti de olmadığı ve ona hitap eder nitelikte bulunmadığından bahisle, sanığın beraatına karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir”, 2. CD. 09.02.1982, E. 810_K. 781, YENİDÜNYA, ALŞAHİN, s. 49.

¹¹⁸ EREM, Hakaret ve Sövme, s. 66; ERMAN, ÖZEK, s. 259.

yönelmesi halinde de suç oluşacak ve ailenin her bireyi şikayet hakkına sahip olacaktır¹¹⁹.

Konuyla ilgisi bakımından dolayısıyla hakareti de incelemek gerekir. Bazen belirli bir kimseye yönelmiş şerefe saldırı niteliğindeki fiil diğer bir şahsın da şerefini ihlal edebilir¹²⁰. Şerefe saldırı niteliğindeki fiilin yönelik olduğu kimseye akrabalık ve evlilik yoluyla bağlı kimseler şeref ve itibar bakımından bir birlik içerisinde. İşte şerefe saldırı niteliğindeki fiilin, yöneldiği kişiden başka bir kişinin de şerefini ihlal etmesi halinde kaynağını Roma Hukukunda bulan dolayısıyla hakaret söz konusu olmaktadır¹²¹. Örneğin, bir kadına başka bir erkekle cinsel ilişkide bulunduğu isnadı, kadının kocası bakımından dolayısıyla hakaret teşkil eder. Bu durumda, dolayısıyla hakarete uğrayan kocanın da şikayet hakkı bulunmaktadır¹²². Bu tür durumlarda, tek bir fiille işlenmiş birden fazla hakaret suçu olduğundan zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır¹²³. Dolayısıyla hakaret konusuna maddi unsur başlığı altında tekrar dönülecektir.

Belirli ya da belirlenebilir bir kişi ya da topluluğu hedef almayan şerefe saldırı niteliğindeki fiiller, TCK’ da “Kamu Barışına Karşı Suçlar” başlığı altında yer alan 213 ile 217. maddelerdeki suçlardan birini oluşturabilecektir. Örneğin, fail “Şu dinden olanlar geri zekalıdır.” gibi sözler kullandığında belirli bir kişi hedef alınmadığı için hakaret ve sövme suçlarından değil fakat TCK’ nın 216. maddesinin

¹¹⁹ EREM, Hakaret ve Sövme, s. 66; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 443.

¹²⁰ EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s. 2250; ERMAN, s. 84.

¹²¹ ERMAN, s. 85.

¹²² EREM, Hakaret ve Sövme, s. 10; ERMAN, ÖZEK, s. 276

¹²³ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 444.

2. fıkrasında düzenlenen halkın bir kemsini aşağılama suçundan cezalandırılabilir¹²⁴.

6. Ölüler

Ölülerin hakaret ve sövme suçlarının mağduru olup olamayacaklarına ilişkin iki temel görüş bulunmaktadır¹²⁵

Birinci görüşe göre, ölülerin hakaret ve sövme suçlarının faili ya da mağduru olmaları mümkün değildir. Bu görüşü savunanlara göre; her suç belirli bir kişinin hakkını ihlal eder ve bu hakkın sahibi kişinin yaşıyor olması gerekir. Oysa mağdurun ölmüş olması halinde ortada bir hak sahibi yoktur. Tarihi gerçeklerin özgürce ve endişeden uzak bir biçimde açıklanabilmesi toplumun yararına. Tarihin özgürce tartışılabilmesi, tarihi öğrenmekten beklenen faydanın gerçekleşebilmesi için ölülerin bütün filleri gelecek kuşakların takdirine terk edilmelidir¹²⁶.

İkinci görüşe göre ise, ölüler bu suçların mağduru olabilirler. Bu görüşü savunanlara göre; ölülerin bu suçların mağduru olabileceğinin kabulü tarihinin bağımsızlığını olumsuz yönde etkilemeyecektir. Tarihçi hiçbir endişeye kapılmadan tarihi gerçekleri açıklayabilecektir. Ancak bu durum, tarihi bir değer taşıyan yazılar ve sözler için geçerli olacaktır. Fail, tarihi bir gerçeği anlatıyor bahanesiyle ölü bir şahsa şahsi kin ve nefretini dile getiremeyecektir¹²⁷.

Yukarıda ölülerin hatırasına karşı işlenen hakaret ve sövme suçlarının bağımsız bir suç olarak kabul edilip edilemeyeceği, kabul edilecek olması halinde ortaya çıkan tartışmalar ve dayanaklarına değinildi. Konuya ilişkin esas tartışma ise

¹²⁴ ŞEN, s. 534.

¹²⁵ ERMAN, s. 56.

¹²⁶ ERMAN, s. 56.

¹²⁷ ERMAN, s. 57

ölülerin hatırasına karşı hakaret ve sövme suçlarının nasıl vasıflandırılacağı konusundadır.

Ölünün hatırasına karşı işlenen hakaret ve sövme suçlarının nasıl vasıflandırılması gerektiği hususunda yazarlar arasında görüş birliği bulunmamaktadır. Yazarların bazıları, ölünün hatırasına karşı şerefe saldırı niteliğindeki fillerinin bizzat ölünün şeref hakkını ihlal ettiğini savunmaktadır, Bu yazarlara göre; kanun, sadece ilgili suçlar bakımından ölünün kişiliğinin devam ettiğini bir faraziye olarak kabul etmektedir. Bu görüş, kişiliğin ölümle son bulması ve böyle bir istisnanın suni olacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir¹²⁸.

Diğer bir grup yazara göre ise, ölünün hatırasına karşı hakaret ve sövme halinde, asıl mağdurun ölünün hayatta olan halefleri veya bağımsız bir varlık sıfatıyla ailesidir. Bu görüş, ölünün yakınlarının ölüyü temsil etmemesi ve bu sebeple ölünün şerefının değil aile veya haleflerinin şereflerini korumayı amaçladığı, gerekçesiyle eleştirilmiştir. Ayrıca ölünün arkasında ailesi bulunmadığı takdirde hakaret fiilinin cezasız kalacağı ileri sürülmüştür¹²⁹. Türk doktrinde egemen görüş, ölülerin hatırasına karşı işlenen hakaret ve sövme suçlarının mağdurunun, ölünün belli derecedeki yakınları olduğudur. Hatırasına saldırılan ölü değil, ölünün yakınlarının ölü ile ilgili hatıralarıdır¹³⁰. TCK 'nın 130. maddesinden anlaşılabacağı üzere, kanun koyucunun, ölünün hatırasına karşı hakaret ve sövme suçlarının vasfına ilişkin iradesi bu görüşe dayanmaktadır. Yukarıda değinildiği üzere doktrindeki, ölünün hatırasına karşı işlenen hakaret ve sövme suçlarının mağdurunun ölenin belli

¹²⁸ ERMAN, s. 58.

¹²⁹ ERMAN, s. 59.

¹³⁰ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 223; DÖNMEZER, s. 482; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 442; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 108.

derecedeki yakınlarının olduğu, şeklindeki egemen görüşün dayanağını da bu görüş oluşturmaktadır.

Ölünün hatırasına karşı işlenen hakaret ve sövme suçlarının nasıl vasıflandırılacağına ilişkin üçüncü bir görüş vardır ki; bu görüş, tek bir yazar tarafından savunulmuştur. Yazara göre, kişi ölmekle nasıl maddi bir malvarlığı bırakıyorsa, aynı şekilde manevi bir malvarlığı da terk etmektedir. Bu manevi malvarlığına saldırı, esasta ölünün şerefini ihlal eder. Ölülerin şerefine saldırı ölülere saygıyı öngören genel ve sosyal duyguya saldırı demektir. Bu itibarla, ölenin şerefine saldıran kimse kişisel bir hak değil, sosyal bir hak ihlal etmiştir ve bu sebeple cezalandırılmalıdır. Ölünün arkasında aile veya halef bırakmamış olması da söz konusu olabileceği için, ölünün hatırasına karşı işlenen hakaret ve sövme suçlarının re'sen takibi gerekmektedir¹³¹.

TCK' nın 130. maddesinde düzenlenen ölünün hatırasına karşı hakaret ve sövme suçlarına benzer bir düzenleme 765 sayılı yasada bulunmamaktaydı. Sadece şikayet başlığını taşıyan 488. maddenin 2. fıkrasında “eğer kendisine tecavüz olunan kimse şikayet vermezden evvel vefat eder veya bu cürümler ölmüş bir adamın hatırasına karşı irtikap olunursa bundan dolayı müteveffanın karısı ve usul ve fûruu veya kardeş ve kız kardeşleri ve usul ve fûruu derecesinde sıhri akrabası veya doğrudan doğruya vereseşi bulunan kimseler tarafından şikayetname verilebilir” düzenlemesi bulunmakta ve buradan yola çıkarak da ölünün hatırasına hakaret ve sövme de suç olarak kabul edilmekteydi¹³².

¹³¹ ERMAN, s. 60.

¹³² ÖZBEK, s. 278.

TCK ise “kişinin hatırasına hakaret” başlığını taşıyan 130. maddesi ile ölüm ile birlikte “kişi” olmaktan çıkan “ölüyü” cezai himayenin konusu yapmıştır. Ölünün cezai himayenin konusu olmasında herhangi bir sakınca bulunmamaktadır. Ancak ölünün kişi ya da şey olmaması sebebiyle, “Kişilere Karşı Suçlar” arasında cezai himayenin konusu olması düşünülemez¹³³. Ölülere saygı bir duygudur. Bu duygu, sosyal bir ahlak vakıasıdır¹³⁴. Bu itibarla, ölülerine saygılı olan uygar uluslar, ölüyü, Din hürriyetine karşı suçlar arasında cezai himayenin konusu yapmaktadırlar¹³⁵. Oysa kanun koyucu Anayasanın 24. maddesinin teminatı olan “Din hürriyetine karşı suçları” büyük bir başarıyla “buharlaştırmıştır”. Kanun koyucu Anayasanın 2, 10, 24, AİHS’ in 9, 10, 14 ve Medeni Kanunun 24. maddesine aykırı olarak Din hürriyetini ihlal eden davranışları, kendi kabul ettiği sisteme uygun olarak örneğin, “Topluma Karşı Suçlar” arasında düzenlemesi gerekirken, “Kişilere Karşı Suçlar” arasında düzenleyerek, hukuk düzeninde ferdi-toplumsal bir kurum olan ve “kişi” ile hiçbir ilişkisi bulunmayan kutsal Dini, kişinin bir niteliği saymıştır. Böyle bir düzenlemenin demokratik, laik bir toplum ve hukuk düzeninde yeri olduğunu düşünmek mümkün değildir. Bu düzenleme ancak teokratik bir toplum ve hukuk düzeninde görülmesi olası ilginç bir düzenlemedir¹³⁶.

TCK’ nın 131. maddesinin 2. fıkrası, ölüye karşı hakaret ve sövme suçlarının takibini, suçun mağduru olmamalarına rağmen, ölenin ikinci dereceye kadar üstsoy ve altsoy, eş veya kardeşlerinin şikayetine bağlamış bulunmaktadır. Bu hüküm karşısında, ikinci dereceye kadar üstsoy ve altsoyu, eşi veya kardeşleri olmayan ölülere karşı saldırılar suç sayılmayacaktır. Kanunun düzenlemesi doğru değildir.

¹³³ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 239.

¹³⁴ EREM, Faruk, “Ceza Hukuku Bakımından Vicdan ve Din Hürriyeti”, AÜHFD, C.8, S. 3-4, s. 68.

¹³⁵ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 239.

¹³⁶ HAFIZOĞULLARI, “Türk Ceza Kanununda Şerefe Karşı Suçlar”, <http://www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/makale.htm>.

Ölüye karşı hakaret ve sövme suçlarının re' sen takip edilmesi gereken suçlar biçiminde düzenlenmesi gerekirdi. Ölüler arasında fark gözetilmesi uygar toplum kuralları ile de çelişmektedir. Bunun yanında, bu düzenleme karşısında, eğer suçun mağdurunun kişi olduğu kabul ediliyorsa, bir kısım kişileri cezai himayeden yararlandırırken, aynı durumda olan diğer bir kısım kişileri cezai himayenin koruması dışında bırakmak kuşkusuz kanun önünde eşitlik ilkesinin ihlali olarak değerlendirilecektir¹³⁷.

D. Maddi Unsur

Modern ceza hukuk yönünden suç, her şeyden önce kaynağını insandan alan bir fiilden ibarettir¹³⁸. Suçun maddi unsurunu oluşturan fiil, hakaret suçunda, bir düşünce açıklamasıdır. Düşünce; söz, ses, işaret, yazı ve görüntü ile ifade edilebileceği gibi ima, soru veya mizah şeklinde de ifade edilebilir¹³⁹.

TCK' nın hakaret başlığını taşıyan 125. maddesi “(1) Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır. Mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için fiilin en az üç kişiyle ihtilât ederek işlenmesi gerekir.

(2) Fiilin, mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkra da belirtilen cezaya hükmolunur” şeklinde düzenlenmiştir.

¹³⁷ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 243.

¹³⁸ TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 111.

¹³⁹ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 225; HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 223; ŞEN, s. 534.

Hakaret ve sövme suçlarında kanunca suç olarak tanımlanan fiil, ortak yanları olmakla birlikte, özünde birbirinden farklıdır¹⁴⁰. Bu itibarla, bu çalışmada hakaret ve sövme suçlarının fiilleri ayrı ayrı incelenecektir

Hakaret ve sövme suçlarının maddi unsurunu düzenleyen TCK' nın 125. maddesinin 1. fıkrasının 765 sayılı yasada yer alan hakaret-sövme ayrımını kaldırmış olduğu, hakaret ve sövmeyi aynı suçun seçimlik hareketi olarak düzenlemiş olduğu iddia ediliyor¹⁴¹ olsa da hakaret ve sövme suçları klasik yapıları itibariyle birbirine benzeyen ancak esasen birbirinden farklı suçlardır¹⁴². 765 sayılı yasanın 480. maddesinin 1. fıkrasında “madde-i mahsusa tayin ve isnat” şeklinde tanımlanan hakaret suçu, TCK' nın 125. maddesinde, hakaret suçunun maddi unsuru olarak “somut bir fiil veya olgu” isnat etmek şeklinde ifade edilmiştir. 765 sayılı yasanın 482. maddesinde “...bir kimsenin namus veya şöhret veya vakar ve haysiyetine taarruz” şeklinde tanımlanan sövme suçunun maddi unsuru ise, 125. maddede “sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldırı” şeklinde ifade edilmiştir. Yani, TCK' nın 125 maddesinde hakaret ve sövme suçları, tek madde hükmü altında ve sadece “hakaret” başlığı düzenlenmiş olsa da, esasen hakaret ve sövme suçu ayrımının devam ettiğini gösteren bir düzenleme yapılmıştır. Hakaret suçunun maddi unsurunun somut bir fiil veya olgu isnat etmek, sövme suçunun maddi unsurunun ise sövmek olduğunu kabul eden kanun koyucu, bu kabul ile, kaldırdığını iddia ettiği hakaret ve sövme suçu ayrımını gerçek anlamda gerçekleştirememiş bilakis hakaret ve sövme suçlarının tek madde hükmü altında düzenlenmiş olması halinde dahi birbirine benzer ancak esasta klasik yapıları

¹⁴⁰ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 223.

¹⁴¹ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 228; PARLAR, HATİPOĞLU, s.10; ŞEN, s. 534; TARHAN, s. 277; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 446.

¹⁴² HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 222.

itibariyle birbirinden farklı suçlar olduğunu bir kez daha gözler önüne sermiştir¹⁴³. Bu itibarla hakaret ve sövme suçlarının maddi unsurları ayrı başlıklar altında incelenecektir.

Hakaret ve sövme suçu ayrımı halen birçok hukuk sisteminde kabul edilen bir ayrımdır. Birçok farklı hukuk sisteminde, hakaret ve sövme ayrımında benimsenecek kriterin belirlenmesine yönelik çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşler üç ana başlık altında toplanmıştır. Bunlardan birincisi, tahkirin (aşağılama) mağdurun huzurunda veya gıyabında gerçekleşmesine göre yapılan ayrımdır. Buna göre, tahkirin yöneldiği mağdur, fiilin icrası sırasında hazırsa kendini savunma ve iddiayı yalanlama imkanına sahiptir. Bu nedenle daha hafif bir suç şekli olan sövme suçu oluşur. Gıyapta gerçekleşen tahkir halinde ise mağdurun kendini savunacak imkanı yoktur. Bu sebeple gıyapta gerçekleşen tahkir, şeref saldırı niteliğindeki fiillerin en ağır şekli olan hakaret suçunu oluşturur. Tahkirin mağdurun huzurunda veya gıyabında gerçekleşmiş olmasına göre yapılan ayrımın doğal sonucu, gıyapta hakaretin cezasının huzurda hakaretin cezasından daha ağır olması gerektiğidir¹⁴⁴. İtalyan ve Alman Ceza Kanunu mağdurun huzurda veya gıyapta bulunmasına dayanan kriteri esas alarak hakaret ve sövme suçu ayrımına yer vermiştir. Ancak bu sistem, hazır bulunan mağdurun çekingen olması veya sosyal mevkiinin derhal karşılık vermeye elverişli olmaması halinde ne yapılması gerektiği konusuna çözüm getirmediği için eleştirilmiştir¹⁴⁵.

İkinci sistem, hakaret ve sövmeyi aleniyet unsuruna dayanarak ayırmayı kabul etmiştir. Bu sistemde tahkir aleni olarak gerçekleşirse hakaret suçu oluşur, aksi

¹⁴³ DONAY, Süheyl, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Beta Yayınevi, İstanbul 2007; HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 221-222.

¹⁴⁴ EREM, Hakaret ve Sövme, s. 8; ERMAN, s. 64-65.

¹⁴⁵ ERMAN, s. 65.

takdirde sövme suçu oluşacaktır. Bu sistem İngiltere ve Fransa'da kabul edilen bir sistemdir. Ancak bu ayırım, suçun işlendiği yer ve vasıtayı dikkate almaktadır. Bu sebeple suçun vasfını belirlemede aleniyetin belirleyici bir unsur olamayacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir¹⁴⁶.

1881 Fransız Basın Kanunu ile 1889 İtalyan ve 765 sayılı TCK tarafından kabul edilen üçüncü bir sisteme göre kabul edilen kriter ise, mağdura yönelik tahkirin somut bir fiil isnadı suretiyle gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Bu sisteme göre, tahkir somut bir fiil isnadı suretiyle gerçekleştiği takdirde hakaret suçu oluşacaktır. Tahkir, somut bir fiil isnadı olmaksızın, genel anlamda şerefe saldırı niteliğine sahip bir tabirin kullanılması suretiyle gerçekleştiği takdirde sövme suçu oluşacaktır. Bu sistemi kabul edenlere göre, sövme halinde fail mağdur hakkında subjektif takdirini, şahsi düşüncesini beyan etmektedir. Ancak hakarete, takdir ve düşüncesine esas oluşturan somut bir olay da açıklamaktadır. Hakareti öğrenen üçüncü şahıslar mağdur hakkında kötü bir değer hükmü vermeye davet edilmek suretiyle aktif rol oynamaktadır. Hakaret suçu, daha inandırıcı somut olaya dayanan isnatlar içermesi sebebiyle daha fazla haksızlık içermektedir ve cezası daha ağır olmalıdır. Ancak bu sistem; somut bir fiil isnadı suretiyle tahkirin daha ağır olduğu iddiasının ispatlanamamış bir faraziye olması, tahkirin somut bir fiil isnadı içerip içermediğinin tespitinin oldukça güç olması ve somut bir fiilin isnadı olmaksızın da mağdurun şerefının ağır bir şekilde ihlal edilebileceği ve buna rağmen failin daha az bir cezaya maruz kalacak olması sebebiyle eleştirilmiştir¹⁴⁷.

Hakaret ve sövme ayırımında benimsenecek olan kriterleri belirlemeye yönelik görüşlerin her biri çeşitli sebeplerle eleştiriye maruz kalınca, bir kısım

¹⁴⁶ ERMAN, s. 65.

¹⁴⁷ ERMAN, s. 67.

yazarlar tarafından hakaret ve sövme ayrımı yapılmaması gerektiği de ileri sürülmüştür¹⁴⁸. TCK’ nın 125 maddesinin hakaret ve sövmeyi “hakaret” başlığı altında düzenlemesi görünüşte “hakaret ve sövme ayrımı yapılmaması gerektiği görüşüne” dayanıyor gibi görünse de “somut bir fiil veya olgu isnadı” kriterinden vazgeçilmediği takdirde hakaret ve sövme ayrımının klasik yapılarına uygun olarak devam ettiği kaçınılmaz bir gerçektir.

Hakaret ve sövme suçları için kanunda aynı cezanın öngörülmüş olması somut bir fiil veya olgu isnadı suretiyle gerçekleşen hakaret suçunun daha fazla haksızlık içermesi sebebiyle eleştirilmiştir¹⁴⁹. Kuşkusuz bu durum, hakimin cezayı tayin ederken, somut bir fiil veya olgu isnadı ve sövmek suretiyle şerefe saldırı arasındaki nitelik farkını göz önünde bulundurmasına engel teşkil etmemektedir.

TCK’ nın 125. maddesinde hakaret suçu, bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığı rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnadı veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldırı olarak tanımlanmıştır. Hakaret suçunun maddi unsurunu oluşturan “somut bir fiil veya olgu isnadı” ve sövme suçunun maddi unsurunu oluşturan “sövmek” başlıkları altında ayrıca incelenecektir. Hakaret ve sövme suçlarının huzurda gerçekleşmesi veya gıyapta gerçekleşmesi bakımından suçların oluşumunun farklılıklar göstermesi nedeniyle huzurda hakaret ve gıyapta hakaret de ayrı başlıklar altında incelenecektir.

¹⁴⁸ ERMAN, s. 67.

¹⁴⁹ ÖZEN, Mustafa, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun Özel Hükümlerine İlişkin Düşünceler”, TBBD, S. 63, s. 106-107; TARHAN, s. 277; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 447.

1. Hakaret Suçunun Maddi Unsuru

“Somut bir fiil veya olgu isnat etmek” hakaret suçunun maddi unsurunu oluşturmaktadır¹⁵⁰. Fiil isnadı, 765 sayılı yasanın 480. maddesinde düzenlenen hakaret suçunun karşılığıdır.

Fiil, insan iradesinin dışı vurumudur¹⁵¹. Maddede yer alan “fiil isnadı” belirli bir işin veya davranışın yakıştırılması anlamındadır¹⁵². Olgu isnadı ise, gerçekleşmiş olan veya olmuş olan bir olayın yakıştırılmasıdır¹⁵³. Burada, “olgu” ibaresinin yerinde kullanılmadığına ilişkin haklı eleştiriye yer vermek gerekir. HAFIZOĞULLARI; olgunun, sözlük anlamının vakıa veya fenomen olması sebebiyle, isabetle seçilmiş bir kelime olmadığına işaret etmektedir. Kanun gerekçesinde de “fiil veya olgu” isnadından bahsedilmektedir, ancak, gerekçede örnek olarak gösterilen “kamu görevlisinin bir kişiden bir iş karşılığında belli bir miktar rüşvet aldığı yönünde isnatta bulunulması” bir olgu isnadı değil, bir fiil, bir vak’a veya olayın isnatta bulunulmasıdır¹⁵⁴. Fiil ve olgu ibarelerinin bir arada kullanılması haklı olarak eleştirilmiştir.

“Fiil” ile kastedilen insan iradesinin olumlu veya olumsuz biçimde ortaya konulmasıdır. Bu nedenle sadece bir niteliğin veya kötü huyun isnat edilmesi somut bir fiil veya olgu olarak değerlendirilemez. Bu itibarla, mağdur yönelik olarak “korkak”, “serseri”, “alçak”, “dilenci ruhlu” gibi ibareler kullanılması halinde somut bir fiil veya olgu isnadından söz edilemeyecektir. Bu tür ibareler kullanılması sövme

¹⁵⁰ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 228; ÇETİN, s. 22; PARLAR, HATİPOĞLU, s. 11; ŞEN, s. 533; TARHAN, s. 277; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 446.

¹⁵¹ ERMAN, ÖZEK, s. 269; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 110.

¹⁵² HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 223.

¹⁵³ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 223; ŞEN, s. 535; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 112.

¹⁵⁴ HAFIZOĞULLARI, Zeki, “Türk Ceza Hukukunda Şeref Karşı Suçlar”, <http://www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/makale.htm>.

suçuna vücut verecektir¹⁵⁵. Bunun yanında isnadın geçmişte veya mevcut halde meydana gelmiş bir fiile ilişkin olması gerekir. Bu itibarla, bir kimseye ahlaki olmayan niyet ve projeler isnat edilmesi halinde, gerçekleşmiş bir fiil isnadından söz edilemez. Ancak, bu durum, “sövme” suçu kapsamında değerlendirilebilir¹⁵⁶.

İsnat, olumlu bir fiile ilişkin olabileceği gibi menfi bir davranışı da ifade edebilir. Örneğin, bir kimsenin anne-babasına bakmadığı isnadı, menfi davranış ifade etmektedir¹⁵⁷. Ayrıca isnat edilen fiil icrai nitelikte olabileceği gibi ihmali nitelikte de olabilir. Örneğin, bir kadının hasta kocasına bakmamak suretiyle ölümüne sebep olduğu isnadı ihmali niteliktedir¹⁵⁸.

İsnat edilen fiilin “somut” yani belirli, gerçekliği algılanabilen bir fiil olması gerekir¹⁵⁹. Bu itibarla bir kimseye “hırsız”, “dolandırıcı”, “fahişe” denildiğinde her ne kadar fiil isnat edilmiş olursa da, isnat edilen fiil, somut değildir. Bu durum da sövme suçu kapsamında değerlendirilebilir¹⁶⁰. Yargıtay kararlarında somut bir fiilin isnadı “belirli bir olayı yükleme” şeklinde ifade edilmiştir¹⁶¹.

Fiil veya olgunun hangi hallerde somut, belirli sayılacağı konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bunlar arasında en dikkate değer ve klasik görüş, isnadın

¹⁵⁵ ERMAN, s. 72; ÖNDER, s. 240.

¹⁵⁶ EREM, Hakaret ve Sövme, s. 4; ERMAN, s. 73; ÖNDER, s. 240.

¹⁵⁷ ERMAN, ÖZEK s. 269.

¹⁵⁸ EREM, Hakaret ve Sövme, s. 4.

¹⁵⁹ TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 111.

¹⁶⁰ DÖNMEZER, s. 274; EREM, Hakaret ve Sövme, s. 7; ERMAN, s. 73.

¹⁶¹ DÖNMEZER, s. 274; “Avukat olan sanığın, katılanın hakim olarak görev yaptığı mahkemeye verdiği hakimın reddi dilekçesindeki ‘hakimin daha önce Kartal Adliyesinde menfaat temini yönünden taraf tuttuğu sabit olduğundan’ biçimindeki sözlerinin taraflar ve zaman gösterilmediğinden belli bir olay yükleme niteliğinde olmadığı gözetilmeden hüküm kurulması yasaya aykırıdır”, 4. CD. 18.06.2007, E. 2604_K. 5708, TARHAN, s. 472; “Sanığın muhtar sıfatıyla hazırlayıp yakınanlara gönderdiği ödeme emrinin notlar bölümüne yakınanlar hakkında ‘fitne çıkarıp bozgunculuk’ yapmaktan ibaret eylemin, belli bir olay yükleme niteliğinde olmayıp, yüklenen eylemlerin soyut kalması nedeniyle TCY.’ in 482, 251. maddelerine uyan sövme suçunu oluşturduğu gözetilmeden, aynı yasanın 480/2, 251. maddeler ile ceza verilmesi yasaya aykırıdır”, 4.CD. 20.06.2007, E. 2116_K. 5911, KAYANÇİÇEK, Murat, Şerefe Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s. 61.

ispat edilebilir olup olmadığı ölçütüdür. İsnat ispat edilebilir bir fiil veya olguya ilişkin ise, somut veya belirli bir fiil veya olgunun varlığı kabul edilir¹⁶². İsnat ispat edilemediği takdirde sövme suçunun varlığı kabul edilebilir¹⁶³. Ancak bu ölçüt her zaman doğru sonuçlar vermez. Bir kişiye bakire olmadığını söylemek sövmedir, ancak bu durum, aynı zamanda aksi ispatlanabilir bir olgudur¹⁶⁴.

Doktrinde ve yargı kararlarında egemen olan görüşe göre, fiilin somut sayılabilmesi için kişiye, konuya, yere, zamana ve şekle ait bir takım tamamlayıcı unsurların gösterilmiş olması gerekir. Ancak, fiilde bu tamamlayıcı unsurların tümünün gösterilmiş olması gerekmez. Söz konusu unsurlardan fiil veya olguyu belirli kılmaya yetecek kadarının gösterilmiş olması yeterlidir. Genellikle fiil veya olgunun hangi zaman ve yerde meydana geldiğine ilişkin açıklık fiil veya olguyu somutlaştırır¹⁶⁵. İsnat olunan fiilin gerçeğe uygun olup olmaması suçun oluşumunu etkilemez¹⁶⁶. Bunun yanında bilinen bir olayı başkalarına söyleyen kimse de hakaret suçunu işlemiş olur. Bu durumda gazetede yayınlanmış hakaret içerikli yazının başka bir gazete tarafından tekrar yayınlanması halinde, hakaret içerikli yazıyı tekrar yayınlayan gazete de hakaret suçunu işlemiş olur. Mağdurun, hakaret içerikli yazıyı ilk yayınlayan gazete aleyhine şikayette bulunmamış olması, yazıyı tekrar yayınlayan gazete aleyhine şikayet hakkını bertaraf etmez¹⁶⁷. Ayrıca “diyorlar ki” gibi tabirler kullanılarak anlatılan şeyin kimden duyulduğunu bildirmek suretiyle olsa dahi

¹⁶² DÖNMEZER, s. 247; EREM, Hakaret ve Sövme, s. 7; ERMAN, s. 73; ÖNDER, s. 240.

¹⁶³ EREM, Hakaret ve Sövme, s. 7.

¹⁶⁴ ERMAN, s. 74.

¹⁶⁵ EREM, Hakaret ve Sövme, s. 7; ERMAN, s. 75; ÖNDER, s. 240; “Fiilin muayyen sayılabilmesi için şahsa, şekle, konuya, yere ve zamana ilişkin unsurlar gösterilmiş olmalıdır. Ancak bu unsurların tamamının birlikte söylenmesi şart değildir. Sözlerin isnat edilen fiili belirleyecek açıklıkta olması yeterlidir. ‘yediniz, yediniz kızımı bulmadınız’ sözleri mücerret sözler olduğundan, hakaret suçu oluşturmaz, sövme teşkil eder”, CGK. 23.11.1992, E. 283_K. 306, DÖNMEZER, s. 274.

¹⁶⁶ EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s. 2245; ERMAN, s. 77; ÖNDER, s. 240.

¹⁶⁷ ERMAN, s. 77.

duyulunun tekrar edilmesi halinde de hakaret suçu oluşacaktır¹⁶⁸. Ancak, isnadın gerçek olması TCK' nın 127. maddesinde düzenlenen isnadın ispatı şartlarının varlığı halinde önem kazanacaktır. Şartların varlığı halinde isnat ispat edilecek olursa suç oluşmayacaktır¹⁶⁹. Bunun gibi, haber verme ve eleştiri hakkının kullanılması sebebiyle olayda bir hukuka uygunluk sebebinin bulunduğu kabul edilebilmesi için de isnadın gerçek olması aranacaktır¹⁷⁰.

Hakaret suçunun cezalandırılmasıyla korunan menfaat kişinin onur, şeref ve saygınlığıdır. Bu menfaatin ihlali için, isnat olunan fiilin insanın yapabileceği bir fiil olarak imkan dairesinde bulunması gerekir¹⁷¹. Bir başka deyişle, isnat olunan fiilin mümkün ve inanılır olması gerekir. İsnat edilen fiil imkansız olmakla kalmayıp herkes tarafından da böyle kabul ediliyorsa suç oluşmayacaktır, çünkü, bu durumda, isnat edilen fiil mağdurun şeref ve saygınlığını ihlale elverişli değildir. Ancak, aslında imkansız olan bir fiili belli bir toplulukta mümkün kabul edenler varsa, topluluk içinde bu tür fiillerin isnadı hakaret suçunu oluşturabilecektir. Örneğin, batıl inançları olan bir toplumda bir kimsenin büyü yaparak diğer bir kimsenin ölümüne sebebiyet verdiğinin söylenmesi halinde, mağdurun şeref ve saygınlığı ihlal edilmiş olacaktır¹⁷².

İsnat olunan fiilin veya olgunun başkasının onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte olması gerekir¹⁷³. TCK' nın 125. maddesinin 1. fıkrasında “şeref

¹⁶⁸ EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s. 2263.

¹⁶⁹ ÇETİN, s. 22; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 447.

¹⁷⁰ PARLAR, HATİPOĞLU, s. 12.

¹⁷¹ EREM, Hakaret ve Sövme, s. 5; ERMAN, ÖZEK, s. 271.

¹⁷² ERMAN, s. 78; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 112.

¹⁷³ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 226; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 444; “Sanığın eşine iğne yapılması için saat 20.00’de sağlık ocağına geldiği, hemşire olan mağdurun saat 17.30’dan sonra iğne yapılmadığını açıklaması üzerine sanığın bağırarak ‘istediğim saatte gelebilirim, iğne yapmak zorundasın, kafamı bozmayın’ demesi biçimindeki sözlerin nezaket dışı bulunmasına karşın mağduru küçük düşürücü nitelikte olmadığı gözetilmeden, beraat yerine TCY.’ in 266/1. maddesi

ve saygınlığı rencide edebilecek nitelikte... şeref ve saygınlığa saldıran” denilmek suretiyle bu hususa işaret edilmiştir. Rencide etmek, incitmek, kalbini kırmak anlamı ifade etmektedir¹⁷⁴.

İsnat edilen bir fiilin hangi durumlarda onur, şeref ve saygınlığı rencide edebilecek niteliğe sahip olduğunu önemli ve bazı hallerde oldukça güçtür. Bazı fiiller vardır ki, bunlar özlerinde incitici, aşağılayıcı niteliğe sahiptir ve bunların isnadı mutlak surette suç teşkil eder. Örneğin, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtekarlık özünde aşağılayıcı niteliğe sahip fiillerdir¹⁷⁵. Aşağılayıcı niteliğe özü gereği sahip olan fiiller dışında kalan bir fiilin aşağılayıcı bir niteliğe sahip olup olmadığı hususunda esas alınacak ölçüt genel ve orta halk tabakasının düşünüş ve anlayışı, bir başka deyişle, topluluğa hakim olan örf ve adet kurallarıdır¹⁷⁶.

ile hüküm kurulması yasaya aykırıdır”, 4. CD. 14.12.2004, E. 11781_K. 12310, TARHAN, s. 496; “Sanığın annesiyle tartışan ilçe seçim kurulu başkanı yargıca elini kolunu oynatarak ‘sessiz ol ne bağıryorsun diyerek bağırmaktan ibaret eyleminin hakaret aşamasına varmayan nezaket dışı davranış olup olmadığı değerlendirilmeden ne suretle küçültücü bulunduğu yöntemince açıklanmayan hükümlülük kararı verilmesi yasaya aykırıdır” 4. CD. 21.01.2008, E. 10114_K. 388, KAYANÇİÇEK, s. 73; “Sanığın kardeşinin dövülmesi olayına gösterdiği tepkiyle cumhuriyet savcısının odasına girerek ‘benim kız kardeşimi dövüyorlar, siz burada ne yapıyorsunuz, kimseye ceza vermiyorsunuz’ demekten ibaret olan eyleminin çaresizliğini dile getirme ile sitem niteliğinde olduğu gözetilmeden ve hakaret suçunun küçük düşürme ögesinin ne şekilde olduğu açıklanmadan mahkumiyet hükmü verilmesi yasaya aykırıdır”, 4. CD. 06.02.2007, E. 12433_K. 1174, ÇETİN, s. 37; “Sanığın bayan olan katılana yönelik olarak sarf ettiği ‘bu avukat hanım bizim çocuklardan birine herhalde göz koydu’ sözü ile katılanın iş yerinde bulunan satış elemanlarından herhangi birine karşı zaaf içinde bulunup, bu nedenle haciz işlemini bahane ederek işyerine geldiği yakıştırmasında bulunduğu açıktır. Alacaklı vekili olarak bulunduğu haciz işlemi sırasında katılana sanığın sarf ettiği sözlerin küçültücü değer yargısı içerdiği şeref ve onuru zedeleyecek nitelikte olduğunun kabulü gerekmektedir. Zira konuşulan dilde bir bayana hitaben sarf edilen ‘göz koymak’ deyiminin o bayan için erkeğe düşkünlük anlamı taşıdığı her türlü kuşkudan uzaktır”, CGK. 10.03.1998, E. 4-27_K. 85, PARLAR, HATİPOĞLU, s. 70; “Sanığın Ankara’dan gönderilen bir talimat nedeniyle anlatımını saptayan cumhuriyet savcısına söylediği kabul edilen ‘bana haksızlık yapıldı, yok beyim ben size ifade vermek istemiyorum, çünkü suçsuzum, Ankara’daki savcılar da işi bilmiyor, evrakı okumadan imzalıyor, siz de aynı evraka dayanarak ifademi almakla onlara ortak oluyorsunuz’ biçimindeki sözlerin yakını ne suretle küçük düşürdüğü açıklanıp tartışılmadan, yetersiz gerekçeyle dayanarak cezalandırılmasına karar verilmesi yasaya aykırıdır” 4. CD. 04.10.1995, E. 550_K. 6243, ÇETİN, s. 53.

¹⁷⁴ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 223.

¹⁷⁵ EREM, Hakaret ve Sövme, s. 6; ERMAN, s. 79; ÖNDER, s. 242.

¹⁷⁶ DÖNMEZER, s. 279; EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s. 2246; ERMAN, s. 80.

Ceza Hukukunda suç ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca “örf ve adet” in doğrudan kaynak olarak kabulü mümkün olmamakla birlikte, özellikle hakaret suçlarında kullanılan ibarelerin veya yapılan hakaretlerin incitici, aşağılayıcı olup olmadığının tayininde dolayısıyla kaynak işlevi görmektedir¹⁷⁷.

İsnat edilen fiilin incitici, aşağılayıcı bir niteliğe sahip olup olmadığının belirlenmesinde kullanılan örf ve adetin kanunlara uygun olması gerekir. Hukukun temel ilkelerinden biri olan kanuna aykırı örf ve adetin hukukun kaynağı olamayacağıdır¹⁷⁸. Bu durumda suç oluşturan bir fiili işlememiş olmak isnadı, toplum tarafından aşağılayıcı nitelikte kabul edilse bile, suç olarak kabul edilemez¹⁷⁹.

İsnat edilen fiilin aşağılayıcı bir niteliğe sahip olup olmadığının belirlenmesinde örf ve adet kurallarının kriter olarak kabul edilmesinin bazı sonuçları vardır. Bunlardan ilki isnat edilen fiilin mutlaka suç teşkil etmesinin gerekmediğidir¹⁸⁰. Şu halde, kanunun yapılmasına izin verdiği bir fiilin isnadı da hakaret teşkil edebilir. Örneğin, fuhşa kanuni sınırlar dairesinde cevaz verildiği halde, bir genel ev kadının kötü bir hayat sürdüğünü söylemek isnat olunan fiil belirli olmak şartıyla hakaret teşkil eder¹⁸¹. Suç teşkil etmeyen bir siyasi kanaatin belirli bir kimseye isnadı halinde hakaret suçunun oluşup oluşmayacağı toplumda hakim olan düşünceye göre belirlenecektir. Örneğin, faşist bir yönetimin hakim olduğu bir ülkede bir kimseyi faşist olarak nitelendirmek aşağılayıcı sayılmaz. Ancak demokratik bir toplumda aynı ibare aşağılayıcı olarak değerlendirilir¹⁸².

¹⁷⁷ KAYANÇİÇEK, s. 69.

¹⁷⁸ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 227; EREM, Hakaret ve Sövme, s. 6; ERMAN, s. 83.

¹⁷⁹ EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s. 2246; ERMAN, ÖZEK, s. 275.

¹⁸⁰ DÖNMEZER, s. 273; EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s. 2245; ERMAN, s. 80.

¹⁸¹ ERMAN, s. 80.

¹⁸² ERMAN, s. 80; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 104; “İddia ve iddiayı doğrulayan tanık anlatımlarına göre, sanığın şahsi davacıya onur kırıcı olarak algılanan ‘komünist’ demek suretiyle

Örf ve adetin kriter olarak belirlenmesinin ikinci sonucu, örf ve adet kurallarına göre aşağılayıcı niteliğe sahip olmadığı kabul edilen bir fiile, mağdurun aşırı alinganlığının, aşağılayıcı nitelik kazandırmayacağıdır¹⁸³. Diğer bir sonuç ise, isnat edilen fiilin aşağılayıcı niteliğinin belirlenmesinde mağdurun sıfatının ve mesleğinin de dikkate alınacağıdır. Örneğin, bir kadına çocuk düşürdüğüünün söylenmesi aşağılayıcı nitelikte değildir. Ancak bu kadının evli olup da, düşürme olayının kocasının uzun süren yokluğu sırasında gerçekleştiği ileri sürülecek olursa, aşağılayıcı nitelik söz konusu olacaktır. Bir hukukçuya “edebiyatın e’ sini bilmez” denmesi aşağılayıcı nitelikte değilse de, bir edebiyatçıya aynı ibarenin söylenmesi kuşkusuz aşağılayıcı niteliktedir¹⁸⁴. Bazen bir kişiye yöneltlen ve objektif niteliği itibarı ile aşağılayıcı niteliğe sahip olmayan bazı kelimeler kullanıldıkları koşullar ve kullanılış nedenleri ve çevrede hatırlattıkları olaylar itibarıyla hakaret sayılabilir¹⁸⁵.

TCK’ nın 125 maddesinde belirtildiği üzere, isnat edilen fiilin onur şeref ve saygınlığı rencide edici nitelikte olması gerekir. Yani, fiilin mağdurun onur, şeref ve saygınlığını somut olarak aşağılaması, rencide etmesi gerekli değildir. Bu itibarla, hakaret suçu soyut tehlike suçu olarak kabul edilir¹⁸⁶. Isnat edilen fiilin örf ve adet

sövdüğü anlaşılmamasına göre atılı suçtan mahkumiyeti yerine yazılı şekilde beraatına hükmedilmesi yasaya aykırıdır”, 4. CD. 21.10.1996, E. 9965_K. 10863, ÇETİN, s. 52.

¹⁸³ EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s. 2245; ERMAN, s. 83; ÖZBEK, s. 265.

¹⁸⁴ ERMAN, s. 82; ÖZBEK, s. 265; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 105.

¹⁸⁵ “Önceki bir davanın duruşma sırasında hakim, akraba olduklarını zannettiğinden, taraflara ‘Madem ki akrabasınız, neden aranızda üzücü olaylar geçiyor’ şeklinde soru yöneltmiş; buna karşılık veren sanık ise, ‘benim onunla bir akrabalığım yoktur onun anası Ermenidir’ diyerek cevap vermiştir. Ceza Genel Kurulu, I. Dünya Savaşı sırasında Ermenilerle Türkler arasında tatsız olayların geçtiği bir bölgede söylenmiş bulunan sözlerin, objektif olarak hakaretimiz nitelik taşımaları da, söz konusu hava ve şartlar içinde değerlendirildiklerinde, hakim tarafından yöneltlen soruya ‘hayır akrabalığım yoktur’ demekle yetinmek gerekirken sarf edilen sözleri cevabına katılmak suretiyle özel bir kastla diğer tarafın tahkiri amacı güdüldüğünü gösterebileceğine karar vermiştir”, CGK. 03.11.1964, E. 435/D-2_K. 481, DÖNMEZER, s. 278.

¹⁸⁶ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 227; DÖNMEZER, s. 280; EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s. 2242; ÖNDER, s. 242; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 444; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 104.

kuralları gereğince aşağılayıcı nitelikte bulunup bulunmadığının takdiri hakime aittir¹⁸⁷.

Hakaret suçunun maddi unsurunu oluşturan somut bir fiil veya olgu isnadının gerçekleşmesi için somut ve aşağılama niteliğine sahip fiilin belirli bir mağdura isnadı gerekir. Konuya ilişkin ayrıntılar mağdurun belirlenmesi başlığı altında anlatıldığı için ayrıca incelenmeyecektir. Bu konu ile ilgili üzerinde durulması gereken hususlardan biri dolayısıyla hakaret diğeri ise isnadın biçimidir¹⁸⁸. Yukarıdaki açıklamalarda kısaca değinilen dolayısıyla hakaret, somut fiil veya olgunun isnat olunan kimseden başka bir kişinin de şerefini ihlal etmesi halinde söz konusudur¹⁸⁹. Hakaretin yönelik olduğu kimseye akrabalık veya evlilik yolu ile bağlı kişiler şeref ve itibar bakımından bir birlik oluşturur. Örneğin, eşlerden birine cinsel ilişki isnadı diğerrinin de şerefini ihlal edebileceği gibi, bir kimsenin anne veya babasının oğul ya da kızının haysiyet kırıcı bir yaşam sürdürüklerinin söylenmesi de bu kişinin itibarını sarsar¹⁹⁰. Bu itibarla, bir kişiye yönelmiş hakaret, diğerr bir kişinin şerefini de ihlal eder. Doktrin ve mahkeme kararları ancak çok yakın akrabalar (üstsoy, altsoy, kardeş ve eş gibi) arasında dolayısıyla hakareti kabul etmektedir. Dolayısıyla hakarete uğrayan kişinin, asıl isnadın yöneldiği kişiden ayrı ve bağımsız şikayet hakkını kullanabileceği kabul edilmektedir¹⁹¹.

765 sayılı yasa döneminde Yargıtay, dolayısıyla hakarete maruz kalan kişiye karşı hakaret suçunun değil, sövme suçunun işlendiği sonucuna varmaktaydı¹⁹². 765

¹⁸⁷ DÖNMEZER, s. 279; ERMAN, s. 84.

¹⁸⁸ ERMAN, s. 84.

¹⁸⁹ EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s. 2250; ERMAN, s. 84; ÖZBEK, s. 264; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 444.

¹⁹⁰ ERMAN, ÖZEK, s. 275.

¹⁹¹ ERMAN, s. 85; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 112-113.

¹⁹² “Anası için belli bir olay yükleyerek yapılan hakaretin 11.11.1942 tarih ve 1/21 sayılı içtihadı birleştirme karşısında yakınanın kızı adına sövme suçu oluşturacağı gözetilmeden, TCY’ in 482/3

sayılı yasa döneminde doktrin uygulamanın aksine dolayısıyla hakaret halinde, iki ayrı suçun oluştuğunu kabul etmekteydi¹⁹³. TCK' nın yeni düzenlemesiyle dolayısıyla hakaret halinde, tek bir fille işlenmiş birden fazla hakaret suçunun oluştuğu kabul edilecek ve TCK 'nın 43. maddesinin 2. fıkrası uyarınca zincirleme suç kuralları uygulanacaktır¹⁹⁴.

Somut bir fiilin isnat ediliş biçimi konusunda kanunda açıklık yoktur. Bu itibarla, söz, yazı, resim ve işaretlerle suçun işlenmesi mümkündür¹⁹⁵.

Söz ve yazı ile gerçekleştirilen hakaretlerde failin fiilini ifade ediş tarzı önemli değildir. Fail isnat ettiği fiili açıkça ifade edebileceği gibi, soru, şüphe, ima ve hatta mizah şeklinde de açıklayabilir¹⁹⁶. Bunun yanında edebi eserlerle de bir kimseye hakaret edilmesi mümkündür. Komedi, piyes, roman ve şiir şeklinde kaleme alınmış eserler de gerçek kişiler hedef alınmış ve bu kişiler aşağılayıcı niteliğe sahip fiil ve hareketlerin faili olarak gösterilmişse hakaret suçu oluşacaktır, önemli olan kişinin kimliğinin anlaşılması hususunda yeterli bir açıklamanın bulunmasıdır¹⁹⁷. Yukarıda değinildiği üzere mağdura yönelmiş somut bir fiil veya olgunun sormak suretiyle mağdura nakledilmesi halinde de hakaret suçu oluşacaktır¹⁹⁸.

Somut bir fiil olgu isnadının şüphe açıklaması şeklinde gerçekleşmesi de mümkündür. Bu bakımdan aşağılayıcı nitelikteki isnatların gerçek olduklarından şüphe edildiğinin açıklanmasına sık sık rastlanmaktadır. Özellikle basında yer alan

maddesi yerine 480/3. maddesinin uygulanması yasaya aykırıdır”, 4. CD. 05.05.1993, E. 3167_K. 3707, ÇETİN, s. 36.

¹⁹³ ERMAN, ÖZEK, s. 277; ÖNDER, s. 230.

¹⁹⁴ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 444.

¹⁹⁵ DÖNMEZER, s. 280; EREM, Hakaret ve Sövme, s. 8; ERMAN, s. 87; ÖZBEK, s. 264; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 113.

¹⁹⁶ DÖNMEZER, s. 280; ERMAN, s. 87.

¹⁹⁷ EREM, Hakaret ve Sövme, s. 9; ERMAN, s. 88.

¹⁹⁸ EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s. 2249.

haberlerin “gerçek olduğu şüpheli olmakla birlikte” veya “yetkililerce söylendiğine göre” ya da “yaygın bir dedikoduya inanmak gerekirse” gibi sözlerle aktarılması halinde de hakaret suçu oluşacaktır¹⁹⁹.

TCK’ nın 126. Maddesi “... veya isnat üstü kapalı geçirtilmiş olsa bile, eğer niteliğinde ve mağdurun şahsına yönelik bulunduğu duraksanmayacak bir durum varsa... ve hem de hakaret açıklanmış sayılır” şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme hakaret suçunun sadece açık bir biçimde işlenmeyebileceğini gayet yerinde olarak ifade etmiştir²⁰⁰.

Hakaret suçunun resim vasıtasıyla işlenmesi halinde dikkat edilmesi gereken, resmin somut bir fiil isnadını içerip içermediğidir. Aksi halde, aşağılayıcı nitelikte bir resim sövme suçu kapsamında değerlendirilecektir. Örneğin, müstehcen durumda çekilmiş bir fotoğraftaki yüzler yerine, başka bir fotoğraftan kesilen iki kişinin yüzü yapıştırılıp fotoğraf hilesiyle müstehcen hareketlerin bu iki kişi tarafından yapıldığını ifade etmek isteyen kimse, somut bir fiil isnat etmiş olacaktır. Karikatür, film ve videokasetleri hakkında da aynı şeyler söylenebilir²⁰¹.

İşaretler vasıtasıyla bir kimsenin şerefini ihlal mümkünse de, somut bir fiil veya olgu isnat etmek oldukça zordur²⁰².

2. Sövme Suçunun Maddi Unsuru

765 sayılı yasanın 482. maddesinde düzenlenen sövme suçu, TCK’ nın 125. maddesinin birinci fıkrasında “... veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve

¹⁹⁹ ERMAN, s. 89.

²⁰⁰ ERMAN, ÖZEK, s. 279.

²⁰¹ ERMAN, s. 90.

²⁰² ERMAN, s. 90.

saygınlığına saldırı...” şeklinde düzenlenmiştir. TCK’ da sövme suçu açık bir şekilde tanımlanmamış, sadece “sövmek” ifadesi kullanılmakla yetinilmiştir.

TCK’ nın 125. maddesinin 1. fıkrasının ilk düzenlemesinde bulunan “yakıştırmalarda bulunmak” ibaresi 29.06.2005 tarih ve 5377 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle metinden çıkarılmıştır. Bu ibarenin metinden çıkarılmasına ilişkin gerekçede sövme ve yakıştırma ibarelerinin aynı anlama geldiği yönündeki eleştirilerin dikkate alındığı belirtilmiştir²⁰³.

Yukarıda değinildiği üzere kanun sövme seçimlik hareketini tanımlamamıştır. Sövmenin sözlükte, “1. Sövmek işi, sövgü, küfretme, 2. Bir kimsenin namus, onur ve kişiliğine yapılan her türlü saldırı” şeklinde tanımlanmıştır²⁰⁴.

Sövme suçunun maddi unsurunu, kişiye herhangi bir somut fiil veya olgu ile ilişkilendirilmeden “sövmek” suretiyle kişinin onur, şeref ve saygınlığına saldırmak fiili oluşturmaktadır. Yani, sövme suçunun işlenmesi halinde “somut bir fiil veya olgu” isnat edilmemekte, kişiye yönelik olumsuz bir değer yargısı açıklanmaktadır²⁰⁵. Esasen, bugüne dek sövmeden, bir kimseye “küfür etmek”, o kişiyi aşağılayıcı bir “sıfat”, aşağılayıcı bir “değer yargısı” izafe etmek anlaşılmaktadır²⁰⁶.

Madde gerekçesinde de işaret edildiği üzere, herhangi bir somut fiil veya olayla ilişkilendirilmeden kötü bir niteliği veya huyu ifade eden “korkak”, “alçak”, “serseri”, “hayvan” gibi sözler sövme suçu kapsamında değerlendirilir²⁰⁷. Bunun

²⁰³ CETİN, s. 22; TARHAN, s. 281.

²⁰⁴ <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, Erişim Tarihi, 03.09.2010.

²⁰⁵ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 227; DÖNMEZER, s. 313; EREM, Hakaret ve Sövme, s. 44; ERMAN, s. 111; ÖNDER, s. 243; ÖZBEK, s. 265; ŞEN, s. 537; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 447; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 113.

²⁰⁶ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 224.

²⁰⁷ ERMAN, s. 111; ÖZBEK, s. 264; ŞEN, s. 538; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 113.

yanında yakıştırılan nitelemeler mağdurun bedensel ve hatta görünür bir arızasına ve hatta bedensel veya ruhsal bir hastalığına ilişkin de olabilir²⁰⁸. Bu itibarla, bir kimseye “şaşı”, “topal”, “kambur”, “kel”, “veremli”, “frengili”, “psikopat” veya “AIDS’ li” denilmesi sövme suçu kapsamında değerlendirilecektir.

Mağdura her ne kadar bir fiil isnat edilse de, fiilin somut olmaması halinde de hakaret suçu oluşacaktır. Bu itibarla, bir kimseye “hırsız”, “katil”, “dolandırıcı”, veya “rüşvetçi”, denilmesi sövme suçu kapsamında değerlendirilir²⁰⁹.

Sövme suçunun tarz ve şeklinin tahdidi imkansızdır²¹⁰. Failin kendinden bahsedercesine, örneğin “dolandırıcı olan ben değilim” şeklinde açıklama yapması veya soru sormak şeklinde mağdurdan bir hususu açıklamasını istemesi gibi hallerde sövme suçunun gerçekleşmesi mümkündür²¹¹.

Sövme suçu doğrudan doğruya veya vasıta kullanılmak suretiyle de gerçekleştirilebilir. Fail kendini gizlemek için küçükleri veya akıl hastalarını ya da kelimeleri tekrar edebilecek şekilde yetiştirilmiş hayvanları vasıta olarak kullanabilir²¹².

Sövme suçu, “terbiyesizlik etme”²¹³, “sen kim oluyorsun”²¹⁴, “bu duvarı yıktırmazsan şerefsizsin”²¹⁵, “çapulcu, yüzkarası”²¹⁶, “çingene gibi bağırma”²¹⁷, “sen

²⁰⁸ EREM, Hakaret ve Sövme, s. 46; ERMAN, s. 112; ÖZBEK, s. 265; ŞEN, s. 538; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 113.

²⁰⁹ DÖNMEZER, s. 274; EREM, Hakaret ve Sövme, s. 7; ERMAN, s. 112.

²¹⁰ EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s. 2295; ERMAN, s. 116.

²¹¹ EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s. 2295.

²¹² EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s. 2296; ERMAN, s. 116.

²¹³ 2. CD. 06.12.199, E. 11838_K. 15969, PARLAR, HATİPOĞLU, s. 32.

²¹⁴ 4. CD. 25.04.2006, E. 9326_K. 9953, PARLAR, HATİPOĞLU, s. 196.

²¹⁵ 4. CD. 19.06.2006, E. 11153_K. 12620, ÇETİN, s. 40.

²¹⁶ 4. CD. 22.02.1994, E. 9283_K. 1366, ÇETİN, s. 317.

²¹⁷ 9. CD. 20.06.2006, E. 1929_K. 3512, KAYANÇİÇEK, s. 70.

bir militansın”²¹⁸, “beklediği çocuk benden değil”²¹⁹ örneklerinde olduğu gibi sözlü olarak gerçekleşebileceği gibi bir takım hareketlerin yapılması²²⁰ suretiyle de işlenebilir.

Somut bir fiil veya olgu isnat etmek suretiyle dolayısıyla hakaret suçu işlenebileceği gibi sövme suçunun da dolayısıyla sövme şeklinde işlenmesi mümkündür²²¹.

Sövme suçunu, bu suça yakın başka suçlardan ayırmaya yarayan esaslı unsur, manevi unsurdur. Örneğin, sırf acıyarak zavallı, kör, topal denilmesi sövme suçunu oluşturmaz. Bu tür durumlarda hakim, olayın özelliğine göre değerlendirme yapacaktır. Bunun yanında şehvet maksadıyla olmadığı takdirde bir kadını takip etmek veya öpmek de sövme suçu kapsamında değerlendirilir. Bir başka deyişle, failin şehvet amacıyla yapmadığı, sırf mağduru aşağılamak amacıyla yaptığı bu tür hareketler sövme suçu kapsamında değerlendirilir²²².

²¹⁸ 4. CD. 17.05.2006, E. 7266_K. 11115, KAYANÇİÇEK, s. 72.

²¹⁹ 4. CD. 26.10.2004, E. 8048_K. 10510, TARHAN, s. 471.

²²⁰ “Sanığı hızlı gitmesi nedeniyle durduran ve ehliyet ile ruhsatını isteyen yakınana içinde ehliyet ve ruhsatı bulunan çantasını fırlatmaktan ibaret olan eyleminin eylemli sövme olduğu ve TCY’ in 266/1. maddesine uyduğu gözetilmeden yazılı biçimde hüküm kurulması yasaya aykırıdır”, 4. CD. 23.01.1996, E. 8191_K. 421, ÇETİN, s. 53; “Minibüste yolcu olarak bulunan sanığın, sabit nöbet görevi yapan polis memuru olan mağdurlar İ. D ile H. B’ ye karşı el ve kol hareketleriyle sövme biçimindeki eyleminin, kamu görevlisi olan mağdurların görevinden kaynaklanmaması nedeniyle yakınmaya bağlı olan 5237 sayılı TCY’ in 125/1. maddesine uyduğu ve mağdurların 22.12.2005 tarihli oturumda yakınmadan vazgeçtiklerinin anlaşılması karşısında, bu davaların CMK’ nın 223. maddesi uyarınca düşürülmesine karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi”, 4. CD. 11.02.2008, E. 7917_K. 1295, PARLAR, HATİPOĞLU, s. 83; “Sanığın tartışma sırasında tatlı tabağını kasıtlı olarak katılanın üzerine döktüğü, bu suretle onu çevreye karşı küçük düşürdüğü iddiası tanık anlatımlarıyla da dolaylı olarak desteklenmesi karşısında, sanığın eyleminin sövme suçunu oluşturacağı gözetilerek 765 ve 5237 sayılı ceza yasaları karşılaştırılıp sanık lehine olan uygulamanın saptanması ve buna göre hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi”, 4. CD. 24.04.2006, E. 14520_K. 9914, PARLAR, HATİPOĞLU, s. 196.

²²¹ ERMAN, ÖZEK, s. 372; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 114; “Çevrede dağıtılan yazılarla kızına isnat edilen onur kırıcı eylemlerin katılanın saygınlığını da dolaylı olarak ihlal ettiği ve eylemin sövme suçunu oluşturabileceği gözetilmeden yazılı biçimde karar verilmesi” 4. CD. 03.10.2006, E. 8759_K. 14728, PARLAR, HATİPOĞLU, s. 184.

²²² EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s. 2296; ERMAN, s. 112; ÖZBEK, s. 265; “Müştekinin tarlasında ekili bulunan patates fideleri babası tarafından ezilmesi sonucu sanıl ile müşteki arasında çıkan tartışma sırasında sanığın müştekiye küfredip pantolonun üzerindeki cinsel

Mağdura tokat atma fiilinin hakaret suçu mu yoksa sövme suçu mu oluşturduğu 765 sayılı yasa döneminde tartışmalara neden olmuştur. Bir görüş, tokat atmanın yaralama olduğu ve bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini savunurken, diğer bir görüş, tokat atma halinde failin kastına bakılması gerektiğini, hakaret kastı varsa hakaret suçu, yaralama kastı varsa yaralama suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunmuştur. Bir kimseye tokat atılması halinde hem kişiye cismen eza verilmiş hem de şeref ve saygınlığı ihlal edilmiş olur. Fail bir kimseye tokat atarken, hem yaralama hem de şeref ihlali sonucunun gerçekleşeceğini bilir ve neticeleri ister. Bu itibarla, bu hallerde fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerekir²²³.

Sövme ve hakaret suçlarının ihmali bir hareketle işlenip işlenmeyeceği tartışmalıdır. Bazı yazarlar uzatılan elin sıkılmamasını, sorulan soruya cevap verilmemesini veya küçük düşürücü bir tavırla cevap verilmesi halini hakaret ve sövme suçlarının ihmal suretiyle işlenmesi olarak kabul etmektedir²²⁴. Bazı yazarlar ise, ihmali hareketle hakaret ve sövme suçlarının işlenemeyeceğini, bu suçların her halde icrai bir hareketle işlenebileceğini kabul etmektedir²²⁵.

Doktrinde “Allah belanı versin, cezanı versin” şeklinde bedduayı belirten ibareler sövme suçu kapsamında değerlendirilmemektedir. Ancak Yargıtay’ın bu konuda birlik teşkil etmeyen çeşitli kararları bulunmaktadır. Konuya ilişkin kararlarının bazılarında²²⁶ “Allah belanı versin” ibaresinin beddua niteliğinde olduğu

organını göstermesinin kasıt itibarıyla hakaret suçunu oluşturacağı gözetilmeden sarkıntılık kabul edilip yazılı şekilde mahkumiyet hükmü tesisi yasaya aykırıdır”, 2. CD. 12.09.1991, E. 8788_K. 9249, ÇETİN, s. 57.

²²³ EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s. 2297; ERMAN, s. 117.

²²⁴ ERMAN, s. 124; ÖNDER, s. 244; YENİDÜNYA, ALŞAHİN, s. 52.

²²⁵ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 447; ÜZÜLMEZ, s. 46.

²²⁶ 2. CD. 08.12.2005, E. 22453_K. 28522, ÇETİN, s. 41; 4. CD. 13.03.2002, E. 1642_K. 3856, PARLAR, HATİPOĞLU, s. 228; 2. CD. 05.05.2008 E. 1847_K. 8036, KAYANÇIÇEK, s. 75.

ve onur, şeref ve saygınlığa saldırı teşkil etmeyeceğine hükmetmişken, bazılarında²²⁷ “Allah belanı versin” biçimindeki sözlerin katılan görevlileri küçük düşürücü niteliğe sahip olduğuna hükmetmiştir.

Yukarıda da değinildiği üzere, sövmenin işleniş şekillerine bir sınırlama getirmek imkansızdır. Bu itibarla, sövme suçu söz, yazı, resim ve hareketler vasıtasıyla gerçekleşebilecektir²²⁸.

Sövme suçu kapsamında değerlendirilebileceği hususunda tereddüde düşülen tabirlere anlam verilirken, ibarenin kullanıldığı bölgede o ibareye verilen anlamı, örf ve adeti, kamuoyunu dikkate almak gerekir²²⁹. Bunun yanında bir ibarenin sövme suçu kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunda mağdurun sıfatı, sosyal mevkii ve taraflar arasındaki ilişki göz önünde bulundurulmalıdır²³⁰.

Sövme suçunun gerçekleşmesi de belirli bir mağduru hedef almış olmasına bağlıdır. Daha önce açıklandığı üzere mağdurun belirli veya belirlenebilir olmadığı durumda suçun oluştuğundan söz edilemeyecektir²³¹.

Günümüz koşullarında el sıkmamak soruya cevap vermemek gibi hareketler kaba, nezaket dışı olarak kabul edilebilirse de ve hatta bu duruma maruz kalan kişiyi incitse dahi sövme veya hakaret suçları kapsamında değerlendirmemek gerekir. Aynı

²²⁷ 4. CD. 03.05.2006, E. 12122_K. 10381, PARLAR, HATİPOĞLU, s. 169; 4. CD. 09.05.2006, E. 11045_K. 10605, KAYANÇIÇEK, s. 75.

²²⁸ EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s. 2295; ERMAN, s. 116; ÖNDER, s. 243.

²²⁹ DÖNMEZER, s. 313; ERMAN, s. 114; ÖNDER, s. 243; “Sövme olarak kabul edilen ‘tırıska’ sözcüğünün yörede ne anlama geldiği ve küçük düşürücü nitelikte olup olmadığı araştırılmadan eksik incelemeyle hüküm kurulması yasaya aykırıdır”, 2. CD. 01.12.2005, E. 6587_K. 27658, KAYANÇIÇEK, s. 69.

²³⁰ DÖNMEZER, s. 314; ERMAN, s. 114; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 109.

²³¹ ERMAN, ÖZEK, s. 372.

durum kaba, nezaket dışı sözlerin kullanılması hali için de söz konusu olmalıdır²³². Aksi takdirde ifade özgürlüğünün sınırlaması tehlikesi gündeme gelecektir.

a. Huzurda Hakaret ve Sövme

TCK' nın 125. maddesinde hakaret ve sövmenin huzurda işlenmesi gerektiği hususunda bir açıklık bulunmasa da, maddenin ikinci cümlesi gıyapta hakaret ve sövmenin hangi durumda söz konusu olduğunu düzenlediğine göre, ilk cümlenin huzurda hakaret ve sövmeyi düzenlediği sonucuna ulaşılmaktadır²³³.

TCK, 765 sayılı yasadan farklı olarak huzurda hakaret ve sövme ile gıyapta hakaret ve sövme arasında suçun ve dolayısıyla cezanın ağırlığı bakımından herhangi bir fark öngörmemiştir. 765 sayılı yasa huzurda hakaret ile gıyapta hakaret ayırımına önemli sonuçlar bağlamıştı. 765 sayılı yasaya göre, huzurda hakaret ve sövme, gıyapta hakaret ve sövmeye göre daha ağır cezalandırılmıştı. Ancak bu durum eleştirilmiş ve tam aksinin yapılması gerektiği ileri sürülmüştü, çünkü, mağdur huzurda bulunduğu takdirde kendini savunma hakkına sahiptir. Gıyapta hakaret ve sövme halinde ise, mağdur kendini savunma imkanından yoksundur ve şerefın ihlali daha ağır bir şekilde gerçekleşmektedir²³⁴.

765 sayılı yasada aleniyet sadece huzurda hakaret ve sövme suçları bakımından işlenmiş olması durumunda ağırlatıcı neden olarak kabul edilmişti. TCK' da ise, aleniyet hakaret ve sövme suçlarının hem huzurda hem de gıyapta işlenmesi halinde uygulanacak bir ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmiştir. 765 sayılı yasada suçun yayın yoluyla işlenmesi, yalnızca gıyapta hakaret ve sövme bakımından ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmişti. Ancak, TCK suçun yayın

²³² DÖNMEZER, s. 313; EREM, Hakaret ve Sövme, s. 46.

²³³ ÖZBEK, s. 260; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 110.

²³⁴ ERMAN, s. 102; ÖZBEK, s. 260; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 447.

yoluyla işlenmesi halini, ayrı bir ağırlaştırıcı neden olarak kabul etmemiş ve aleniyet ağırlaştırıcı nedeni kapsamında kabul etmiştir.

TCK hakaret ve sövme açısından mağdurun hazır olmasından başka “huzura eşit sayılan vasıtalar” dan birinin kullanılması halini de öngörmüştür. Huzura eşit sayılan vasıtalardan birinin kullanılması halinde de suçun huzurda işlenmiş sayılacağını öngörmüştür. Bu itibarla, öncelikle mağdurun hazır bulunması hali ardından huzura eşit haller incelenecektir.

Mağdurun ne zaman hazır sayılacağı doktrin ve uygulamada farklı görüşlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Bir görüş, suçun huzurda işlenmiş sayılabilmesi için fail ile mağdurun yüz yüze gelmeleri ve birbirlerini görmeleri gerektiğini savunmuş, mağdur failin sözlerini işitmiş olsa bile, bulunduğu yer bakımından fail tarafından görülememişse suçun huzurda işlenmiş sayılmayacağını kabul etmiştir²³⁵.

Doktrindeki egemen görüşe göre ise, mağdurun huzuru ile kastedilen, hakaret ve sövmenin, arada bir vasıta olmaksızın bizzat mağdurca öğrenilmiş olmasıdır. Mağdurla failin yüz yüze ve aynı yerde olmaları şart değildir²³⁶. Tartışmalı olan bir diğer nokta, mağdurun hazır bulunmuş sayılabilmesi için söylenen sözleri bizzat duymuş ve algılamış olmasının şart olup olmadığıdır. Bir görüşe göre, mağdurun hakaret ve sövmeyi bizzat algılamış olması gerekmez. Mağdur dalgın veya sağır olması sebebiyle söylenen sözleri duymamış olsa dahi suçun huzurda işlendiğini kabul etmek gerekir²³⁷. Buna karşın doktrinde egemen olan görüşe göre, mağdurun

²³⁵ ERMAN, s. 103.

²³⁶ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 228; ÇETİN, s. 28; DÖNMEZER, s. 309; EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s. 2265; ERMAN, s. 104; ÖNDER, s. 245; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 114; YENİDÜNYA, ALŞAHİN, s. 58; “Müdahil D. Ş. evinin içinde iken sanık M. S’ ün dışarıdan ‘açın kapıyı köpekler’ demesi huzurda hakaret suçunu oluşturur”, 10. CD. 16.02.1998, E. 13677_K. 901, KAYANÇİÇEK, s. 79.

²³⁷ ÜZÜLMEZ, s. 51.

hazır sayılması için, söylenen sözlerin mağdurca doğrudan doğruya duyulması ve bu neticeye mağdurun bilerek ve isteyerek sebebiyet vermiş olması gerekir²³⁸. Bu itibarla, sözün uzakta söylenmiş olması veya mağdurun işitme sorunları sebebiyle, hakaret içeren sözü duymamış olması halinde huzurda hakaret ve sövme suçları oluşmayacaklardır²³⁹. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, mağdurun, hakaret içeren sözleri, işitme duyusunun azlığı nedeniyle duymaması halinde dahi suçun huzurda işlenmiş sayılacağına aksine yani gıyapta işlendiğinin kabul edilmesinin kanun koyucunun amacı ile bağdaşmayacağı gibi sağır olan veya çeşitli engellerle söylenen sözleri işitmeyen veya anlamayan kişilere karşı huzurda ve alenen hakaret suçlarının işlenmesini olanaksız hale getireceğini kabul etmiştir²⁴⁰.

b. Huzura Eşit Sayılan Haller

TCK, huzurda hakaret ve sövmeyi sadece mağdurun bizzat, aracıya gerek kalmaksızın söylenenleri duyması öğrenmesi haliyle sınırlandırmamış, bazı araçlarla hakaret ve sövme suçlarının işlenmesini de huzurda hakarete eş sayarak, failin aynı ceza ile cezalandırılmasına olanak tanımıştır²⁴¹. Bu araçlar 765 sayılı yasanın 480.

²³⁸ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 228; DÖNMEZER, s. 309; EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s. 2265; ERMAN, s. 104; ÖNDER, s. 245; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 114; “Sanığın yolda karşılaştığı müdahillere doğru eğilerek ‘... koyduğumun çocukları’ şeklindeki sözlerin müdahiller tarafından duyulmadığı anlaşıldığından yüze karşı sövme suçunun aleniyet unsurunun gerçekleşmediği ve bu sözlerin sadece tanık Hasan Hüseyin tarafından duyulması sebebiyle de gıyapta hakaret suçunun oluşmadığı cihetle sanığın beraatına karar verilmesi gerektiği gözetilmeyerek yazılı şekilde karar verilmesi yasaya aykırıdır”, 2. CD. 26.02.2007, E. 2962_K. 2841, PARLAR, HATİPOĞLU, s. 127; “Yakınanın evinde uyuduğu sırada, sanığın kendisine yönelik sokaktan söylediği sövme içeren sözlerini duymadığı, olayı sabah eşi olan tanık K. B. ‘den duyduğunun yakınan ve anılan tanık anlatımından anlaşılması karşısında yüze karşı sövme ögesinin oluşmayacağı gözetilmeden TCY’ in 482/3. madde ve fıkrası uyarınca hükümlülük kararı verilmesi yasaya aykırıdır”, 4. CD. 05.11.2008, E. 13860_K. 16137.

²³⁹ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 448.

²⁴⁰ CGK. 04.03.2003, E. 4-37_K. 25, ÇETİN, s. 69.

²⁴¹ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 228; DÖNMEZER, s. 309; ERMAN, s. 105; HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 225; ŞEN, s. 542; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 449; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 118; Farklı görüş için bkz. ÖZBEK, s. 260. (Yazara göre, TCK, fiilin iletiyle işlenmesi halini huzurda hakaretin bir unsuru olmaktan çıkarmıştır. Dolayısıyla söz konusu iletiler artık 765 sayılı TCK’ da olduğu gibi huzura eşit sayılan araçlar değildir.)

maddesinde “mağdura hitaben gönderilmiş mektup, resim veya herhangi bir yazı, telgraf ve telefon” olarak belirtilmişti. TCK’ nın 125. maddesi ise bu araçları, “sesli, yazılı veya görüntülü ileti” ibaresiyle ifade etmiştir²⁴².

TCK’ nın 125. maddesinin 2. fıkrası huzura eşit sayılan araçlara ilişkin sınırlı sayım yapmamış, genel olarak iletişim araçlarını tanımlamak suretiyle kapsamı genişletmiştir. Dolayısıyla kıyas veya kıyasa benzer yollarla hükmün uygulama alanının genişletilmesi girişimleri ve ihtiyacı önlenmiştir. Hükümde belirtilen “ileti” ibaresiyle kastedilenin tüm iletişim araçları olduğu söylenebilir, Yani, internet ve cep telefonu mesajı gibi iletişim araçlarını da kuşkusuz madde kapsamında değerlendirmek gerekir²⁴³.

765 sayılı yasa döneminde huzura eşit sayılan vasıtalarla hakaret ve sövme suçlarının işlenebilmesi için söz konusu iletilerin mağdura “hitaben yazılıp gönderilmiş” olmaları şartı aranmıştı. Ancak bu durum eleştirilmiş ve iletilerin mağduru muhatap almış olmasının yeterli olduğu sonucuna varılmıştı, çünkü, iletilerin mağduru muhatap alması yanında ayrıca mağdura gönderilmiş olmasını aramak hem sosyal şartlara hem de kanunun ruh ve sistemine uygun kabul edilmemişti²⁴⁴. TCK, bu eleştirileri dikkate almış ve iletinin mağdura gönderilmesi şartını gerekli görmemiş, mağdurun muhatap alınmasını huzura eşit sayılma için yeterli kabul etmiştir. İletinin mağduru muhatap almış olması, yani mağdura hitabın gerçekleşmiş olması yeterlidir, iletinin ayrıca mağdura gönderilmiş olması gerekmez. Yani mağduru muhatap alan ileti, mağdura gönderilmemiş ancak bir şekilde mağdurun eline geçmişse huzurda hakaret ve sövme suçları oluşacaktır. İleti

²⁴² ÖZBEK, s. 261; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 449.

²⁴³ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 228; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 449.

²⁴⁴ EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s. 2266; ERMAN, s. 108.

mağdurun eline geçmemiş, ancak ihtilat unsuru oluşmuşsa, gıyapta hakaret ve sövme suçları oluşacaktır²⁴⁵. TCK, iletinin ayrıca mağdura gönderilmiş olması şartını aramamış olmasına rağmen, yazarların bir kısmı iletinin mağduru muhatap alması ve mağdura gönderilmiş olması gerektiğini ve iletinin içeriğinin ilk olarak mağdur tarafından öğrenilmiş olması gerektiğini savunmaktadır²⁴⁶. Hatta TCK’ da açıkça iletinin “gönderilmesi” ibaresi yerine “ileti yoluyla” ifadesi kullanılmış olmasına farklı anlamlar yüklenmemesi gerektiği, her halükarda bu hükmün iletinin muhatabına gönderilmesi iradesi ve anlamı içerdiği ileri sürülmüştür²⁴⁷.

Herhangi bir ileti vasıtasıyla (sms, fax, telgraf, mektup, telefon gibi) mağduru muhatap alan yani mağdura hitaben yazılmış, doğrudan doğruya mağdura gönderilmiş veya üçüncü kişiye gönderilmekle beraber, gönderilen kişinin sıfatı veya mağdurla olan yakın ilişkisi nedeniyle iletilerin mağdura verileceğinin muhakkak olduğu hallerde huzurda hakaret ve sövme gerçekleşmiş kabul edilecektir²⁴⁸.

Mağduru muhatap almayan üçüncü kişiye yazılmış mektupla mağdurun şerefine saldırı halinde 125. maddenin 2. fıkrasındaki “muhatap alma” unsuru gerçekleşmeyeceğinden hakaret ve sövme suçları gıyapta işlenmiş sayılır ve failin cezalandırılabilmesi için ihtilat unsurunun gerçekleşmesi gerekir. Böyle bir mektupla işlenen hakaret ve sövme suçlarında ihtilat unsuru çoğunlukla gerçekleşmemekte ve hakaret ve sövme oluşmamaktadır, çünkü, bu gibi durumlarda

²⁴⁵ ÖZBEK, s. 261.

²⁴⁶ ARISOY, s. 167; CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 229; PARLAR, HATİPOĞLU, s. 14; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 449.

²⁴⁷ TARHAN, s. 289.

²⁴⁸ DÖNMEZER, s. 309; EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s. 2268; ERMAN, s. 108; ÖZBEK, s. 261; “Sanığın katılan M. U. ’ nun cep telefonuna birden çok mesaj göndererek eşi N. U. ile ilgili olarak ‘sevdiğim erkek N’ e aşık’, ‘acele etme bir ay içinde boynuzları takacaksın’, ‘sen saf bir insansın, onun tek hayali zengin birini bulmaktı’ biçiminde sözleriyle sövdüğü ve eyleminin 765 sayılı TCY’ nin 482/2 (5237 sayılı TCK’ nın 125/2) maddesine uyan suçu oluşturduğunun gözetilmemesi”, 4. CD. 06.06.2006, E. 7190_K. 12068, PARLAR, HATİPOĞLU, s. 190.

mektubu alan kişinin bunu ikiden çok kişiye okuması, okutturması ya da içeriğini duyurması ihtilat unsurunun oluşumunu sağlamaz²⁴⁹.

Yerleşik Yargıtay uygulamasına göre, resmi dairelere verilen dilekçelerle bir memurun şerefine saldırı halinde, söz konusu memurun bu dilekçeyi kabul edip görececek bir makamda bulunması ve bunu görmüş olması durumunda suçun huzurda işlendiği kabul edilmekteydi²⁵⁰.

Yargı makamlarına yazılan dilekçelerle karşı tarafın şerefine saldırı halinde, dilekçenin karşı tarafa tebliği zorunlu ise, mağdura hitaben yazıldığı kabul edilebilir²⁵¹.

Yukarıda her ne kadar iletinin mağduru muhatap almasının yeterli olduğu açıklandıysa da, telefon ve sesli, bilgisayar iletişimi ile işlenen fiillerin doğrudan mağdura yönelik olması, yani failin mağdurla konuşuyor olması gerekir. Bir

²⁴⁹ ÇETİN, s. 26; “Sanığın yakınıcının anneannesi P. D. ‘ye yazdığı mektupta yakınıcıya hakaret etme eyleminin, yakınıcı açısından yoklukta hakaret suçunu oluşturacağı, bu suçun oluşması için ihtilat ögesinin bulunması ve bu ögenin de sanıktan kaynaklanması gerektiği, üçüncü kişiye yazılan mektubun ikiden çok kişiye okunmasının suçun oluşumunu etkilemeyeceği gözetilmeden, olayda uygulama yeri bulunmayan TCY’ nin 480/2. madde ve fıkrasıyla hükümlülük kararı verilmesi yasaya aykırıdır”, 4. CD. 27.01.1997, E. 263_K. 426, ÇETİN, s. 26.

²⁵⁰ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 450; “Sanığın Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürü olan yargıç mağdura hitaben yazıp gönderdiği iki ayrı dilekçeyle görevinden dolayı işlediği sövme eylemlerinin TCY’ nin 266/3, 80. maddelerine uymasına karşın TCY’ nin 482/2, 273, 80. maddeleriyle hüküm kurulması yasaya aykırıdır.”, 4.CD. 03.02.2000, E. 20_K. 571, ÇETİN, s. 72; “Sanığın asliye ceza mahkemesine verdiği dilekçe ile bu mahkemenin yargıcına sövme eyleminin TCY’ nin 268/3. madde ve fıkrası aracılığıyla aynı yasanın 266/3. madde ve fıkrasına uyduğu gözetilmeden kurula ya da duruşmadaki yargıca karşı sövme eylemlerini cezalandıran aynı yasanın 268/1. madde ve fıkrasıyla hüküm kurulması yasaya aykırıdır”, 4. CD. 05.05.1997, E. 9021_K. 9288, ÇETİN s. 73.

²⁵¹ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 450; “Katılan avukata sövme suçunun asliye ticaret mahkemesine verilen ve yasa gereği kendisine tebliğ zorunluluğu bulunan davaya yanıt dilekçesiyle işlemesi karşısında, sanığın eyleminin, 765 sayılı TCY’ in 268/3. maddesi göndermesiyle 266/2. madde ve 3. bendine uyduğunun gözetilmemesi”, 4. CD. 11.07.2007, E. 4668_K. 6673, KAYANÇİÇEK, s. 81; “Suça konu dilekçelerin katılana hitaben yazılmayıp, içerikleri itibarıyla katılana havale zorunluluğunun da bulunmadığının anlaşılması karşısında, sanığın eyleminin ihtilat ögesinin gerçekleşmesi koşuluyla TCY’ in 482/1, 273. maddelerine uyan yoklukta sövme suçunu oluşturduğunun gözetilmemesi yasaya aykırıdır”, 4. CD. 30.09.2003, E. 18642_K. 8495, TARHAN, s. 438; “Sanığın asliye hukuk mahkemesine verdiği ve yasa gereği tebliğ zorunluluğu bulunan dilekçe ile karşı taraf vekili olan Av. A. K.’ ya sövme eyleminin TCY’ in 268/3. maddesi ve fıkrası aracılığıyla 266/3.madde ve fıkrasına uyduğu gözetilmeden yazılı biçimde hüküm kurulması yasaya aykırıdır”, 4. CD. 04.02.1998, E. 12057_K. 549, ÇETİN, s. 70.

başkasıyla failin konuşması sırasında mağdurun tesadüfen konuşmayı duyması halinde, huzurda hakaret ve sövme oluşmayacaktır²⁵². Ancak otomatik sekretere kaydettirilen ses bandının mağdur tarafından dinlenilmiş olması halinde huzura eşit bir vasıta kullanılmış sayılmalıdır²⁵³.

Hakaret ve sövme suçlarının basın yoluyla işlenmeleri halinde basın, huzura eşit bir vasıta olarak kabul edilemez, çünkü, basın yoluyla yapılan şerefe saldırı hallerinde; doğrudan mağduru muhatap alma unsuru gerçekleşmemekte, okuyucu kitlesi muhatap alınmaktadır²⁵⁴. İnternetin sürekli yayın kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Dolayısıyla internet yoluyla şerefe saldırı hali suçun basın yoluyla işlenmesi kapsamına dahildir ve yukarıda açıklanan nedenlerle huzura eşit vasıta olarak kabulü mümkün değildir²⁵⁵.

c. Gıyapta Hakaret ve Sövme

Hakaret ve sövme suçlarının mağdurun hazır olmadığı bir ortamda veya doğrudan vakıf olamayacağı bir şekilde işlenmeleri halinde gıyapta hakaret ve sövme söz konusu olacaktır²⁵⁶. Mağdurun gıyabında işlenen hakaret ve sövmenin cezalandırılabilmesi için suçun en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi gerekir²⁵⁷.

²⁵² EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s. 2267; ERMAN, s. 110; “Sanığın yakının S’ ye telefonla söylediği ‘senin kocan maymuna benziyor’ sözünün sanığın iradesi dışında paralel telefonda yakının S tarafından da dinlenmiş olması karşısında, koca hakkında söylenen bu sözün ona telefonla sövme sayılamayacağı ihtilat ögesinin gerçekleşmesi koşuluyla yoklukta sövme suçunun oluşabileceği gözetilmeden TCY ‘in 482/2. madde ve fıkrasıyla cezalandırılması yasaya aykırıdır”, 4. CD. 07.10.1997, E. 7847_K. 7997, ÇETİN, s. 73.

²⁵³ ERMAN, s. 110.

²⁵⁴ ERMAN, s. 105; ÖZBEK, s. 261; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 449.

²⁵⁵ ÖZEN, Mustafa, “Hakaret Suçu ve İnternet Yoluyla İşlenmesi”, TBBD, S. 75, s. 105.

²⁵⁶ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 229; PARLAR, HATİPPĞLU, s. 14.

²⁵⁷ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 229; EREM, Hakaret ve Sövme, s. 10; ERMAN, s. 91; ÖZBEK, s. 262; ŞEN, s. 532; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 450; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 115; “Bayramda evlerine ziyarete gelen katılanların cüzdanlarını çaldıklarını, sanık B. Ö ’ nün tanıklar M. B. ve H. İ. ’ye sanık T. Ö. ’nün ise tanık M. B. ’ye söylediği, yoklukta hakaret suçunun oluşabilmesi için ikiden fazla (en az üç kişi ile) iletişimde (ihtilatla) bulunulması, gerektiği gözetilmeden, ‘olayı gerek apartmanda komşuları gerekse tanıkların duyduğu’ biçimindeki yasal

İhtilat unsuru gıyapta hakaret ve sövmenin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Şeref ve özellikle dış şerefın yansıması olan saygınlık, hakaret ve sövmenin ancak üçüncü kişilerce öğrenmeleri halinde ihlal edilmiş olur, çünkü, fail, somut bir fiil isnadı veya sövme ile mağdur hakkında düşmanca bir düşünce veya duyguyu açıklamakla kalmamakta, bir değer yargısında bulunmaktadır. Dolayısıyla ancak bu yargıya başkalarının da katılımını sağlamak durumunda kanunun öngördüğü sonuçlar meydana gelebilecektir²⁵⁸.

Gıyapta hakaret ve sövmenin oluşumu için kanun koyucu failin en az üç kişiyle ihtilat etmesini öngörmüştür. Failin bir veya iki kişiyle ihtilat etmiş olması gıyapta hakaret ve sövmenin oluşumu için yeterli değildir. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere esasen failin bir veya iki kişiyle ihtilatı halinde de mağdurun kişilik hakları ihlal edilir ve bir haksızlık gerçekleşir. Ancak izlenen suç siyaseti gereğince failin gıyapta hakaret ve sövme suçları sebebiyle cezalandırılabilmesi için isnat edilen somut fiil veya sövmenin en az üç kişiyle ihtilat edilmesi şartı aranmıştır. Kanun koyucu gerekçede izlemiş olduğu suç siyasetinin hangi düşüncelerden kaynaklandığına ilişkin bir açıklamada bulunmamıştır. Kanun koyucunun bir ya da iki kişiyle ihtilatı ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirdiği ileri sürülmektedir²⁵⁹.

olmayan gerekçeyle sanıklar hakkında TCY' in 480/1. madde ve fıkralarıyla hükümlülük kararı verilmesi yasaya aykırıdır", 4. CD. 06.05.2003, E. 20772_K. 3403, ÇETİN, s. 80; "765 sayılı TCY' in 482/1. maddesinde düzenlenen gıyapta hakaret suçunun ihtilat unsurunun oluşması için sanığın söylediği iddia olunan hakaret içerikli sözlerin ikiden çok kimse tarafından duyulması gerektiği nazara alındığında, tanıklar E. G. ve M. E. dışında başka kişilerce de duyulup duyulmadığı araştırılmadan eksik inceleme ile mahkumiyet kararı verilmesi", 2. CD. 16.06.2008, E. 17950_K. 7200, KAYANÇİÇEK, s. 95; "Yoklukta sövme eylemine ilişkin olarak katılan tarafından dinletilen tanıklardan yalnızca F. T. ve A. Ç.'in tanıklığı bulunması karşısında, en az 3 kişiyle iletişim kurma ögesinin nasıl oluştuğuna ilişkin kanıtlar tam açıklanmadan, yazılı şekilde sanığın mahkumiyetine karar verilmesi", 2. CD. 06.06.2007, E. 4030_K. 8150, PARLAR, HATİPOĞLU, s. 115.

²⁵⁸ ERMAN, s. 91; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 115.

²⁵⁹ SOYASLAN, s. 238.

765 sayılı yasa gıyapta hakaret ve sövmenin oluşabilmesi bakımından “ikiden ziyade kimse tarafından ihtilat etmesi” nden söz etmekte doktrin ve uygulamada bu ibare, en az üç kişi olarak anlaşılmaktaydı. TCK’ nın 125. maddesinin 1. fıkrasının ikinci cümlesi ise “mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için fiilin en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi gerekir” düzenlemesiyle sayı unsuruna açıklık getirmiş bulunmaktadır²⁶⁰. Yani en az üç kişinin somut bir fiil veya olgu isnadı ve sövmeyi öğrenmiş olması gerekir. Mağdura isnat edilen somut fiil ve sövmenin üç kişiden az kimsenin bilgisine sunulması halinde suç oluşmasa da haksız bir fiil meydana gelmiş olması sebebiyle manevi tazminat davası açılabilir²⁶¹.

Kanun koyucunun izlemiş olduğu suç siyasetinin yerinde olmadığı, kanunun her halde kişinin şeref ve saygınlığını koruması gerektiği, Anayasanın 5. maddesinin devlete, kişinin manevi varlıklarını koruma yükümlülüğü yüklediği, bu sebeple gıyapta hakaret ve sövmenin oluşması bakımından kişi sayısının dikkate alınmasının yerinde olmadığı ileri sürülmektedir. Bu doğrultuda TCK’ nın 125. maddesinin 1. fıkrasının ikinci cümlesinin Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla Çat Sulh Ceza Mahkemesi tarafından Anayasa Mahkemesine yapılan başvuru üzerine, Anayasa Mahkemesi söz konusu cümleyi Anayasaya aykırı görmeyerek başvuruyu reddetmiştir²⁶².

²⁶⁰ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 225; ÖZBEK, s. 262.

²⁶¹ EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s. 2251; ŞEN, s. 541.

²⁶² 5237 sayılı TCK’ nın 125. maddesinin 1, fıkrasının “mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için fiilin en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi gerekir” biçimindeki ikinci cümlelerin Anayasanın Başlangıç ile 2. ve 5. maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla yerel mahkemece itiraz yoluna gidilmiş olması üzerine Anayasa Mahkemesi 03.01.2008 gün ve 136/3 sayılı kararında aykırılık iddiasını oybirliği ile şu gerekçelerle ciddi görmemiştir: “Başvuru kararında, günümüz insan hakları anlayışında maddi ve manevi varlığına saygı gösterilmesini isteme hakkının doğuştan geleni temel bir insan hakkı olarak görüldüğü, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin toplumsal düşüncelerle kısıtlanmasına izin verilmediği, Devletin kişilerin şeref ve haysiyetlerini ihlal eden davranışları cezalandırmaya yönelik hükümleri tanzim ederken bireyi gözetmesi gerektiği belirtilerek, ceza politikası tercihleriyle kişilerin şeref ve saygınlığını korumak

İhtilat, suçun unsuru oluşturmaktadır. Kanunun “...cezalandırılabilmesi için...” ifadesini kullanmış olması herhangi bir yanlışlığa sebebiyet vermemelidir²⁶³.

İhtilat genel olarak “karşılaşıp görüşme” şeklinde tanımlanmaktadır. “İhtilat”, en az üç kişinin isnat edilen fiil veya olguyu ve sövmeyi öğrenmiş olmaları demektir²⁶⁴. Ancak ihtilat edilen kimselerin bir arada bulunup hakaret ve sövmeye vakıf olmaları şart değildir. 765 sayılı yasadan farklı olarak TCK’ nın 125. maddesi ihtilat edilen kimselerin toplu veya dağınık olması halinden açıkça söz etmemiştir. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, ihtilat edilen kişilerin toplu veya dağınık olmalarının suçun oluşumu üzerinde bir etkisi yoktur. Dolayısıyla fail değişik zamanlarda değişik kimselere ayrı ayrı ve teker teker isnat ettiği somut fiil ve

amacıyla getirilen itiraz konusu düzenlemede hakaret teşkil eden söz ve davranışların ulaştırıldığı şahısların sayısının cezalandırma koşulu olarak öngörülmesinin Anayasanın Başlangıcı, 2. ve 5. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraza konu hükümde mağdurun yokluğunda yapılan hakaret suçu failinin cezalandırılabilmesi için fiilin en az üç kişiyle ihtilat edilerek işlenmesi koşulu aranmıştır. Bu unsur yoksa haksız bir eylem meydana gelmiş olduğu halde sanık bu suçtan cezalandırılmayacaktır... Anayasanın Başlangıç bölümünün 6. paragrafında , “Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu” belirtilmiştir. Hukuk devleti ilkesini düzenleyen 2. maddesinde insan haklarına saygılı devlet ilkesi vurgulanmış, 5. maddesinde de devletin temel amaç ve görevleri arasında kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak sayılmıştır.

Kişilerin ait oldukları toplumda şeref ve haysiyetlerinin korunmasını istemeleri temel haklarından biridir. Bu nedenle, öteden beri kişiler, onur, namus ve haysiyetlerine dokunan fiilere karşı özel hukuk kuralları dışında ceza hukuku vasıtasıyla da korunmaktadırlar. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, kişilerin hak ve yararlarının korunmasına ilişkin hükümlere özel hükümlerin başında yer vererek, insan ve insan haklarını korumayı ceza politikasının hedefi saymıştır. Nitekim bu çerçevede şerefe karşı işlenen suçlar Türk Ceza Kanunun sekizinci bölümünde düzenlenmiştir. Yasa koyucu hakaretin yüze karşı veya gıyapta yapılmasına göre farklı kuralları öngörmüştür. Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlükleri kotuma yükümü çerçevesinde temel hak ihlallerini yaptırım altına alan yasa koyucunun, Anayasa kuralları ve hukukun genel ilkeleri çerçevesinde kalmak koşuluyla hangi eylemlerin suç oluşturacağını belirleme yetkisi bulunduğu gibi suçluların cezalandırılmasına ilişkin koşulları da saptama yetkisine sahiptir. Dolayısıyla kişilere karşı suçlara özel hükümlerin başında yer vererek insan ve insan haklarını koruma ilkesine verdiği değeri, suç ve ceza politikasının temel hedefi kabul eden yasa koyucunun izlenen suç ve ceza siyasetinin gereği olarak, gıyapta hakaretin cezalandırılabilmesinde “en az üç kişiyle ihtilat” koşulunu araması, yasama yetkisi kapsamındadır. Açıklanan nedenlerle kural Anayasanın 2. ve 5. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.”, http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=2515&content=, Erişim Tarihi, 31.05.2010.

²⁶³ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 225; Farklı görüş için bkz. ÜZÜLMEZ, s. 53. (Yazar, ihtilatı hakaret suçu bakımından objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul etmektedir.)

²⁶⁴ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 451.

sövmeyi bildirirse, ihtilat unsuru gerçekleşir. Ancak değişik zamanlarda değişik kimselere ihtilat halinde isnadın aynı olması veya en azından esas unsurlarının aynı olması gerekir²⁶⁵. Örneğin fail mağdur hakkında bir kişiye hırsız dedikten sonra bir başkasına dolandırıcı dese, fiil nitelik itibarıyla aynı olduğundan hakaret suçu oluşacaktır²⁶⁶. Ancak failin mağdur hakkında bir kimseye hırsız dedikten sonra bir başkasına katil demesi halinde fiil nitelik itibarıyla aynı olmadığından hakaret suçu oluşmayacaktır²⁶⁷. Failin, dağınık olarak üç kişiye mağdur hakkında farklı isnatlarda bulunmasının fail lehine netice vermesini izah etmek oldukça güçtür. Bu itibarla somut bir fiil veya olgu isnadı ile sövmeyi birbirinden ayırmak gerekir. Sövme kanun koyucu tarafından şerefe saldırı olarak kabul edilmiştir. Sövmek suretiyle bir kişinin şerefine saldırıda bulunulması halinde, dağınık halde bulunan kişilerle ihtilatın gerçekleşmesi için, sövmenin her defasında aynı nitelikte olmasını aramak, sövmenin niteliğine aykırılık oluşturur. Dolayısıyla, değişik kişilere, mağdur hakkında, yalancı, şerefsiz, terbiyesiz gibi ibarelerle sövme suçunun işlenmesi halinde, ihtilat unsurunun gerçekleştiğini kabul etmek gerekir²⁶⁸.

Kanunda “ihtilat”ın şekline ilişkin bir ibare bulunmamaktadır. Bu nedenle, suçun oluşumu bakımından kullanılan aracın bir önemi yoktur. Önemli olan kullanılan

²⁶⁵ EREM, Hakaret ve Sövme, s. 12; ERMAN, s. 92-93; ÖNDER, s. 233-234.

²⁶⁶ EREM, Hakaret ve Sövme, s. 12; ERMAN, s. 93; “Sanık savunmasında İ. Z. Ç. ve H. C’ ye, kişisel davacı hakkında ‘muhtarla yatıyor’ dediğini açıkça belirtmesi, adı geçen tanıkların da bu hususu doğrulamalarının yanı sıra, tanık N.A.’ nın da yeminli tanıklığında özetle: ‘sanığın kendisine, muhtar Elfide’ yi kullanıyormuş diye söylediği’ belirtilmiş olması karşısında tanık; N. A. ’nın anlatımı yöntemince tartışılıp reddolunmadan ‘ihtilat ögesi gerçekleşmediği’ gerekçesiyle beraat kararı verilmesi yasaya aykırıdır”, 4. CD. 04.12.2006, E. 10925_K. 17202, TARHAN, s. 440.

²⁶⁷ ERMAN, s. 93.

²⁶⁸ EREM, Hakaret ve Sövme, s. 12.

aracın isnat edilen somut fiil veya olguyu ve sövmeyi üçüncü kişinin bilgisine ulaştırmaya elverişli olmasıdır²⁶⁹.

İhtilatın en basit ve yaygın şekli, hakaret ve sövme niteliğindeki sözlerin en az üç kişinin huzurunda söylenmesidir. Bu durumda failin bu kişilerden birine veya hepsine hitap etmesi gerekmez. Örneğin, umuma açık bir yerde birçok kişinin duyabileceği biçimde, aşıkarak, belirli bir kimseye hakaret ve sövme halinde ihtilat unsuru yine gerçekleşir. Fail bir kişiye hitap etmekle beraber, başkaları tarafından da duyulabilecek şekilde konuşmuş ve bu kimseler de söylenen sözleri işitmişlerse, ihtilatın bulunduğunu kabul etmek gerekir. Ancak bu durumda, failin, muhatap olduğu kişiler dışındaki kişilerin söylediği sözleri işittiklerini bilmesi gerekir²⁷⁰. Failin ihtilat ettiği kişileri tanıyıp tanımamasının ya da ihtilat edilen kişilerin failin veya mağdurun ailesinden olup olmamasının suçun oluşumu bakımından önemi yoktur²⁷¹.

İhtilatın yazılı bir ileti ile de gerçekleşmesi mümkündür. Yazılı ileti ibaresi cep telefonu mesajı, mektup, elektronik posta gibi vasıtaları da kapsayacak genişliğe sahiptir. Değişik kişilere yazılacak iletilerin içeriği değişmemek şartıyla gıyapta hakaret ve sövme suçları oluşacaktır. Ancak mağdura yönelik hakaret ve sövmeyi içeren iletinin birden çok kez aynı kişiye gönderilmesi halinde ihtilat oluşmayacağı için suç gerçekleşmeyecektir. Bu kişi kendisine gönderilen yazılı iletiyi diğer kişilere bildirecek olursa, failin, hakaret ve sövmeyi başkalarına ulaştırması yönünde bir kastının bulunup bulunmadığına bakmak gerekecektir. Fail yazdığı iletilerin başkalarına okunmasını veya bildirilmesini istememişse meydana gelen ihtilatla

²⁶⁹ EREM, Hakaret ve Sövme, s. 12; ERMAN, ÖZEK, s. 281; ÖZBEK, s. 262; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 451; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 115.

²⁷⁰ ERMAN, ÖZEK, s. 281; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 116.

²⁷¹ EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s. 2254; ERMAN, s. 94.

failin fiili arasında illiyet bağı bulunmayacaktır. Dolayısıyla failin sorumluluğu gündeme gelmeyecektir. Ancak fail yazdığı iletinin içeriğinin, gönderdiği kişi tarafından, başkalarına okunmasını veya bildirilmesini istemişse ihtilatın bulunduğunu kabul etmek gerekecektir. Fail bu isteğini, yazılı iletiyi gönderdiği kişiyi, iletinin içeriğini başkalarına okuma ve bildirme ile görevlendirmek şeklinde açıkça belirtebilecektir. Fail bu durumda ihtilat edeceği kişilerle arasındaki teması başkasını vasıta ederek gerçekleştirecektir²⁷².

Telgraf vasıtasıyla yapılan hakaret ve sövme halinde, telgrafın içeriği, telgrafi çeken ve yazılı metni alan memurlarca zorunlu olarak öğrenilecektir. Failin bu durumu bilmemesine ve istememesine imkan yoktur. Ancak bu memurlar hukuken bu içeriği açıklamamakla yükümlü olduklarından ihtilatın varlığı bakımından asgari sayıdaki kişilerin hesabında dikkate alınmazlar²⁷³.

İhtilat resmi merciler aracılığıyla tebliğ edilip nitelikleri itibarıyla birkaç memurun havalesinden geçecek belge ve dilekçelerle de gerçekleştirilebilir²⁷⁴.

²⁷² DÖNMEZER, s. 281; EREM, Hakaret ve Sövme, s. 11; ERMAN, s. 95; ÖNDER, s. 233; “Sanığın yazdığı özel mektupla katılana hakaret ettiği iddia edilmişse de mektup alıcısının dışında başka kişilerce okunup içeriği öğrenilmemiştir. Eylemin mağdurdan başka, ikiden çok kimse tarafından duyulup bilgi edinilebilecek koşullar içinde işlenmeyen hakaret suçunda ihtilat unsuru bulunmamaktadır”, CGK. 07.11.1988, E. 342_K. 430, KAYANÇİÇEK, s. 97; “Sinop cezaevinde tutuklu sanığın, kendisi hakkında hükümlülük kararı veren mahkeme üyelerini hedef alarak yazdığı tehdit ve hakaret içeren mektubu Boyabat cezaevinde tutuklu bulunan bir arkadaşına cezaevi kanalıyla gönderme eyleminde, ilgili mevzuat gereğince, cezaevine giren-çıkan tüm mektupların yönetim tarafından okunacağını sanığın bilgisi dahilinde olması karşısında, yokluk tehdit suçu yönünden iletme iradesi ve yoklukta hakaret suçu yönünden ise ihtilat öğelerinin oluşacağı gözetilmeden yasal olmayan gerekçeyle beraat kararı verilmesi yasaya aykırıdır” 4. CD. 29.01.2007, E. 8879_K. 749, TARHAN, s. 440; “Suça konu olan mektubun yakınan M. ‘ye hitaben yazılmadığının ve yakınanın eline sanığın iradesi dışında geçtiğinin anlaşılması karşısında eylemin iletişim (ihtilat) öğesinin gerçekleşmesi halinde TCY’ in 482/1 ve 273. maddelerine uyan görevliye yoklukta sövme suçunu oluşturabileceği ve olayda bu öğenin de gerçekleşmediği gözetilmeden uygulama yeri bulunmayan TCY’ in 266/1 maddesiyle mahkumiyet hükmü kurulması yasaya aykırıdır”, 4.CD. 23.02.1994, E. 9011_K. 666, ÇETİN, s. 83.

²⁷³ ERMAN, ÖZEK, s. 282; Farklı görüş için bkz. EREM, Hakaret ve Sövme, s. 12. (Yazara göre sır saklama yükümlülüğü olan kişiler de ihtilatın oluşumu bakımından gerekli olan asgari sayıdaki kişilerin hesabında dikkate alınmalıdır.)

²⁷⁴ DÖNMEZER, s. 281; ERMAN, ÖZEK, s. 282; ÖNDER, s. 234; “Sanığın ağır ceza mahkemesine gönderdiği dilekçe ile K. hakimine gıyabında hakarete bulunan sanığın dilekçesinin birkaç daireye

İhtilatın telefon vasıtasıyla da gerçekleşmesi mümkündür. Failin hakaret ve sövmeyi değişik kişilere telefon etmek suretiyle bildirmesi veya telefon ettiği kişiye diğer bazı kişileri de telefon başına çağırmasını söyleyip, hepsinin duyacağı şekilde hakaret ve sövmeyi gerçekleştirmesi halinde de ihtilat unsuru oluşur²⁷⁵.

İhtilatın bulunduğu kabul edilebilmesi için, bu ihtilatın failin fiilinden doğması yani, ihtilat ile failin fiili arasında illiyet bağının bulunması gerekir. Dolayısıyla fail odada bulunan iki kişi ile ihtilat ettiği halde; üçüncü bir kişinin konuşulanları; failin haberi olmadan kapının ardından dinlemek suretiyle işitmesi halinde ihtilatın varlığından söz edilemez. Ancak yukarıda da bahsedildiği üzere illiyet bağının varlığı için mutlaka failin bizzat en az üç kişiyle temasa ve irtibata geçmesi şart değildir. Bu nedenle failin bir kişiye yönelik hakaret ve sövmeyi yayma görevi vermesi veya muhatabın böyle bir harekette bulunmasını istemesi halinde de ihtilat unsuru oluşur²⁷⁶. Bu konu, aynı zamanda manevi unsuru da ilgilendirmektedir. Dikkat edilmesi gereken husus, failin en az üç kişiyle ihtilat etmek isteyip istemediğinin tayinidir. Fail iki veya daha az kişiyle ihtilat etmek isterken, iradesi dışında bulunan sebeplerle hakaret ve sövmeyi başkalarının öğrenmesi halinde, failin ihtilat iradesinin bulunduğunu kabul etmek imkansızdır. Bir başka deyişle, failin fiili

havale edilmesiyle ihtilat unsuru teşekkül etmiş sayılır”, 4. CD. 08.04.1958, E. 559_K. 4977, KAYANÇIÇEK, s. 98; “Sanığın Genel Kurmay Başkanlığı Askeri Savcılığına yazıp gönderdiği ve Gülhane Askeri Tıp Akademisinde doçent olan katılana karşı sövme suçunu oluşturan dilekçenin gördüğü değişik işlemler nedeniyle, olayda iletişim (ihtilat) ögesinin gerçekleştiği ve eylemin TCY’ in 482/1, 273. maddelerine uyduğu gözetilmeden görevliye yüze karşı sövmeleri cezalandıran aynı yasanın 266.maddesiyle hüküm kurulması yasaya aykırıdır” 4. CD. 30.10.2000, E. 6256_K. 7142, ÇETİN, s. 84.

²⁷⁵ ERMAN, s. 97; “Sanığın tanık ile yatığı telefon görüşmesinde yakınana yönelik olarak söylediği sövme içerikli sözlerin, yakınana telefonla sövme sayılamayacağı, iletişim (ihtilat) ögesinin gerçekleşmesi koşuluyla yoklukta sövme suçunun oluşabileceği gözetilmeden, TCY’ in 482/2. maddesiyle hüküm kurulması yasaya aykırıdır”, 4. CD. 23.09.2003, E. 25567_K. 8071, ÇETİN, s. 80.

²⁷⁶ EREM, Hakaret ve Sövme, s. 11; ERMAN, s. 101; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 117.

ile ihtilat arasında illiyet bağı bulunmamaktadır²⁷⁷. Ancak failin başkalarının da işittiğini bildiği halde tek bir kişiyle ihtilatı halinde ihtilat unsurunun oluştuğunu kabul etmek gerekir²⁷⁸. İhtilat edilen kimselerle temasın az veya çok uzun zamanlarla birbirinden ayrılmış olmasının önemi yoktur. Suç, son ihtilatın gerçekleştiği anda oluşur²⁷⁹. Failin üç kişiden fazla kimselerle ihtilat ettiği hallerde zaman aşımı, şikayet süresi gibi süreler son ihtilatın yapıldığı tarihte başlar²⁸⁰.

Kanun koyucu ihtilat unsurunun oluşması bakımından mağdur dışında en az üç kişiyle ihtilat edilmesini öngörmüştür. Bu itibarla, mağdur ihtilat edilen kimselerin sayısına dahil değildir. İki kimseden fazla mağdur bulunması halinde, her mağdur, diğerine yapılan hakaret bakımından üçüncü kişi sayılır. Ancak mağdur huzurda olduğundan hakaret ve sövmenin gıyapta gerçekleşmiş sayılmayacak, dolayısıyla artık ihtilatın varlığı aranmayacaktır²⁸¹.

Mağdurun ihtilat ettiği kimselerin, hakaret ve sövmeyi anlayabilecek durumda olmaları gerekir. Bu itibarla ayırt etme gücünden yoksun küçükler ve akıl hastaları ihtilatın oluşması için belirlenen asgari sayının hesabında dikkate alınmazlar. İhtilat edilen kimselerin yasal olarak sır saklama yükümlülüğü bulunan kimselerden olması halinde; bu kişilerin asgari sayıya dahil olup olmayacağı tartışmalıdır. ERMAN, bu konuda yasal olarak sır saklama yükümlülüğü olanların

²⁷⁷ ERMAN, s. 101; “Yoklukta hakaret ve sövme suçlarının oluşumu için hakaret veya sövmenin sanık tarafından ikiden fazla kişinin duyacağı biçimde söylenmesi gerektiği, bu sözleri duyanlar tarafından yapılan aktarmaların sayıya katılamayacağı gözetilmeden, tanığın başkasına duyurmasıyla suçun oluşacağı kabul edilip sanığın 765 sayılı TCY’ in 480/1. maddesiyle cezalandırılmasına karar verilmesi”, 4. CD. 08.11.1991, E. 6118_K. 6637, KAYANÇIÇEK, s. 100; “TCY’ in 480. ve 482. maddelerinde yazılı yoklukta hakaret ve sövme suçlarının iletişimi (ihtilat) ögesinin oluşumu için sanığın suç sayılan sözleri ikiden çok kişiye söylemesi gerektiği, sözleri sanıktan duyanların başkalarına aktarmalarının bu ögesinin oluşumuna yetmeyeceği gözetilmeden hükümlülük kararı verilmesi yasaya aykırıdır”, 4. CD. 20.04.1999, E. 2952_K. 3786, ÇETİN, s. 81.

²⁷⁸ EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi, s. 2253.

²⁷⁹ EREM, Hakaret ve Sövme, S. 12; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 116.

²⁸⁰ EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi, s. 2254.

²⁸¹ ERMAN, ÖZEK, s. 283.

asgari sayıya dahil edilemeyeceğini savunmaktadır²⁸². EREM ise, kanunun isnadı yaymaktan değil, sadece ihtilattan bahsetmesi sebebiyle, yasal olarak sır saklama yükümlülüğü bulunan kişilerin de asgari sayıya dahil olduğunu kabul etmektedir²⁸³.

İhtilat edilen kimselerin sağırılık veya körlük gibi fizyolojik eksiklikleri sebebiyle yazıyı okuyamamaları, söylenenleri işitememeleri halinde, bu kişilerin asgari sayıya dahil olacağı kabul edilemez. Ancak failin sağır ve dilsizlerle işaret yoluyla anlaşabiliyor olması halinde, sağır ve dilsizler de asgari sayıya dahil olabilir. Ayrıca ihtilat edilen kimselerin konuşulan lisanı anlamaması, okuma bilmiyor olması, sarhoşluk ya da başka işle uğraşıyor olması sebebiyle konuşulanları duymamış olması halinde, bu kişilerin de asgari sayıya dahil edilmesi kabul edilemez. Bu itibarla, ihtilat unsurunun oluşumu bakımından birden fazla kişinin hakaret ve sövmeyi öğrenmelerinin imkan dairesinde bulunması yeterli değildir. Bu kişilerin isnat edilen somut fiil veya sövmeyi bizzat öğrenmiş olmaları gerekir. Yani, fail ile ihtilat edilenler arasında fikri temasın varlığı gerekir ve ihtilat edenlerin sadece hazır bulunmaları ihtilatın oluşumu bakımından yeterli sayılamaz²⁸⁴.

İhtilatın gerçekleşmiş bulunduğu hususu tanıkla ispat edilebilir. Ancak yukarıda değinildiği üzere ihtilat edilen tanıklardan birinin hakaret ve sövmeyi işitmediğini ileri sürmesi halinde, hakimın söylenenleri işitmediğini iddia eden kimseyi TCK' nın 272. maddesi uyarınca sorumlu tutarak, ihtilat unsurunun varlığına hükmetmesi mümkündür²⁸⁵.

²⁸² ERMAN, s. 98.

²⁸³ EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, S. 2253.

²⁸⁴ EREM, Hakaret ve Sövmeye, s. 13; ERMAN, s. 98-100.

²⁸⁵ EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s. 2254-2255.

E. Hukuka Uygunluk Halleri

Beşeri bir fiilin suç olabilmesi için bu fiilin sadece kanundaki suç tanımına uygun yani “tipik” olması yetmemekte, ayrıca fiilin hukuka aykırı olması, yani hukuk düzeni ile çatışma halinde bulunması gerekmektedir²⁸⁶. Bu çatışma ve aykırılık “hukuka aykırılık” olarak adlandırılır. Hukuka aykırılık, çok yaygın bir doktrince savunulduğunun aksine, suçun kurucu unsuru değil, daha fazla bir şeydir, hatta suçun kendisidir²⁸⁷.

Hukuk düzeni toplumsal hayatın karmaşıklığı karşısında, bir yandan beşeri bir fiilin yapılmasını veya yapılmamasını yasaklarken, öte yandan; belli koşullarda yasakladığı bu fiilin yapılmasına izin vermektedir. Ancak, bir fiilin aynı anda hem yasak hem serbest olması mümkün değildir. Aksi halde hukuk düzeni kendi içinde çelişki yaşayacaktır²⁸⁸. Bunun sonucu olarak, ceza kanunlarında öyle bazı durumlar öngörülmüştür ki; bu durumda yapılan fiil ceza normunda tanımlanan bütün unsurları taşımasına rağmen cezalandırılmamaktadır. Bu hallerde, hukuka uygunluk nedenlerinden söz edilir. Hukuka uygunluk nedenleri, hukuk düzeninin kendisiyle çelişkiye düşmezliği ilkesi gereği hukuka aykırılığı ve dolayısıyla suçu ortadan kaldırır²⁸⁹.

Hukuka uygunluk nedenleri kural olarak, ceza kanunu tarafından yasaklanmış olan bir fiili, bu fiilin işlenmesine yetki veren veya onu emreden bir normun varlığı

²⁸⁶ HAFIZOĞULLARI, Türk Ceza Hukuku Ders Notları, <http://www.zekihafizogullari.com/CezaHukuku%20Ders%20Notlari.pdf>.

²⁸⁷ TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 99.

²⁸⁸ HAFIZOĞULLARI, Türk Ceza Hukuku Ders Notları, <http://www.zekihafizogullari.com/CezaHukuku%20Ders%20Notlari.pdf>.

²⁸⁹ HAFIZOĞULLARI, Türk Ceza Hukuku Ders Notları, <http://www.zekihafizogullari.com/CezaHukuku%20Ders%20Notlari.pdf>; TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 135.

nedeniyle, suç sayılmasını engelleyen özel durumlar olarak tanımlanabilir²⁹⁰. Bu itibarla, bir fiilde hukuka aykırılığın varlığı için veya bir fiilin suç teşkil etmesi için bu fiilin kanunun öngördüğü suç tiplerinden birine uyması yeterli değildir. Aynı zamanda hukuka uygunluk nedenlerinin de bulunması gerekir²⁹¹. Hukuka uygunluk nedenlerinin etki alanı tartışmalı olsa da, hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde; fiilin sadece ceza hukuku yönünden değil, tüm hukuk düzeni yönünden hukuka uygun hale geldiğini kabul etmek daha doğru bir anlayış olacaktır²⁹². Bu itibarla, kişilik haklarına saldırı oluşturan fiil, hukuka uygunluk nedeninin varlığı halinde, hakaret ve sövme suçu oluşturmayacak ve özel hukuk yönünden de tazminat sorumluluğu doğurmayacaktır. Yargıtay da hukuka uygunluk nedenlerini hem ceza hukuku hem de özel hukuk bakımından ortak nedenler olarak kabul etmiştir. Bu itibarla, Yargıtay, ceza mahkemesinin fiilin hukuka uygun olması sebebiyle verdiği beraat kararlarıyla, hukuka aykırı olması nedeniyle verdiği hükümlülük kararlarının hukuk mahkemesini bağlayacağını kabul etmiştir²⁹³.

Bu bölümde TCK' nın öngördüğü genel hukuka uygunluk nedenleri yanında, hakaret ve sövme suçları için öngörülen özel hukuka uygunluk nedenleri incelenecektir. Ancak hukuka uygunluk nedenlerinden bazıları hem hakaret hem de sövme suçları bakımından etkili olabildiği halde, bir kısım hukuka uygunluk nedenleri sadece hakaret suçu bakımdan hukuka aykırılığı kaldırabilmektedir²⁹⁴. Aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek olan hakkın kullanımı hukuka uygunluk nedeni kapsamında bulunan ifade hürriyeti ve ayrılmaz bütünleyici parçaları olan haber

²⁹⁰ TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 136.

²⁹¹ TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 101.

²⁹² TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 136.

²⁹³ ÇETİN, s. 40.

²⁹⁴ ERMAN, s. 130.

verme hakkı ve eleştiri hakkı, iddia ve savunma dokunulmazlığı (savunma hakkı)²⁹⁵, isnadın ispatı hakkı²⁹⁶ sadece hakaret suçu bakımından hukuka uygunluk nedeni teşkil etmektedir. Genel hukuka uygunluk nedenlerini, kanun hükmünü yerine getirme (TCK. m. 24/1), meşru savunma ve zorunluluk (TCK. m. 25), hakkın kullanılması (TCK. m. 26/1), ilgilinin rızası (TCK. m. 26/2) olmak üzere dört ana başlık altında düzenlemiştir. Genel hukuka uygunluk nedenlerinden biri olan, hakkın kullanılması, hakaret ve sövme suçları bakımından özellikle ve öncelikle bir öneme sahiptir. Bu itibarla, ulusal ve uluslar arası hukuk alanında hayati öneme sahip bir hak olarak kabul edilen ifade özgürlüğü, hakkın kullanımı alt başlığı altında ayrıca incelenecektir. Bunun yanında her ne kadar tartışmalı olsa da isnadın ispatı, ispat hakkının Anayasada düzenlenmiş temel bir hak olması sebebiyle, hakkın kullanımı alt başlığı altında, hukuka uygunluk nedeni olarak incelenecektir.

1. Hakkın Kullanılması

TCK’ nın 26. maddesinin 1. fıkrası “hakkını kullanan kişiye ceza verilmez” şeklinde düzenlenmiştir.

Hukuken korunan bir hakkın kullanılması halinde hak sahibinin cezalandırılmayacağı çok eskiden beri kabul edilmiştir. Hakkın kullanılmasının fiili hukuka uygun hale getirmesinin nedeni, bir kimseye belirli bir yetki tanıyan hukuk düzeninin, bu kişinin menfaatine, buna karşıt menfaatlere nazaran üstünlük tanınmış olmasıdır²⁹⁷. TCK’ nın 26. maddesinin 1. fıkrasının gerekçesinde 26. maddenin 1. fıkrasında hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninin düzenlendiği ve hakkını

²⁹⁵ ERMAN, s. 130.

²⁹⁶ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 226.

²⁹⁷ TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 155.

kullanan kimsenin hukuka aykırı bir şekilde hareket etmiş sayılamayacağının bilinen bir gerçek olduğu vurgulanmıştır.

TCK' nın 26. maddesinde yer alan “hak” kavramı, her türlü hakkı kapsar niteliktedir. Bu haklar, hukukun herhangi bir dalından kaynaklanmış olabilir²⁹⁸. Gerekcede hakkın, kanun, tüzük, yönetmelik ve genelgeye dayanabileceği, hatta hukuken tanınmış ve düzenlenmiş olmak kaydıyla, bir mesleğin icrasından da doğabileceği belirtilmiştir. Bu bağlamda, haber verme, eleştiri, bilimsel araştırmalar yapma hakları bir hakkın kullanılması olarak değerlendirilebilecektir. Kullanılması suçu ortadan kaldıran hakkın örf ve adetten de doğabileceği kabul edilmiştir²⁹⁹.

Belirtmek gerekir ki, bir hakkın kullanılması amacıyla işlenen fiilin cezalandırılmaması için, hukuk düzeninin bir hakkı tanımış olması yetmez, aynı zamanda, örtülü de olsa, genellikle suç teşkil eden belirli bir hareketle bu hakkın kullanılmasına da izin vermiş olması gerekir³⁰⁰. Bu itibarla madde gerekçesinde de belirtildiği üzere failin hakkını doğrudan kullanabilmesi gerekir. Hakkın kullanımı için yetkili bir mercie başvurunun arandığı durumda hakkın kullanımı hukuka uygunluk nedeninin varlığından söz edilemez.

Hakkın kullanılması şeklindeki hukuka uygunluk nedeni, hak sahibinin, kanunun belirlediği sınırları aşması halinde geçerli değildir³⁰¹.

²⁹⁸ TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 155.

²⁹⁹ HAFIZOĞULLARI, Türk Ceza Hukuku Ders Notları, <http://www.zekihafizogullari.com/CezaHukuku%20Ders%20Notlari.pdf>

³⁰⁰ TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 156.

³⁰¹ TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 156.

a. İfade Özgürlüğü

Düşünme, hem fiziki hem de felsefi anlamda insanın iç dünyasındaki bir hareketlilik³⁰². Düşünce ise, bir şey, kimse, olay, konu veya sorun hakkında zihinsel olarak hüküm kurmak, görüş sahibi olmak, vaziyet almak, değerlendirmede veya mütalaada bulunmak ve bunları dış dünyaya söz, yazı, resim gibi araçlarla yansıtmaktır³⁰³. Bir başka deyişle düşünce, düşünmenin elle tutulup kavranamayan, görülemeyen ancak hissedilebilen ve hem bireyin, hem toplumun, hem tüm insanlığın yaşamına yön ve şekil veren, bunları renklendiren en değerli insanlık ürünüdür³⁰⁴.

İnsanı diğer canlılardan ayıran özelliklerden biri, onun düşünen bir varlık oluşudur. Bu özelliği sayesinde, insan, çevresindeki olguları gözlemleyerek bunlar hakkında değerlendirmeler yapmakta, vardığı yargılar doğrultusunda davranışlarına bir yön vererek yaşamını anlamlandırmaktadır. Yaşamın anlamlı kılınmasına ilişkin her türlü çaba aynı zamanda kişiliğin gelişmesine yönelik bir faaliyet olarak ortaya çıkmaktadır. İnsan, kişiliğinin gelişiminde, bir yandan maddi olanakların sağlanması ile bedensel varlığının korunmasına diğer yandan da özgürlükler aracılığıyla tinsel yönünün zenginleştirilmesine gereksinim duyar. Kişinin manevi varlığına ilişkin gereksinimlerin karşılanmasında düşünce özgürlüğü, varlığı zorunlu bir öge olarak ortaya çıkmaktadır³⁰⁵.

³⁰² ALACAKAPTAN, s. 18.

³⁰³ ÖZTÜRK, Bahri, TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, SIRMA, Özge, SAYGILAR, Yasemin, ALAN, Esra, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 104.

³⁰⁴ ALACAKAPTAN, s. 18.

³⁰⁵ ERDEM, Fazıl Hüsnü, “Düşünce Özgürlüğü ve Demokrasi”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 1998, S. 1, s. 5.

Düşünce özgürlüğü toplumda var olan yaygın yanlış algılamının aksine, sadece bir “iç alem özgürlüğü” değildir. Salt düşünce, kişinin içsel yaşamı ile ilgili bir olgudur. Sınırlandırılma olanağı olmayan kişiye özgü bu doğal düşünme olgusunun çok fazla bir değeri yoktur. Düşüncenin bir anlam ifade edebilmesi için dışsallaşması, yani başaklarına iletilmesi gerekir. Bu nedenle düşünce özgürlüğü, kişinin iç dünyasına hapsedilmiş düşünceler için değil, açıklanan düşünceler için söz konusudur³⁰⁶.

Düşünce (ifade) özgürlüğü, insanların serbestçe bilgilere ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanmaması, düşünce ve kanaatlerini tek başına veya başkalarıyla birlikte (dernek, toplantı, sendika gibi) çeşitli yollarla (söz, basın, resim, sinema gibi) serbestçe açıklayabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelmektedir³⁰⁷.

Daha önce de değinildiği üzere, hakaret suçu bir düşünce açıklaması sonucu oluşmaktadır. Düşünce ise söz, yazı, resim, işaret gibi vasıtalarla ifade edilmektedir³⁰⁸. Bu itibarla düşünce (ifade) özgürlüğünün hakaret suçu bakımından bir hukuka uygunluk nedeni teşkil edip etmeyeceğini belirlemek gerekmektedir.

İfade özgürlüğü hakaret suçu bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilirse kuşkusuz hakaret suçunun koruduğu kişinin onur, şeref ve saygınlık hakkı ile düşünce özgürlüğü arasında menfaatler çatışması yaşanacak ve bu çatışma ifade özgürlüğüne üstünlük tanımak şeklinde çözümlenecektir. AİHM de çatışan menfaatlerden birinin ifade özgürlüğü olduğu durumlarda kurulacak dengede ifade

³⁰⁶ ALACAKAPTAN, s. 16; ERDEM, s. 8; HAFIZOĞULLARI, Zeki, “Liberal-Demokratik Toplum, Hukuk ve Devlet Düzeninde İfade Hürriyetinin Sınırı”, <http://www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/makale.htm>, Erişim Tarihi, 31.05.2010.

³⁰⁷ KABOĞLU, İbrahim, Özgürlükler Hukuku, İmge Kitapevi, Ankara 2002, s. 335.

³⁰⁸ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 223.

özgürlüğünün önemini dikkate almaktadır³⁰⁹. Aynı zamanda, hakaret suçuna ilişkin olarak öngörölmüş isnadın ispatı hakkı ve savunma dokunulmazlığı ifade özgürlüğünü teminat altına alan dahiyane kurumlardır³¹⁰. Kuşkusuz ifade özgürlüğü sınırsız bir özgürlük değildir. Ancak gerek ulusal gerekse uluslar arası hukuk metinlerinde ifade özgürlüğünün sınırlanma sebebi olarak öngörölen “başkalarının şöhret ve haklarını korumak” her somut olayda ifade özgürlüğü aleyhine karar verilmesi sonucunu doğurmayacaktır. Bunun yanında kötüleyici, aşağılayıcı, bilimsel değerdan yoksun, sanatsal yönü bulunmayan, sırf ar ve haya duygularını incitmek amacı güden, beyan, açıklama ve ürünleri de ifade özgürlüğü kapsamında değerdendirilmeyecektir³¹¹.

1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin 19. maddesi, ifade özgürlüğünü “Herkesin fikir ve anlatım özgürlüğüne hakkı vardır. Bu hak ve fikirlerden ötürü rahatsız edilmemek, ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber ve fikirleri her yoldan aramak, elde etmek ve yaymak hakkını gerekli kılar” şeklinde düzenlemiştir. Bildirinin 30. maddesi “Bu bildirinin hiçbir kuralı, herhangi bir devlete, zümreye ya da kişiye bildiride açıklanan hak ve özgürlükleri yok etmeye yönelik bir faaliyete girişme ya da eylemde bulunma hakkını verir şeklinde yorumlanamaz.” şeklinde düzenlenmiştir. Yani, “özgürlüğü yok etme özgürlüğü” nün kabul edilemez olduğı bildirilmiştir³¹². Bunun yanında bildiri 29. maddesiyle özgürlüklerin kullanımına ilişkin özel sınırlama sebepleri öngörmüştür. Maddede, kişilerin hak ve özgürlüklerinin kullanımının, başkalarının hak ve özgürlüklerinin

³⁰⁹ MACOVEI, Monica, İfade Özgürlüğü, Adalet Bakanlığı Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, Ankara 2003, s. 5.

³¹⁰ HAFIZOĞULLARI, “Liberal-Demokratik Toplum, Hukuk ve Devlet Düzeninde İfade Hürriyetinin Sınırı”, <http://www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/makale.htm>.

³¹¹ ALACAKAPTAN, s. 18.

³¹² ERDEM, s. 24; HAFIZOĞULLARI, “Liberal-Demokratik Toplum, Hukuk ve Devlet Düzeninde İfade Hürriyetinin Sınırı”, <http://www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/makale.htm>.

korunması ve demokratik bir toplumda genel ahlak ve kamu düzeniyle genel ahlakın gereklerinin karşılanması amacıyla yasayla sınırlanabileceği öngörülmüştür.

AIHS’ in 9. maddesinin 1. fıkrası “Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir” şeklinde düzenlenmiştir. Sözleşmenin 10. maddesinin 1. fıkrasında ise “Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir” denilmek suretiyle ifade özgürlüğü teminat altına alınmıştır. AIHS, 9. maddesiyle düzenlediği düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün mutlak bir hak olduğunu, buna karşılık ifade özgürlüğünün sınırlandırılabilir olduğunu kabul etmiştir³¹³. Sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrası ifade özgürlüğünün sınırlarını belirlemektedir. Buna göre, ifade özgürlüğü, demokratik bir toplumda gerekli tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, nizamın sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin açığa vurulmasının önlenmesi veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı formalitelere, şartlara, sınırlamalara veya yaptırımlara bağlanabilir.

AIHS’ in 17. maddesi de “özgürlüğü yok etme özgürlüğünün” kabul edilemeyeceğine ilişkindir. İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin 30. maddesi ve AIHS’ in 17. maddesini, AIHS’ in 10. maddesinin 2. fıkrasından ayrı değerlendirmek gerekir. İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin 30. maddesi ve AIHS’ in 17. maddesi dikkatle incelendiğinde, ilgili maddelerde yer alan yasaklamanın “ifade özgürlüğüne” değil, özgürlükleri yok etmeye yönelik “faaliyet” ya da “eylemler” için söz konusu

³¹³ HAFIZOĞULLARI, “Liberal-Demokratik Toplum, Hukuk ve Devlet Düzeninde İfade Hürriyetinin Sınırı”, <http://www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/makale.htm>.

olduğu görülür. Yani, bu düzenlemelerle henüz eyleme dönüşmemiş düşünce açıklamalarına bir sınırlama getirilmemektedir³¹⁴.

AIHM, sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrasında yer alan, ifade hürriyetine getirilecek sınırlamaları bir takım koşullara bağlamıştır. Mahkemeye göre, sınırlama veya müdahale yasayla öngörülmüş olmalı, 2. fıkra sınırlı olarak sayılan hukuksal değerlerin korunması amacına yönelmeli, müdahale demokratik bir toplum bakımından gerekli olmalıdır. Bunların yanında alınacak önlem 2. fıkra belirtilen meşru amaçlarla orantılı olmalıdır³¹⁵.

İfade özgürlüğü, özgürlükler katalogunda farklı bir konuma sahiptir. Birçok hak ve özgürlüklerin üzerine kurulu olduğu bir kaynak özgürlüktür. Bu bağlamda ifade özgürlüğü, diğer özgürlüklerin olmazsa-olmaz ögesidir. İfade özgürlüğü birçok özgürlük için aracı bir işlev görmekte hem de diğer hak ve özgürlüklerin önemli bir kısmı için besleyici bir işlev yerine getirmektedir³¹⁶.

İfade özgürlüğünün diğer özgürlükler karşısında imtiyazlı bir konuma sahip olmasının en önemli nedenlerinden biri insan onuruna duyulan saygıdır. İnsanların sırf insan oldukları için değişken bir takım dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez haklara ve özgürlüklere sahip oldukları düşüncesine dayanan “insan hakları öğretisi” bu hak ve özgürlüklere başta devlet olmak üzere herkesin saygı göstermek zorunda olduğunu bildirir. Bu özgürlükler içinde ifade özgürlüğü, insan hakları öğretisinin temelini oluşturur³¹⁷.

³¹⁴ ERDEM, s. 27.

³¹⁵ ALACAKAPTAN, s. 27; ERDEM, s. 27; MACOVEI, s. 24.

³¹⁶ ALACAKAPTAN, s. 14-17; ERDEM, s. 11.

³¹⁷ ERDEM, s. 12.

Düşünce, inanç ve kanaat özgürlüğü ile dolayısıyla ifade özgürlüğü ancak liberal-demokratik bir toplum, hukuk ve devlet düzeninde mümkündür³¹⁸. Liberal demokrasi “insan merkezci” bir anlayışı temsil eder. Bu anlayışa göre, insan kutsal bir varlıktır dolayısıyla “araç” değil, başlı başına bir amaçtır. Amaç insan ise, yapılması gereken şey insan maddi ve manevi varlığının gelişimini sağlayacak koşulların yaratılmasıdır. Liberal demokrasinin özü, özgürlükçülük, olmazsa-olmazı çoğulculuktur³¹⁹. Çoğulculuk olmadan özgürlükler bir anlam ifade etmez, özgürlüklerin varlığı da, sistem, doğal olarak çoğulculuğa götürür. Çoğulcu demokrasilerde ifade özgürlüğü yalnızca kurulu düzene ve anayasaya uygun düşünenleri değil, bunlara aykırı düşünenlerin de hakkını içermektedir³²⁰. Liberal demokrasilerde, her çeşit düşünce, inanç, kanaat ve bunların çeşitli yol, yöntem ve araçlarla ifade edilmesi, toplumun çoğulculuk karakterini gidermeye yönelik faaliyetlere dönüşmedikçe, serbesttir³²¹. Devletin temel görevi, ülkesinde yaşayan bireylerin hak ve özgürlüklerini korumak, onların maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilecekleri ortamı sağlamaktır. Liberal demokratik devlette, bireylerin devlete karşı ileri sürebilecekleri, devredilmez ve vazgeçilmez hak ve özgürlükleri vardır. Devlet, herkesin tüm hak ve özgürlüklerden eşit olarak yararlanmasını sağlamaya özen göstermek ve bu hak ve özgürlükler arasında bir denge kurmak zorundadır³²².

³¹⁸ HAFIZOĞULLARI, “Liberal-Demokratik Toplum, Hukuk ve Devlet Düzeninde İfade Hürriyetinin Sınırı”, <http://www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/makale.htm>

³¹⁹ ERDEM, s. 18-19; HAFIZOĞULLARI, “Liberal-Demokratik Toplum, Hukuk ve Devlet Düzeninde İfade Hürriyetinin Sınırı”, <http://www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/makale.htm>.

³²⁰ ERDEM, s. 21.

³²¹ HAFIZOĞULLARI, “Liberal-Demokratik Toplum, Hukuk ve Devlet Düzeninde İfade Hürriyetinin Sınırı”, <http://www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/makale.htm>.

³²² ALACAKAPTAN, s. 24.

İfade özgürlüğü, yalnız düşüncesini ifade eden kişinin değil aynı zamanda bundan bilgilenmek suretiyle yararlanacak olanların da haklarını içerir. Bir kişinin düşüncesini açıklama özgürlüğü, başkalarının öğrenme ve bilgilenme özgürlüğünün kaynağıdır. Bu açıdan ifade özgürlüğü kamunun öğrenme, haber alma ve bilgilenme hakkını da simgeler³²³. İnsan Hakları Evrensel Bildirisinde ve AİHS’ de, diğer uluslar arası sözleşmeler ve belgelerde ifade özgürlüğünün, düşünce sahibi olma özgürlüğü, bilgi ve düşüncelere ulaşma özgürlüğü ve bilgi ve kanaat açıklama özgürlüğü olmak üzere üç unsuru teminat aldığı görülür. Düşünce sahibi olma özgürlüğü AİHS’ in 10. maddesiyle teminat altına alınan öteki özgürlüklerin önkoşuludur ve 2. fıkra da sayılan kısıtlamalardan muaf olmak anlamında neredeyse mutlak bir anlamda koruma altındadır. Düşünce sahibi olma özgürlüğü, düşüncelerini açıklamaya zorlanamama negatif özgürlüğünü de içerir³²⁴.

Demokratik yönetimi gerçekleştirmek için ifade özgürlüğü çok büyük önem taşır. Serbest bir kamuoyu oluşturmak, yönetimi denetlemek, her düzeyde yönetime katılımı gerçekleştirmek ve böylece demokrasiyi tüm kural ve kurumlarıyla işler hale getirmek için ifade özgürlüğünü güvence altına almak kaçınılmazdır³²⁵. Bu noktada AİHS’ in 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün yukarıda sayılan üç unsurundan biri olan bilgi ve düşünce açıklaması özgürlüğü söz konusudur. Bu özgürlük bir ülkenin siyasi hayatı ve demokratik yapılanması açısından büyük önem taşır. Bu özgürlüğün yokluğunda serbest seçimlerin düzenlenmesi mümkün değildir. Bilgi ve düşünce açıklaması özgürlüğünün tama manasıyla kullanımı, özgür ve demokratik bir devlet sisteminin temel göstergesi olan hükümetin serbestçe

³²³ ERDEM, s. 14.

³²⁴ MACOVEI, s. 6.

³²⁵ ERDEM, s. 15.

eleştirilmesini de mümkün kılar³²⁶. Bilgi ve düşüncelere ulaşma özgürlüğü ise bilgi toplama ve mümkün olan bütün kaynaklardan bilgi toplama hakkını içerir. Esasen bilgi ve kanaatlere ulaşma özgürlüğü, medya ile ilgilidir. Medyanın halka bu tür bilgi ve fikirleri aktarmasının olanaklı olması gerekir³²⁷. İfade özgürlüğü, haber alarak, bilgi edinerek, düşüncenin özgürce oluşmasının gerçekleştirilmesi yoluyla halkın bilgilendirilmesi ve böylece siyasal tercihlerini sağlıklı yapmasını sağlar³²⁸.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, düşünce özgürlüğü, düşünceye sahip olma, düşünceyi oluşturma ve başka farklı düşüncelere ulaşabilme özgürlükleri ile birlikte oluşturulan ve edinilen düşünceleri yayma ve aktarma, yani açıklama özgürlüğünü, bilgilenme ve bilgiye ulaşabilme özgürlüğünü ve belli bir düşünce çevresinde siyasal ve toplumsal örgütlenmeyi de içerir³²⁹.

İfade özgürlüğünü kullanabilmenin önemli bir aracı olan basın, siyasal yaşam üzerinde olmazsa-olmaz niteliğe sahiptir. Özgürlüklerin en başta gelen güvencelerinden biri olan, kamuoyunun oluşmasında önemli bir rol oynayan basın, yönetenler ile yönetilenler arasında sürekli bir iletişim ve denetim organıdır. Okuyucuyu bilgilendirdiği gibi, bireylere de kendisi aracılığıyla düşüncelerini ifade etme olanağı da sunabilir; bu şekilde yönetenin yönetilenlere karşı sorumluluk hissetmesini sağlar³³⁰.

Her ne kadar AİHS' in 10. maddesi basın özgürlüğünden açıkça söz etmiyorsa da, AİHM, bu maddede ele alınan özgürlüklerin kullanılması bakımından basına özel statü tanıyan bir dizi ilke ve kuralı ortaya çıkaran kapsamlı bir içtihat

³²⁶ ALACAKAPTAN, s. 16; MACOVEI, s. 7.

³²⁷ MACOVEI, s. 9.

³²⁸ ALACAKAPTAN, s. 16.

³²⁹ ALACAKAPTAN, s. 15.

³³⁰ ÜNAL, Nevin, "Basın Özgürlüğü ve Osmanlı Devletindeki Görünümü", AÜHFD, C. 51, S. 3, s. 66.

hukuku geliřtirmiřtir³³¹. Basın özgürlüğü basın açısından habere ulaşma ve toplama ve kanaatleri açıklama ve tüm bunları yayabilme, okuyucu açısından ise haber alma serbestisini içermektedir. Basının siyasi iktidar karşısında özgür olması ve kendi içinde ki özgürlüğü, basın özgürlüğünün birbirini tamamlayan iki ana boyutudur³³². Haber verme ve bilgilendirme hakkı, ifade özgürlüğünün uzantısı olarak eleştirme, yorumlama, eser yaratma biçimde tezahür eden ve aynı zamanda başkalarının bilme ve öğrenme özgürlüklerine de kaynak teşkil eden evrensel nitelikte bir haktır³³³.

Yukarıda kısaca değinildiğı üzere, ifade özgürlüğünde kaynağını bulan haklardan biri de eleştiri hakkıdır. Eleştiri hakkı, basın özgürlüğü ve bunun uzantısı olan haber verme hakkı ile bir bütün oluşturur. Eleştirinin doğası gereğı sert ve haşın olacağı kuşkusuzdur. Eleştirinin sınırını kamu yararı belirleyecektir. Kamu hayatı bakımından çok önemli sayılan bir olay veya davranış eleştirilirken kullanılması haklı görülebilen sert ve haşın ifadeler, bu kadar önemli olmayan durumların eleştirilmesi açısından ölçüsüz sayılabilecektir. Her halükarda, eleştiri yapılırken kullanılan ifadeler, kişilerle alay edilmesi boyutuna ulamamalıdır. Aksi halde eleştiri hakkının sınırının aşıldığını kabul etmek gerekecektir³³⁴.

Anayasanın 90. maddesine eklenen 07.05.2004 tarihli ek cümle ile “usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletler arası antlaşmalarla, kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklara milletler arası antlaşma hükümleri esas alınır” şeklinde düzenleme yapılmıştır. Anayasanın 90. maddesinde yer alan bu düzenlemeyle AİHS

³³¹ MACOVEI, s. 9.

³³² ÜNAL, s. 67.

³³³ ÖZEN, Muharrem, “Hakaret Suçlarında Haber Verme Ve Eleştiri Hakkı”, Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 324; TARHAN, s. 388.

³³⁴ ERMAN, s. 170.

ve AİHM kararları hukuk sistemimizle bütünleşmiş ve sistemin bir parçası haline gelmiştir. Dolayısıyla AİHS, bütün kamu otoriteleri ve ulusal mahkemeler için bağlayıcı hükümler içermektedir. AİHM kararları, ulusal mahkemeler için emsal ve bağlayıcı kararlardır. Bu kararlar, hukuki statü olarak, emredici hukuki norm kategorisine girmektedir³³⁵.

Yukarıda AİHS’ in ifade özgürlüğüne ilişkin hükümlerine genel olarak değinilmişti. Bu bölümde AİHM kararları ve yukarıda sözleşme hükümlerine ilişkin değinilmeyen noktalar üzerinde durulacaktır. AİHM kararlarını incelemeyen önce birçok kararında ifade özgürlüğüne üstünlük tanıyarak, konuya ilişkin kararları ile AİHM ’i etkilemiş ABD Yüksek Mahkemesi kararlarına kısaca değinilecektir.

Federal bir hukuk sistemine sahip olan ülkede, ifade özgürlüğü hakkı, 1787 tarihli Amerikan Anayasasına 1791 tarihinde eklenen ek 1. madde ile düzenlenmiştir: “Kongre, düşünceyi açıklama özgürlüğünü, basın özgürlüğünü, halkın barışçıl şekilde toplanma ve sorunlarını hükümete dilekçe yoluyla iletme hakkını ihlal eden kanunlar yapamaz”³³⁶.

ABD Yüksek Mahkemesinin ifade özgürlüğüne getirilecek sınırlamayı belirlerken kullandığı ölçüt “açık ve mevcut tehlike” ölçütüdür. Bu ölçütün ABD hukukunda ilk kez uygulandığı karar, 1919 tarihli Schenck v. US kararıdır. Karara göre, düşünce açıklamaları, ifade ettikleri fikrin beğenilmemesi hoş karşılanmaması sebebiyle yasaklanmamalıdır. Sınırlama, ancak suça teşvik ve tahrik halinde, geçerli bir zararın önlenmesi amacıyla yapılabilmelidir. Sınırlamanın özgürlük ile bu yolla korumaya çalışılan diğer hukuki menfaat arasındaki orantılı dengenin bozulmaması

³³⁵ MACOVEI, s. 3.

³³⁶ ÖZSOY, Şule, “ABD Hukukunda Düşünceyi Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar”, TBBD, S. 56, s. 30.

hedeflenir. Bu da, ancak gerçek bir zarar tehlikesinin varlığı halinde mümkün olabilmektedir³³⁷.

ABD Yüksek Mahkemesinin 1968 tarihli O' Brien v US kararında, ifade özgürlüğüne ilişkin sınırlamanın anayasallığı dört ayaklı bir kriterle tespit edilmektedir. Bu karara göre, ifade özgürlüğüne müdahale yetkili bir organca yapılmalı, sınırlama önemli yahut elzem bir kamu menfaatini korumak, ya da ona hizmet etmek amacı taşımalı, sınırlama ile korunması umulan menfaat; ifade özgürlüğünün bastırılması olmamalı ve sınırlama korunması amaçlanan hukuki menfaatin gerektirdiği ölçüde olmalıdır. Böylelikle ifade sahibinin politik, sanatsal, bilimsel, edebi alanlarda dilediği düşünceyi açıklama özgürlüğü oldukça sağlam bir koruma alanı bulmuştur³³⁸.

Ek 1. madde kapsamında ifade özgürlüğünün özel bir görünümü olarak korunan diğer bir özgürlük de, basın özgürlüğüdür. Bu doğrultuda basını yıldırarak ya da dolaylı baskı altında bırakacak her türlü müdahalenin önlenmesi prensibi benimsenmiştir. ABD Yüksek Mahkemesi basının “dördüncü bir kuvvet” olarak demokrasilerdeki işlevini yerine getirebilmesini, kamu yetkilerinin şeffaf, halkın denetimine açık kullanılmasını sağlamayı hedeflemiştir. Mahkemenin bu hedefinin en net şekilde ifade edildiği karar ise New York Times v. Sullivan kararıdır. Bu karar göre, kamu gücünü kullanan bir kimse ile ilgili yapılan haber, basına tek başına bir takım müeyyideler uygulanmasını meşru kılmayacaktır. Bu gibi hallerde basına müeyyide uygulanabilmesi, ancak bilgi yanlışlığının kasten yapılmış olması halinde

³³⁷ ALACAKAPTAN, s. 30; ÖZSOY, s. 35

³³⁸ ÖZSOY, s. 38.

söz konusu olacaktır. Basına verilen kamu menfaatini kollama görevi gereği ispat yükü de davayı açan tarafa yüklenmiştir³³⁹.

AİHS, 9. maddesinde “düşünce, vicdan ve din özgürlüğü”, 10. maddesinde ise “ifade özgürlüğü” düzenlenmiştir. AİHM, ifade özgürlüğünü, düşünce, vicdan ve din özgürlüğünden daha geniş kapsamlı ele almaktadır. İfade özgürlüğü, “kanaat” veya “görüş” yani bilgilenme sonucu elde edilen kanı, düşünme ve bir değer yargısına varma tarzı ve fikir sahibi olma hususunu kapsar³⁴⁰.

AİHM, düşünceyi açıklama, haber ve bilgi alıp verme hakkına sahip olma özgürlüğünü koruma altına alan 10. maddenin demokratik toplumdaki önemini, bu konuya ilişkin kararlarının hemen hemen tamamında açık bir dille ve altını çizerek ifade etmektedir. Mahkemeye göre, “düşünceyi açıklama özgürlüğü ‘demokratik toplumun başlıca temel taşlarından’, kişinin ilerleyip gelişmesinin asal koşullarından birini teşkil eder. 2. fıkra hükmü saklı kalmak kaydıyla, bu özgürlük, sadece itibar gören veya zararsız yahut önemsiz sayılan ‘haberler’ ya da ‘fikirler’ bakımından değil, aynı zamanda, devlet yahut halkın bir bölümü için aykırı, kural dışı, şaşırtıcı veya endişe verici cinsten olanlar için de geçerlidir... ‘demokratik toplumun’ vazgeçemeyeceği çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin gereği budur”³⁴¹. Bu itibarla, keskin veya abartılı dille ifade edilen fikirler de korum altındadır. Özellikle kamu yararını ilgilendiren veya kamunun tartıştığı konularda, politik tartışma esansında, seçim kampanyalarında ya da iktidarda olan politikacılara veya kamu otoritelerine yönelmiş eleştiriler söz konusu olduğunda “saldırgan” ifadeler

³³⁹ ÖZSOY, s. 41-42.

³⁴⁰ GÖZÜBÜYÜK, Şeref, GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitapevi, Ankara 2009, s. 356.

³⁴¹ Handyside/İngiltere/1976, Lingens/Avusturya/1986, Oberschlick/Avusturya /1991, GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, s. 358.

kullanılması sert eleştiriler yapılması, beklenen bir durumdur ve AİHM, bu ifadeleri ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmektedir³⁴².

AİHM, yukarıda değinildiği üzere ifade özgürlüğü ile diğer haklar arasında çıkan menfaat çatışmasını ifade özgürlüğüne üstünlük tanıyarak dengelemek eğilimindedir. Bu konuda farklı davalarda vermiş olduğu kararlarla ifade özgürlüğünün üstünlüğüne işaret etmektedir. Lingens-Şener ve Thoma davalarında “ifade özgürlüğü demokratik bir toplumun asli temellerindendir, bir toplumun ilerlemesinin ve her bireyin kendini gerçekleştirmesinin temel koşullarından birini oluşturur” şeklinde karar vermek suretiyle ifade özgürlüğünün üstünlüğünü vurgulamaktadır³⁴³. Mahkeme, ifade özgürlüğünün bir uzantısını oluşturan basın özgürlüğünün konu olduğu davalarda basın özgürlüğünün dolayısıyla ifade özgürlüğünün üstünlüğünü kabul etmiştir: “Hukukun üstünlüğü ilkesine göre yönetilen bir devlette basın ayrıcalıklı bir role sahiptir”³⁴⁴.

İfade hürriyeti hem bilginin hem de fikirlerin açıklanması ile ilgili olduğundan, AİHM olgular (bilgi) ile değer yargıları arasında, özellikle siyasi tartışma konularına ilişkin olarak, açık bir ayrımı benimsemiştir. Mahkeme, konuya ilişkin kararlarında, “Olguların varlığı kanıtlanabilir oysa değer yargılarının varlığı kanıtlanamaz; değer yargıları bakımından kanıtlama talep etmek gerçekleştirilemeyecek bir şey istemektir. Bu, AİHS’ nin 10. maddesinin teminat altına aldığı hakkın asli bir bölümü olan fikir özgürlüğünün kendisini ihlal eder”

³⁴² MACOVEI, s. 13.

³⁴³ Lingens/Avusturya/1986, Şener/Türkiye/2000, Thoma/Lüksemburg/2001, MACOVEI, s. 5.

³⁴⁴ Castalles/İspanya/1992, Prager ve Oberschlick/Avusturya/1995, MACOVEI, s. 5.

şeklinde karar vermek suretiyle kanıtlanması mümkün olmayan özellikle siyasi tartışmaların konusu fikir ve eleştirileri de koruma altına almıştır³⁴⁵.

AIHM, siyasi eleştiri alanında olgular ve değer yargıları arasında geliştirdiği ayrımı birçok farklı kararında tekrar vurgulamıştır. Mahkeme Dalban davasında “bir gazetecinin, doğruluğunu kanıtlayamadıkça eleştirel değer yargılarında bulunmasının engellenmesi kabul edilemez” şeklinde karar vermiştir. Schwabe davasında ise dil konusu ele alınmıştır: “politikacılar veya onların ahlakı konusunda kısa bir tartışmada, her bir kelimenin, her türlü yanlış anlama olasılığını dışlayacak biçimde tartarak kullanılması mümkün değildir.” Oberschlick davasında, bir politikacının tutumu için “budala”, sözcüğünün kullanılması ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmiştir. Lopes Gomes da Silva davasında, bir politikacı için sarf edilen “soytarı” ve “kaba” ibareleri için, AIHM, kullanılan dilin keskin olmakla birlikte abartılı olmadığını ve adayın pravokatif bir konuşmasına cevap niteliği taşıdığını belirtmiştir³⁴⁶. Mahkeme bu kararlarıyla açıklanan düşüncenin yalnız içeriğinin değil, ifade yol ve şeklinin de 10. maddenin koruması altında olduğunu vurgulamıştır³⁴⁷. Mahkeme konuya ilişkin Thorgeirson davasında; yazılan makalede ülke polisleri için kullanılan “üniformalı canavarlar”, “bar fedaileri”, “zihinsel yaşı yeni doğmuş kişiler”, “sahtekarlık”, “beceriksizlik” şeklindeki ibarelerin kullanılmasının amacının, polisin bir reformdan geçirilmesini teşvik etmek olduğu gerekçesiyle ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmiştir³⁴⁸. Bu kararda da görülmektedir ki,

³⁴⁵ Lingens/Avusturya/1986, Dichand ve Diğerleri/Avusturya/2002, GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, s. 361; MACOVEI, s. 8.

³⁴⁶ Dalban/Romanya/1999, Schwabe/Avusturya/1992, Oberschlick/Avusturya/1991, MACOVEI, s. 44.

³⁴⁷ GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, s. 358.

³⁴⁸ Thorgeirson/İzlanda/1992, MACOVEI, s. 13

mahkeme yalnız düşüncenin içeriğini değil, ifade ediliş şeklini de koruma altına almıştır.

Mahkeme farklı kararlarında “düşünceyi açıklama özgürlüğü; 10. maddedeki şekliyle bazı istisnaları da içermektedir; bu istisnalar dar yorumlanacak ve söz konusu özgürlüğü sınırlama ihtiyacı da inandırıcı şekilde kanıtlanıp ortaya konulacaktır” şeklinde karar vermiştir³⁴⁹.

Yargıtay ifade özgürlüğünü, hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni kapsamında değerlendirmektedir. Ancak Yargıtay, bu hakkın kullanımını sadece hakaret suçu bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmiştir. Sövme suçu kapsamında değerlendirilebilecek nitelikteki saldırgan ifadeleri ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmemektedir. Yargıtay, failin somut bir fiil veya olgu isnat ederken aynı zamanda sövme niteliğinde sözler sarf etmiş olması halinde hakaret suçu bakımından hukuka uygunluk nedeni oluştuğuna ve ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilebileceğine ancak sövme niteliğindeki sözler bakımından hukuka uygunluk nedeni oluşmadığına ve sövme suçunun oluştuğuna hükmetmiştir. Yargıtay bir kararında³⁵⁰, “sanığın, kocasıyla kişisel davacının zina suçu işlediklerini ileri sürerek cumhuriyet savcılığına verdiği...tarihli dilekçedeki iddiaların niteliğine göre bu dilekçeye yazılmasının zorunlu sözler olduğunu, bu nedenle belli bir olay yükleyerek hakaret niteliğinde kabul edilen sözlerde hukuka aykırılık ögesinin bulunmadığına, ancak yazılmasında zorunluluk bulunmayan ‘hayat kadını’, ‘asalak’ gibi sözlerin dilekçede yer almasının zorunlu bulunmadığını” kabul ederek sövme suçunun oluştuğuna hükmetmiştir.

³⁴⁹ Gubi/Avusturya/1994, Castelles/İspanya /1992, GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, s. 358.

³⁵⁰ 4. CD. 02.07.1997, E. 4540_K. 4046, ÇETİN, s. 340.

Düşüncenin açıklanması; ifade edilmesi, alanlarına ve kullanılan usullere göre, bir dizi farklı özgürlüğe denk düşer. Alanlarına göre; ilim ve sanat yayma hakkı, tarihi olayları aydınlatma ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilir. Kullanılan usullere göre; gazete, kitap dergi vb. biçiminde basın ve yayın yoluyla kullanılabileceği gibi; radyo, televizyon, internet, tiyatro şeklinde, görsel ve işitse yollarla da ifade özgürlüğü kullanılabilir. Bu usuller, ifade özgürlüğünün ana amacını gerçekleştirmeye yönelik vasıtalar olduğundan ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilir. Ayrıca, toplantı, gösteri, dernek, vakıf gibi oluşumlar da ifade özgürlüğünün gerçekleştirilmesi aracı olarak kullanılabilirler³⁵¹.

Anayasanın 27. maddesi “Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir” şeklinde düzenlenmiştir. Bilim ve sanat eserleri vasıtasıyla da bir kimsenin onur ve şerefini ihlal etmek mümkündür. Kişinin onur ve şerefi bir roman, piyes, şiir şeklinde kaleme alınmış vasıtalarla ihlal edilebileceği gibi fotoğraf, resim veya karikatür gibi vasıtalarla da ihlal edilebilir³⁵². Burada dikkat edilmesi gereken husus, bir tiyatro eseri veya şiir vasıtasıyla açıklanan ifadeler ile karikatür vasıtasıyla açıklanan ifadelerin aynı kıstaslara tabi tutulamayacağıdır. Karikatürün esas niteliğini kişiyi tanıtıcı bazı niteliklerin abartılması oluşturmaktadır³⁵³. Karikatürün “mizah yapma hakkı” kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Mizah kuşkusuz bir sanat koludur ve Anayasanın 27. maddesinde düzenlenen sanatı yaratma ve yayma kapsamında değerlendirilmelidir³⁵⁴. Ancak mizah ile hakaret arasındaki sınırların dikkatle belirlenmesi gerekir. Mizah yapmak, kötü niyeti her zaman ortadan kaldırmayacaktır.

³⁵¹ KABOĞLU, s. 335.

³⁵² EREM, Hakaret ve Sövme, s. 9.

³⁵³ KILIÇOĞLU, s. 78.

³⁵⁴ ERMAN, s. 193.

Bunun yanında mizahçıdan düşüncelerini açıklarken tam bir tedbirlilik ve makullük beklenemeyecektir. Abartmak mizahın niteliği gereği doğasından kaynaklanır. Bu itibarla, mizahçıdan, haber yayınlayan bir gazetecide bulunması gerekli özeni göstermesi istenemez. Bir başka deyişle, mizahçıdan, gazeteci kadar gerçeğe saygı gösterme sorumluluğu beklenemez³⁵⁵. Mizahçı sanat yaratma ve yayma hakkını kullanıyor olduğu bahanesi ile kişiyi gülünç duruma düşürür ya da kişiye ilişkin küçültücü değer yargıları kullanırsa bu durumda, mizahçının mizah yapma hakkının sınırlarını aştığı kabul edilir³⁵⁶. Yargıtay da mizahı, eleştiri ve düşünce açıklamanın sanatsal yollarından biri olarak Anayasanın 27. maddesinde düzenlenen sanat yaratma ve yayma hakkı kapsamında değerlendirmektedir. Mizahın doğası gereği sert, ağır ve sarsıcı bir üslup içerdiğini kabul etmekte, ancak, mizahın hukuka uygunluk nedeni olarak hakkın kullanılmasından yararlanabilmesi için, kişiyi küçük düşürücü değer yargıları içermemesi ve mizah görüntüsü altında kişiyi gülünç duruma düşürme amacı taşınamaması gerektiğini kabul etmektedir³⁵⁷.

AIHM de sanat yaratma ve yayma hakkını fikir ve kanaat alışverişine temel bir katkı, demokratik bir toplumun yaşamsal bir unsuru olarak ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmektedir. Mahkemeye göre, sanatçı eseri aracılığıyla dünya üzerindeki kişisel vizyonunu ifade etmekle kalmaz; aynı zamanda içinde yaşadığı toplumun nasıl görüldüğünü de ortaya koyar. Dolayısıyla sanat kamuoyunu biçimlendirmekle kalmaz, kamuoyunun ifadesi şeklini alır ve halkın günün temel sorunları ile yüzleşmesine vesile olur³⁵⁸.

³⁵⁵ DÖNMEZER, s. 278.

³⁵⁶ ERMAN, s. 193.

³⁵⁷ 4. CD. 14.11.2006, E. 9531_K. 16278, TARHAN, s. 452.

³⁵⁸ Otto-Preminger Institut/Avusturya/1994, MACOVEI, s. 7.

Tarihi olayları aydınlatma, anlatma hakkı da tarih bir bilim dalı olduğundan Anayasanın 27. maddesi kapsamında değerlendirilir. Tarihi olayların aydınlatılmasında kamu yararı bulunduğu açıktır. Tarihi olaylar açıklanırken; olayın içinde rol almış kişilerin ele alınması hatta özel hayatı, eğitim seviyesi, yetiştiriliş biçimi ve karakteri de ele alınır, çünkü, bu unsurla bilinmeden kişinin tarihi olaylarda oynadığı rolün sebebi çok kere anlaşılmaz. Özellikle tarihi incelemelerin bir çeşidi olan “biyografi” ve “hatırat”, olaylarda rol oynayan kişilerin sahip oldukları yukarıda sayılan unsurları içerir³⁵⁹. Tarihi olayların açıklanması bilimsel bir değere sahip olduğu takdirde hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilecektir. Her ne kadar tarihi olayların anlatılmasında, bilimsel değerlere sahip olma ölçütü “belirli” olmasa da, olayın gerçek olması, tarih bilimi metodlarına uygun olarak açıklama yapılması, olayın aydınlatması için yararlı bilgilerin açıklanmış olması kıstas olarak belirlenebilir³⁶⁰. Tarihi olaylar incelenirken yukarıda belirtildiği üzere kişilerin özel yaşantılarına yer verilmesi her zaman hukuka uygunluk nedeninde sınırın aşıldığı anlamı taşımayacaktır³⁶¹.

b. Haber Verme Hakkı

Haber verme hakkı, esasen basın özgürlüğünün ayrılmaz bir parçasıdır. Nitekim basın özgürlüğünü düzenleyen Anayasanın 28. maddesinin 2. fıkrası “Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır” şeklindeki düzenlemesiyle, kişilerin haber almak haklarını teminat altına almıştır. Kuşkusuz haberi “almak” hakkı varsa bu haberi “vermek” hakkı da söz konusudur³⁶².

³⁵⁹ ERMAN, s. 151.

³⁶⁰ ERMAN, ÖZEK, s. 303.

³⁶¹ ERMAN, s. 151.

³⁶² ERMAN, s. 153.

İfade özgürlüğünün bir kullanım biçimi olan basın özgürlüğü, haberlerin, düşünce ve kanaatlerin izne ve sansüre tabi olmaksızın serbestçe yayılabilmesi olarak tanımlanabilir. Zaman içerisinde haberlerin, düşünce ve kanaatlerin, radyo ve televizyon, internet, cep telefonu gibi iletişim araçları ile de yayılabilmesi sonucunda, hepsini içeren bir üst kavram olarak “iletişim özgürlüğü” ibaresinin tercih edilmesinin daha uygun bir yaklaşım olabileceği fikri ileri sürülmüştür³⁶³.

Basın özgürlüğü, düşüncelerin basın vasıtasıyla serbestçe açıklanabilmesi özgürlüğü olması itibariyle, ifade özgürlüğünün uzantısı, ayrılmaz tamamlayıcısıdır. Yukarıda da açıklandığı üzere, demokratik sistemlerde, basının; vatandaşları iç ve dış olaylar konusunda kapsamlı ve güvenilir biçimde bilgilendirmek suretiyle, vatandaşların devlet yönetiminde söz hakkı sahibi olmasını sağlamak görevi bulunmaktadır. Bunun yanında, toplumun ekonomik, siyasi ve sosyal durumuna ilişkin aksaklıklar kapsamında yapmış olduğu eleştiriler, basının yasama, yürütme ve yargı erkleri yanında “dördüncü bir kuvvet” olarak kabulünü gerektirmiştir. Kamu gücünü elinde tutan yönetenler ile yönetilenler arasında adeta bir iletişim ve denetim organı olma görevi üstlenmiştir. Demokratik devletlerde özgürlüklerin en önde gelen teminatlarından birini oluşturan kamuoyunun oluşturulması da basın vasıtasıyla gerçekleştirilmektedir. Bu bağlamda basının sahip olduğu haber verme hakkının, basına aynı zamanda kamu görevi niteliğinde kabul edilebilecek çeşitli görevler de yüklediği görülmektedir³⁶⁴.

AİHM demokratik toplumun oluşumunda sahip olduğu işlevsellik nedeniyle basına büyük önem vermiş ve geliştirdiği içtihatlarla basın özgürlüğünü, ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirerek menfaatler arasındaki çatışmayı basın

³⁶³ ÜNAL, s. 65.

³⁶⁴ KILIÇOĞLU, s. 131; ÜNAL, s. 66-67.

özgürlüğü lehine dengelemiştir. Mahkeme basın özgürlüğüne, sadece siyasi konular kapsamında değil, ayrıca kamu yararıyla ilgili olan diğer konular kapsamında da güçlü bir koruma sağlamıştır³⁶⁵.

Haber verme ve haber alma hakkı, bir başka ifadeyle, bilme ve öğrenme hakkı sadece olayların yalın olarak öğrenilmesini değil, aynı zamanda, bu hakkı tamamlayan, kişilerin olaylara yönelik inceleme, yorumlama, görüş açıklama ve eleştiri yapabilme ve bunları yayabilme haklarını da kapsamaktadır³⁶⁶.

Kuşkusuz haber verme hakkının kullanımı da sınırsız değildir. Ulusal ve uluslar arası hukuk metnlerince kabul edildiği üzere kişilerin sahip olduğu haklar, demokratik topluluğun gerekleri veya başkalarının sahip olduğu hakkın korunması gibi gerekçelerle sınırlandırılabilir. Anayasanın 28. maddesinin 3. fıkrası basın özgürlüğünün sınırlandırılmasında, Anayasanın 26 ve 27. maddelerinin dikkate alınması gerektiğini düzenlemiştir. Anayasanın 26. maddesinin 2. fıkrası uyarınca basın özgürlüğü “...başkalarının şöhret ve haklarının, özel ve aile hayatlarının” korunması amacıyla sınırlandırılabilir. Esasen kişilik hakları kapsamında değerlendirilen onur, şeref ve saygınlık hakkının ihlalinin söz konusu olduğu hallerde basın özgürlüğü sınırlanabilir. Ancak, bu, basın özgürlüğünün kişinin onur, şeref ve saygınlığının söz konusu olduğu hallerde son bulacağı şeklinde anlaşılmamalıdır³⁶⁷.

Yukarıda da açıklandığı üzere, hukuka uygunluk nedenlerinin kabul edildiği durumlarda çatışan menfaatlerden birine üstünlük tanınması suretiyle menfaat çatışması dengelenmektedir. Haber verme hakkının, hakaret suçu bakımından,

³⁶⁵ MACOVEI, s. 10.

³⁶⁶ TARHAN, s. 388; YAZICIOĞLU, Yılmaz, “Haber Verme Hakkının Hakaret Suçları Bakımından Sınırları”, Prof. Dr. Sulhi Tekinay’ ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999, s. 668.

³⁶⁷ KILIÇOĞLU, s. 128; TARHAN, s. 390; YAZICIOĞLU, s. 669.

hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiği hallerde; kişinin onur, şeref ve saygınlık hakkı, haber verme hakkı karşısında feda edilecektir. Ancak haber verme hakkının hukuka uygunluk nedeni kabul edilip üstünlük tanınabilmesi için doktrin ve uygulamada ittifakla kabul edildiği üzere, haberin bir takım niteliklere sahip olması gerekmektedir. Buna göre, haberin gerçek olması, güncel olması, haberde kamu yararının bulunması ve haberle işlenen suç arasında düşünsel bir bağın bulunması gerekmektedir³⁶⁸.

aa. Haberin Gerçek Olması

Haber verme hakkı gerçek olan olayları duyurmak için tanınmıştır. Hayal ürünü olan bir olay, “olay” kapsamında değerlendirilemeyeceği için haber verme kapsamına giremez³⁶⁹.

Haberin gerçek olduğunun saptanması açısından ele alınacak “zaman” dilimi, özellikle adli olayların haber konusu yapıldığı durumlarda önem taşır. Basında, kişinin belli bir suçu işlediği iddiasıyla adliyeye sevk edildiği, tutuklandığı, hatta

³⁶⁸ CGK. 13.02.2007, E. 7-28_K. 34, PARLAR, HATİPOĞLU, s. 42; 4. CD. 06.02.2007, E. 11311_K. 1145, TARHAN, s. 490; CGK. 24.02.1998, E. 386_K. 52, ÇETİN, s. 308.

³⁶⁹ ERMAN, s. 154; “Ceza hukukunda hukuka uygunluk nedenleri arasında sayılan haber verme hakkından yararlanabilmek için, haberin gerçek olması, haberin güncel olması, haberin bilinmesinde kamu ilgi ve yararı bulunması ve verilen haberle ifadeler arasında fikri bağlantı bulunması, başka deyişle haberde küçük düşürücü değer yargılarının bulunmaması gerekir. Bu unsurlardan birisinin dahi bulunmaması halinde haber verme hakkından söz edilemez ve eylem hukuka aykırı olur. Gazetecinin bu hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilmesi için, haber vermeden önce olayın doğru olup olmadığını araştırması ve yayımlanan haber içeriği ile suçu hukuka uygun kılan çerçevenin aşılması gerekmektedir.

Sanık tarafından kaleme alınan ve özetle, müteahhit olan katılanın, şehir stadının ihalesi sırasında bir milletvekiline 15 milyarlık çek verdiği ve ihalenin iptali sonrasında bu çekin milletvekili tarafından icraya verildiğine yönelik açıklamaların yer aldığı yazısının okuyucular üzerinde katılanın rüşvet vererek ihale aldığı izlenimi verecek nitelikte olduğu, sanığın ‘icra takibinin yapıldığını tespit ettim, ancak herhangi bir belge alamadım’ biçimindeki savunması ile, Gençlik ve Spor İl Müdürlüğünün ‘katılanın şehir stadyumu onarım ihalesine katılmadığına’ dair yazısı ve icra müdürlüklerinden alınan bilgiler doğrultusunda anılan hususta takip bulunmadığının anlaşılması karşısında gerçekliği bulunmayan haberin verilmesinde küçültücü değer yargılarının bulunduğu ve suçun hukuka aykırılık ögesinin oluştuğu gözetilmeden sanığın hükümlülüğü yerine yasal olmayan gerekçeyle beraat kararı verilmesi”, 4. CD. 12.12.2006, E. 8063_K. 17603, PARLAR, HATİPOĞLU, s. 165.

mahkum edildiği haberleri sıklıkla yer almaktadır. Bu haberlerin duyurulmasının ardından kişinin üzerine atılı suçu işlemediği gerekçesiyle beraatına karar verilmesi halinde, haberin gerçek olmadığı mahkeme kararıyla sabit olacaktır. Bu gibi durumlarda, haberin gerçekliği bakımından, haberin verildiği tarihteki mevcut hal ve koşullar dikkate alınacaktır. Yani, zaman içerisinde bu hal ve koşullarda meydana gelecek değişim haberin gerçek olmadığı anlamına gelmeyecektir³⁷⁰.

Bir haberin birçok yönünün gerçek olduğunun anlaşılması, haberin her bakımdan gerçek sayılması için yeterli değildir. Bu itibarla, gazetecinin haberin gerçek olup olmadığına ilişkin araştırma yapması gerekir³⁷¹. Dikkat edilmesi gereken husus, gazetecinin mutlak anlamda gerçeği bulmakla yükümlü olmadığıdır³⁷². Gerçekten gazetecinin elindeki araştırma imkanlarının sınırlı olduğunu unutmamak gerekir. Gazeteci özellikle adli haberlerin verilişinde haber kaynaklarının kendisine ilettiği bilgilerle yetinmek zorundadır; gazetecinin elindeki haberi derhal okuyucuya iletme zorunluluğu içinde olduğu ve haberin gerçekliğine ilişkin etraflıca bir araştırma yapabilmesi için yeterli zamana sahip olmadığı da açıktır. Bu itibarla, gazeteciden bir hakim ya da savcının yaptığı genişlikte araştırma yapmasını beklemek doğru olmayacaktır³⁷³. Esasında gazeteciden beklenen hiçbir araştırma

³⁷⁰ ERMAN, ÖZEK, s. 306-307.

³⁷¹ ERMAN, s. 156.

³⁷² CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 231; “Basın ve özellikle televizyon yayıncılığının, haber niteliğindeki bilgilerin gecikmeden topluma iletmesini gerektirmesi nedeniyle, yayına konu olan haberin ‘mutlak anlamda maddi gerçeği’ yansıtmaması beklenemez. Habere konu olan bir olayın o sıradaki bilgilerle görünen yüzünün araştırılarak haber haline getirilmesi durumunda, haberin hazırlanmasında kasıt, savsama ya da sunuş biçiminde hukuka aykırılık bulunmadığı takdirde, maddi gerçeğin yayınlanandan farklı olması dolayısıyla ceza sorumluluğuna gidilmeyecektir”, 4. CD. 13.02.2008, E. 7627_K. 1434, KAYANÇİÇEK, s. 118.

³⁷³ ERMAN, s. 157; ÖZEN, “Hakaret Suçlarında Haber Verme Ve Eleştiri Hakkı”, s. 330; YAZICIOĞLU, s. 674.

yapmaksızın ya da somut verilere dayanmaksızın duyuma ya da tahmine dayalı haber yapmamasıdır³⁷⁴.

Gazetecinin yukarıda belirtilen imkanları doğrultusunda yapmış olduğu araştırma sonucu doğruluğuna kanaat getirip yayınladığı haberin, daha sonra gerçeğe uymadığı anlaşılırsa hukuka uygunluk nedeninin varlığında hata söz konusu olacaktır. Bu doğrultuda gazetecinin üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmiş olması, yani imkanları doğrultusunda gerekli araştırmayı yapmış olması sebebiyle TCK' nın 30. maddesinin 3. fıkrası uyarınca hukuka uygunluk nedeninin varlığına ilişkin kaçınılmaz hatasından yararlanması gerekir³⁷⁵. Belirtmek gerekir ki, gazetecinin TCK' nın 30. maddesinin 3. fıkrasında öngörölmüş hukuka uygunluk nedeninin varlığına ilişkin kaçınılmaz hatadan yararlanabilmesi, gazetecinin bütün araştırmaları yapmış olmasına rağmen yanlış olması halinde söz konusudur. Gazeteci, en ufak bir araştırma yapmamış olması halinde hataya düştüğünü ileri süremeyecektir, çünkü böyle bir yanlış artık “kaçınılmaz” olmaktan çıkacak ve mesleği görevin ihmal edildiği sonucuna ulaşılacaktır. Ancak gazetecinin haberin gerçek olup olmadığını araştırma imkanı bulunmadığı, daha doğrusu gazetecinin böyle bir araştırma yapma yetkisine haiz olmadığı takdirde, yanlış etkili olabilir ve bunun tipik örneğini esasen gerçeğe uymayan resmi bir açıklamanın gazeteci tarafından durulması hali teşkil eder³⁷⁶.

³⁷⁴ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 231; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 456; YENİDÜNYA, ALŞAHİN, s. 63

³⁷⁵ ERMAN, ÖZEK, s. 308; ÖZEN, “Hakaret Suçlarında Haber Verme Ve Eleştiri Hakkı”, s. 331; YAZICIOĞLU, s. 674.

³⁷⁶ ÖZEN, “Hakaret Suçlarında Haber Verme Ve Eleştiri Hakkı”, s. 331.

AIHM kararlarında basın özgürlüğünün bir derece abartmayı hatta kışkırtmaya başvurmaya da içerdiğine işaret edilmiştir³⁷⁷.

AIHM, 10. maddenin 2. fıkrası uyarınca yapılabilecek müdahalelerden yayın öncesi sansürü büyük tehlike olarak kabul etmiştir. Mahkeme, ilgili kararlarında “AIHS’ in 10. maddesi bizatihi yayınlar üzerinde önceden kısıtlama uygulamasına açık ifadelerle bir yasak getirmemiştir... Öte yandan, önceden kısıtlama, doğası gereği, AIHM’ in son derece dikkatle incelemesi gereken bir uygulamadır. Bu, özellikle basın söz konusu olduğunda geçerlidir; çünkü haber bozulabilir mal kategorisine girer ve yayınlanmasının, kısa bir süre için bile olsa gecikmesi, haberin bütün değerini ve ilginçliğini ortadan kaldırabilir.” şeklinde karar vermiştir³⁷⁸. Görüldüğü üzere Mahkeme, bir kilometre taşı niteliğinde olan Lingens davası ve benzerlerinde “haber bozulabilir mal kategorisinde” olduğunu kabul etmiştir. Bu sebeple, gazeteciyi sadece makul ölçüde bir araştırma yapma ve haberin doğruluğunu iyi niyetle varsayma konusunda yükümlü saymakla yetinmiştir. Mahkemeye göre, gazetecinin kişinin şerefine yönelik ihlali gerçekleştirirkenki kastına bakmak gerekir. Gazetecinin elindeki bilginin doğru olduğuna inandığı sürece kasıtlı hareket ettiği düşünülemez ve gazetecinin hareketi kasıtlı biçimde şöhretin ihlalini yasaklayan hükümlere göre ele alınamaz³⁷⁹.

Mahkeme, başka insanlar tarafından ileri sürülen iddiaların, basın tarafından yayınlanması hususunu da ele almıştır. İlgili kararlarında, “bir gazetecinin, bir başkasının ileri sürdüğü bir iddianın yayılmasına yardım ettiği için

³⁷⁷ Dalban/Romanya/1999, Prager ve Oberschlick/Avusturya/1995, MACOVEI, s. 13; TARHAN, s. 389.

³⁷⁸ Sunday Times (2)/Birleşik Krallık/1991, Guardian ve Observer/Birleşik Krallık/1991, Lingens/Avusturya/1986, MACOVEI, s. 21.

³⁷⁹ MACOVEI, s. 45-46.

cezalandırılması... basının kamu yararına ilişkin konuların tartışılmasına katkısını ciddi biçimde engeller; özel olarak güçlü nedenler olmadığı sürece, bu tür cezalandırma düşünülmemelidir³⁸⁰. Gazetecinin alıntı yaptığı hallere ilişkin olarak Thoma davasında “gazetecilerin, başkalarına karşı hakaret veya provokasyon gibi görülebilecek ya da başkalarının şöhretine halel getirebilecek bir alıntıyı yaparken söylenenle aralarında sistematik ve formel biçimde mesafe koyması gerektiği yolunda genel bir talep, basının güncel olay, fikir ve kanaatler konusunda bilgi vermeye ilişkin rolü ile bağdaştırılamaz” şeklinde karar vermiştir³⁸¹.

Mahkeme gazetecinin kaynaklarının da koruma altında olduğuna işaret etmiştir. Gazetecinin kaynaklarını açıklamama hakkı 10. maddenin 2. fıkrasında yer verilen meşru amaçlar ile çatışabilir. Mahkeme konuya ilişkin Goodwin davasında “Basına sağlanacak güvencelerin özel bir önem taşıdığına” işaret ederek şöyle devam etmiştir: “Bir dizi Akit Devletin yasalarında ve mesleki davranış kurallarında görüldüğü ve basın özgürlüğüne ilişkin bazı uluslar arası belgelerde belirtildiği gibi, gazetecinin kaynaklarının korunması basın özgürlüğü açısından temel koşullardan birisidir... Bu tür bir korumanın yokluğunda, kaynaklar; kamuyu ilgilendiren konularda halkı bilgilendirme çabasında, basına yardım etmekten caydırılmış olabilir. Bunun sonucu olarak basının kamunun gözü kulağı olma konusundaki hayati işlevi darbe yer, doğru ve güvenilir haber verme kapasitesi de olumsuz etkilenebilir”

³⁸².

AİHM, gazetecinin başkalarının şeref ve haysiyetine zarar vermiş olması gerekçesiyle tazminata mahkum edilmesini, tazminat çok küçük para cezalarına

³⁸⁰ Jersild/Danimarka/1994, Thoma/Lüksemburg/2001, MACOVEI, s. 10-11.

³⁸¹ MACOVEI, s. 11.

³⁸² Goodwin/Birleşik Krallık/1996, MACOVEI, s. 52.

ilişkin olsa dahi, ifade özgürlüğünün kullanılmasına ilişkin olarak kendine özgü bir müdahale olarak değerlendirmiştir. İlgili kararında “her ne kadar yazara verilen ceza, dar anlamda, bir kişinin kendini ifade etmesine engel olmuyorsa da; bir tür sansür işlevi görmektedir ve gelecekte yeniden bu tür eleştiriler yapma cesaretini kırabilecektir... , siyasi tartışma bağlamında bu tür bir ceza gazeteciyi toplumun hayatını etkileyen konuların kamu önünde tartışılmasına katkıda bulunmaktan caydırabilir. Aynı nedenle, bu tür bir yaptırım, basının bilgi sunma ve kamunun gözü kulağı olma görevlerini yerine getirmesini engelleme tehlikesi taşır”³⁸³.

AİHM, polise yönelik suçlamaların halktan kaynaklanan söylentilere dayandığı Thorgeirson davasında, davacının iddialarının doğruluğunu kanıtlayamadığı ve böylelikle yazılanın nesnel ve olgusal bir temeli bulunmadığı yönündeki davalı devletin aradığı doğruluk koşulunu, makul olmayan hatta olanaksız bir talep olarak değerlendirmiştir. Mahkeme, basının halkı ilgilendiren kamusal tartışmalarda sadece bütünüyle kanıtlanmış olguları yayınlama zorunluluğu ile karşı karşıya bırakılması halinde hemen hiçbir şey yayınlamayacağını belirtmiştir³⁸⁴.

AİHM’ in değer yargılarından oluşan eleştirel açıklamalar konusunda “doğruluğunun kanıtlanabilir olması” şartı aramadığına, ifade özgürlüğü başlığı altında değinilmişti. Kısaca hatırlamak gerekirse; Mahkeme Dalban davasında “bir gazetecinin, doğruluğunu kanıtlayamadığı sürece eleştirel değer yargılarını ifade etmesinin engellenmesi kabul edilemez” şeklinde açıklama yapmıştır³⁸⁵.

³⁸³ Barthold/Almanya/1995, Lingens/Avusturya/1986, MACOVEI, s. 22.

³⁸⁴ Thorgeirson/İzlanda/1992, MACOVEI, s. 10.

³⁸⁵ Dalban/Romanya/1999, MACOVEI, s. 8.

Belirtmek gerekir ki, hakaretin gerçeğe uygunluğu ispat yükü, açıklamada bulunana düşer³⁸⁶.

bb. Haberin Güncel Olması

Gazetecinin haber verme hakkından yararlanabilmesi için, haberin gerçek olması gereğinin yanında, aynı zamanda, güncel olması da gerekmektedir. Basının görevi güncel olayları, haberleri okuyucularına, izleyicilerine duyurmak, kamuoyunu bilgilendirmek ve bu surette kamuoyu oluşturmaktır³⁸⁷. Bu itibarla, haberin güncel olması, somut olayın açıklandığı tarihlerde kamu yararının bulunması esasına dayanır. Bilinen gerçek olay güncel olmaktan çıktıktan sonra açıklanmasında kamu yararı yoktur ve bu tür açıklamalar hukuka uygunluk nedeninden yararlanamaz³⁸⁸.

Güncelliğini kaybetmiş bir olay “haber” olmaktan çıkar. Ancak eskiden meydana gelmiş bir olay herhangi bir sebeple tekrar güncel hale gelebilir ve haber niteliği kazanabilir³⁸⁹. Örneğin, bir suçun yoğun bir şekilde işlenmesi, eskiden işlenen aynı tür suçları konu alan olayları yeniden güncel hale getirebilir³⁹⁰. Ancak, ERMAN, çeşitli sebeplerle eski bir olaydan bahsedilmesinin “haber verme hakkı” kapsamında değerlendirilemeyeceğini ileri sürmüştür. Yazara göre, “olay”ın güncel olması ile “haber”in güncel olması farklı kavramlardır; aksi halde, basına kamuoyunca unutulmuş bir olayı tekrar tekrar açıklamak ve bir kimseye sürekli

³⁸⁶ KILIÇOĞLU, s. 164.

³⁸⁷ ERMAN, s. 160

³⁸⁸ ERMAN, ÖZEK, s. 310; KILIÇOĞLU, s. 74.

³⁸⁹ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 232; YAZICIOĞLU, s. 675.

³⁹⁰ “ Türk toplumunun siyasi, sosyal ve ekonomik yapısına olumsuz etkileri nedeniyle ‘kaçakçılık’ olayı ve olayları ‘güncel’ olaylar içindeki yerini sürekli korumaktadır. Kararın verildiği şu günlerde dahi, basının kaçakçılık olaylarına haber ve yorumlarında öncelikle yer verdiği görülmektedir... Bu nedenle, davaların aradan çok uzun bir süre geçmiş olsa bile (sekiz-on sene) yer altı dünyasının yasa dışı işlere karışmış bir eski silah kaçakçısının ihbar mektubunu (veya ifadesini) gündeme getirmesi mesleki görevi olarak kabul edilmelidir. Bugün dahi güncelliğini koruyan böyle bir yayının... ele alınması, olumlu bir davranıştır”, 4. HD. 30.10.1984, E. 5561_K. 7982, ERMAN, s. 161.

olarak hakaret imkan ve imtiyazı tanınmış olacaktır. Bu sebeple, güncelliğini kaybeden olayın, haber verme hakkı kapsamında değil, şartları olduğu takdirde tarihi olayları açıklama hakkı çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür³⁹¹.

Devlet adamları, politikacılar, şarkıcılar, aktris ve aktörler, sporcular gibi kamusal ilginin merkezinde bulunan kişiler bakımından ayrı bir değerlendirme yapmak gerekir. Bu kişilere ilişkin basında yer alan bir olayın güncel olup olmamasının önemi yoktur. Bu niteliğe sahip kişilerin sadece bugün değil, geçmişte yaptıkları da kamu oyunun ilgi alanındadır. Dolayısıyla bu kişilere ilişkin haberler değil, bizzat bu kişiler, deyim yerindeyse, “güncel”dirler³⁹².

cc. Haberde Kamu Yararının Bulunması

Gazetecinin verdiği haberle kişinin onur, şeref ve saygınlık hakkına saldırıda bulunması halinde; kişinin onur, şeref ve saygınlık hakkının ikinci plana itilerek, kamu yararına üstünlük tanınması için gerekli şart, kişinin onur, şeref ve saygınlığına saldırıda bulunan haberin yayınlanmasında kamu yararı bulunmasıdır³⁹³. Kamu yararının bulunmadığı veya pek hafif bulunduğu hallerde haber verme hakkından veya bu hakkın üstünlüğünden söz edilemez³⁹⁴.

Bazı yazarlarca³⁹⁵ kamu yararından ayrı olarak, bir de kamu ilgisinin bulunmasından söz edilmektedir. Aslında bir haberin kamunun ilgisini çekmesi veya çekici nitelikte olması haberin bilinmesinde kamu yararı bulunmasına bağlıdır. Yani,

³⁹¹ ERMAN, s. 160-161.

³⁹² TARHAN, s. 398.

³⁹³ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 232; ERMAN, s. 162.

³⁹⁴ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 232; DÖNMEZER, s. 278; ERMAN, ÖZEK, s. 312; ÖZEN, “Hakaret Suçlarında Haber Verme Ve Eleştiri Hakkı”, s. 333; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 456; YAZICIOĞLU, s. 676.

³⁹⁵ TARHAN, s. 400.

bilinmesinde kamu yararı bulunmayan bir haber, istediği kadar kamunun ilgisini çeksin, haber verme hakkının bir şartı veya unsuru sayılamaz³⁹⁶.

Kamu yararının ne zaman bulunduğunu tespit oldukça güçtür. Ancak, belirtmek gerekir ki, belirli bir dönemde veya belirli bir toplumda geçerli olan ahlak ve hukuk kurallarına aykırı her davranışın bilinmesinde kamu yararı vardır, çünkü, bu gibi davranışların açıklanması sözü edilen fiillerden çekinilmesine, çekinmemiş olanlara karşı da gerekli manevi ve hukuki tedbir ve yaptırımların alınmasına yol açabilir³⁹⁷. Bu itibarla haberin verilmesinde kamu yararı bulunup bulunmadığının tespiti durumunda olan hakim, dava konusu haberin okuyucunun marazi merak duygularını tatmine mi, yoksa üstün ahlaki ve hukuksal değerlerin korunmasına mı yönelik olduğunu araştırmalı ve ona göre, olayda kamu yararı bulunup bulunmadığı neticesine varmalıdır³⁹⁸. Yargıtay da kararlarında³⁹⁹ haberin okuyucunun marazi merakını doyurma amacına hizmet edemeyeceğini kabul etmiştir.

Habere konu olay veya olaydaki kişi ve bunların kimlikleri, toplumda ifade ettikleri yer, mevki ve önemleri haberin verilmesinde kamu yararı bulunması şartını belirleyen önemli unsurlardır⁴⁰⁰. Buna karşın topluma mal olmamış veya toplumdaki bir yere ya da mevkie talip olmayan, toplum bakımından bir önem arz etmeyen kimselerin özel hayatlarına ilişkin bir olayın bilinmesinde kamu yararının bulunduğu söz edilemez⁴⁰¹.

³⁹⁶ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 232; ERMAN, s. 162; DÖNMEZER, s. 278; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 456; YAZICIOĞLU, s. 677.

³⁹⁷ ERMAN, s. 163.

³⁹⁸ DÖNMEZER, s. 278, ERMAN, ÖZEK, s. 313; ; ÖZEN, “Hakaret Suçlarında Haber Verme Ve Eleştiri Hakkı”, s. 333; YAZICIOĞLU, s. 677.

³⁹⁹ 4. CD. 13.03.1991, E. 1005_K. 1660, PARLAR, HATİPOĞLU, s. 264; 4.CD. 12.04.2004, E. 4972_K. 4619, TARHAN, s. 444.

⁴⁰⁰ ERMAN, s. 163; ; ÖZEN, “Hakaret Suçlarında Haber Verme Ve Eleştiri Hakkı”, s. 333; YAZICIOĞLU, s. 677; YENİDÜNYA, ALŞAHİN, s. 64.

⁴⁰¹ DÖNMEZER, s. 278; ERMAN, ÖZEK, s. 313; YAZICIOĞLU, s. 677.

dd. Verilen Haberle İşlenen Suç Arasında Düşünsel Bir Bağın Bulunması

Verilen haberle işlenen suç arasında düşünsel bir bağın bulunması şartı, haber verme hakkının sınırlarının aşılmasıyla ilgilidir. Kanunun belirli haberlerin verilmesini yasaklamış olması veya yetkili mercilerin yayın yasağı koymuş olmaları halinde, bu yasaklara uymayan gazeteci haber verme hakkının sınırını aşmış olur. Örneğin, 1117 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanununun Ek 2. maddesinde, bu kanun kapsamına giren mevkutelerin belirli biçimde on sekiz yaşından küçüklere satılamayacağı belirtilmiş ve bir yayın yasağı öngörülmüştür⁴⁰². 5187 sayılı Basın Kanununun 20. maddesinde, cinsel saldırı, cinayet ve intihar olayları hakkında, haber vermenin sınırlarını aşan ve okuyucuyu bu tür fiillere özendirebilecek nitelikte olan yazı ve resimlerin yayınlanmasını yasaklamıştır. Yine 5187 sayılı kanunun 21. maddesi gereği, evlenmeleri yasaklanmış olanlar arasındaki cinsel ilişkiyle ilgili haberlerde bu kişilerin kimliklerini açıklayacak ya da tanınmalarına yol açacak şekilde yayın yapmak yasaktır⁴⁰³. Durum böyle olunca, yayınlanması yasak bir haberi veren kimse, haber verme hakkının kanun tarafından konulmuş olan sınırlarını aşmış olacaktır⁴⁰⁴.

Haber vermek hakkında söz edilebilmesi için kullanılan ifadelerin ölçülü olması gerekir⁴⁰⁵. Habere bir takım değerlendirmeler eklenmesi örneğin, haberde adı geçen kişinin ahlaki ve manevi kişiliğine saldırıda bulunulması, verilen haber açısından yararı bulunmayan küçültücü ifadeler kullanılması hallerinde haber verme

⁴⁰² CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 233; ÖZEN, “Hakaret Suçlarında Haber Verme Ve Eleştiri Hakkı”, s. 334.

⁴⁰³ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 233; ERMAN, s. 165.

⁴⁰⁴ ÖZEN, “Hakaret Suçlarında Haber Verme Ve Eleştiri Hakkı”, s. 334.

⁴⁰⁵ İÇEL, Kayıhan, ÜNVER, Yener, Kitle Haberleşme Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 2007, s. 313.

hakkının sınırlarının aşıldığını kabul etmek gerekir⁴⁰⁶. Bunun yanında sövme suçu kapsamında değerlendirilebilecek ibarelere başvurulması halinde de sınırın aşıldığını kabul etmek gerekecektir⁴⁰⁷.

Haberin veriliş tarzı da sınırın aşılmasına sebep olabilir. Örneğin, metinle alakası olmayan başlık konulması veya fotoğraf basılması halinde haber verme hakkının sınırının aşıldığı kabul edilir⁴⁰⁸. Aynı zamanda bazı söylentilere dayanarak bir kısım tahminlerde bulunmak, bir kimseyi şeref değerlerini zedeleyici bir fiil işlemiş gibi gösterip, kendisini temize çıkarmaya davet edecek şekilde ona bazı sorular sormak da haber verme hakkının sınırları dışında kalır⁴⁰⁹.

Özel yaşamı ilgilendiren haberlerin verilmesinin haber verme hakkı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini de incelemek gerekir. Anayasanın 20. maddesinin 1. fıkrası “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın veya aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.” şeklinde düzenlemesiyle özel yaşam dokunulmazlığını teminat altına

⁴⁰⁶ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 233; DÖNMEZER, s. 278; ERMAN, ÖZEK, s. 315; ÖZEN, “Hakaret Suçlarında Haber Verme Ve Eleştiri Hakkı”, s. 334; YAZICIOĞLU, s. 677; “Sanığın gazetede, futbolcu, Rıdvan Dilmen’ in kadro dışı bırakılmasıyla ilgili yazısında (... ne mal olduğunu öğrendim) sözleriyle küçük düşürücü değer yargısının da bulunduğu, suçu hukuka uygun kılan eleştiri çerçevesini aştığı ve de yazıda adı geçen futbolcu Rıdvan Dilmen’ i kadro dışı bırakan yöneticilerden biri bulunan katılana yönelik olduğu gözetilmeden hüküm kurulması”, 4. CD. 23.06.1993, E. 4078_K. 5155, PARLAR, HATİPOĞLU, s. 261; “Sanın S. M. A.’ nın 14.12.1994 tarihinde televizyon konuşmasında, ‘... sen mühendis olmuşsun, adam olamamışsın, ben ne yapayım?’ sözlerine yer vererek katılan hakkında küçük düşürücü değer yargısında bulunduğu ve eylemi hukuka uygun kılan eleştirinin sınırını aştığı gözetilmeden, beraat kararı verilmesi yasaya aykırıdır”, 4. CD. 20.04.1998, E. 3426_K. 3739, ÇETİN, s. 51; “Akit gazetesinin 21.03.2001 günlü nüshasında yayınlanan ‘Cevapla Zekeriya’ başlıklı yazıda yer alan ‘İslam ülkeleri de sizin gibi bilimsel makalesi veya eseri olmadan doçent ve profesörlerle idare ediliyor’ biçimindeki sözlerin eleştiri sınırlarını aşan nitelikte olduğu ve küçültücü değer yargısı içerdiği gözetilerek eser sahibi olarak gösterilen Sami Aslan’ ın kimlik bilgilerinin belli olmaması, anılan ismin gerçek olup olmadığının dahi belirlenememesi karşısında, Basın Yasasının 11/2. maddesi uyarınca sorumluluğu öngörülen gazete sorumlu müdürü sanık Mehmet Özcan’ın hükümlülüğü yerine suçun kanunilik unsuru bulunmadığı biçimindeki yasal olmayan gerekçe ile beraatına karar verilmesi yasaya aykırıdır”, 4. CD. 05.06.2007, E. 1031_K. 5328, TARHAN, s. 458.

⁴⁰⁷ “Yüze karşı söylendiğinde sövme teşkil eden sözler, bir köşe yazısında yazılması durumunda eleştiri niteliğinde kabul edilemez”, CGK, 15.06.1999, E. 4_K. 152-162, TARHAN, s. 394.

⁴⁰⁸ ERMAN, s. 166; ÖZEN, “Hakaret Suçlarında Haber Verme Ve Eleştiri Hakkı”, s. 335.

⁴⁰⁹ ERMAN, ÖZEK, s. 316; CGK. 17.07.2007, E. 4-117_K. 175, KAYANÇİÇEK, s. 128.

almıştır ve maddenin 2. fıkrasında bunun istisnalarını belirlemiştir. Bu itibarla, özel hayatla ilgili haberler kamunun ilgisini ne kadar çekerse çeksin kamu yararı bulunmadığı için kural olarak haber verme hakkı kapsamında değerlendirilemez⁴¹⁰.

AİHM’ de özel hayatın ve özellikle kişilerin, diğer kişilerle paylaşmak istemediği, saklı tuttuğu gizli alanlarının yayın konusu yapılmasını, kişilik haklarına saldırı olarak görmektedir⁴¹¹. Buna karşın mahkeme, kamuya mal olmuş kişilerin özel yaşamlarına ilişkin gizli alanlarının diğer vatandaşlara göre daha dar olduğunu, ifade etmiş, bu nitelikteki kişilerin özel hayatlarının, görevlerini ilgilendirdiği ölçüde haber konusu yapılabileceğini karara bağlamıştır. Ayrıca Mahkeme, siyasi görev üstlenenler bakımından özel hayat kavramını daha dar tutma yolunda bir eğilim sergilemektedir⁴¹².

Kişinin hayatının esas itibarıyla iki yönünün bulunduğu kabul edilmektedir. Bunlar, hayatın genel ve özel yönleridir; hayatın özel yönü de; özel hayat ve hayatın gizli alanı olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Hayatın genel yanının korunacak bir gizliliği bulunmamaktadır. Özel hayat, dar bir çerçevede kişinin sadece ailesi ve çevresi tarafından bilinen hayatıdır. Hayatın gizli alanı ise, kişinin sadece kendisini ilgilendiren ve kendisinden başka birinin bu alana girebilmesinin mümkün olmadığı yaşamıdır⁴¹³. Sporcular, sanatçılar ve siyasetçiler gibi özel yaşamı ile kamusal yaşamları birbirine sıkı biçimde bağlı kişilerin, özel yaşantılarına ilişkin haberlere hoşgörü göstermeleri gerekmektedir. Şüphesiz, bu kişiler hakkında gerçek dışı ve

⁴¹⁰ ERMAN, s. 167.

⁴¹¹ Tammer/Estonya/2001, MACOVEI, s. 45.

⁴¹² CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 234; GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, s. 234.

⁴¹³ ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA, SAYGILAR, ALAN, s. 135.

küçük düşürücü yayınlar yapılması halinde de haber verme hakkının sınırı aşılmış kabul edilecektir⁴¹⁴.

Yukarıda eleştiri hakkının, ifade özgürlüğünün ve dolayısıyla haber verme hakkının ayrılmaz bir parçası olduğuna değinilmişti. Eleştiri hakkının salt yazılı ve görsel medyaya tanınmış bir hak olduğunu kabul etmek doğru olmaz. Kişilerin de, kamu görevlilerini görevleriyle ilgili olarak eleştirme hakkına sahip olduğunu kabul etmek demokratik toplumun gereğidir⁴¹⁵. Bilimsel, edebi ve sanatsal alandaki eserler hakkındaki değerlendirmeleri de sınırın aşılmasında kaydıyla eleştiri hakkı kapsamında değerlendirmek mümkündür. Fransa’ da bilimsel, edebi ve sanatsal alandaki eserlere ilişkin değerlendirmelerde kişilerin büyük bir özgürlükten yararlanması gerektiği kabul edilmiştir. Özellikle sanat eserlerinin eleştirisi bağlamında, düşüncelerin açıklanmasına yönelik geniş bir özgürlük alanı öngörülmüştür⁴¹⁶.

Eleştiri hakkı, haber verme hakkının ayrılmaz bir parçasıdır. Basında yer alan açıklamalar, açıklamanın konusuna göre olay değerlendirmeleri ve değer yargıları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Eleştirilerin değer yargısı şeklindeki basın açıklamaları kapsamında değerlendirmek gerekmektedir⁴¹⁷. Eleştiri her ne kadar bir değer yargısından ibaret olsa da dış dünyada gözlemi mümkün hususlara dayanmalıdır⁴¹⁸. Yukarıda ifade özgürlüğüne ilişkin olarak yapılan açıklamalar, eleştiri hakkı bakımından da geçerlidir.

⁴¹⁴ İÇEL, ÜNVER, s. 319.

⁴¹⁵ ÇETİN, s. 345.

⁴¹⁶ DÖNMEZER, s. 275-276.

⁴¹⁷ KILIÇOĞLU, s. 26.

⁴¹⁸ DÖNMEZER, s. 275.

Hukuka uygunluk sınırları içinde kaldığı takdirde eleştiri hakkı kişi açısından en olumsuz inanç ve sonuçların dahi açıklanabilmesi olanağını ifade eder⁴¹⁹. Eleştiri bir övgü olmadığına göre sert ve haşin olması doğası gereğidir⁴²⁰. Ancak bu sertliğin ve haşinliğin de bir sınırı vardır ve bu sınır kamu kararı kavramı ile ilgilidir. Kamu hayatı bakımından çok önemli sayılan bir olay veya davranış eleştirilirken haklı görülebilen sert ve haşin ifadeler, bu kadar önemli olmayan durumların eleştirilmesi bakımından ölçüsüz kabul edilebilir. Bunun yanında kişiyi gülünç duruma düşüren, ticari itibarını zedeleyen ve hor görülmesine yol açan ibarelerin kullanılması halinde eleştiri hakkının sınırının aşıldığını kabul etmek gerekir⁴²¹. Belirtmek gerekir ki, eleştiri hakkı sadece hakaret suçu bakımından hukuka uygunluk nedeni teşkil etmektedir⁴²².

“Başkalarının şöhretlerini ve haklarını korumak”, ifade özgürlüğünün kısıtlanması için ulusal otoritelerin sıklıkla başvurduğu meşru bir amaç olagelmıştır. Özellikle politikacıları ve devlet görevlilerini eleştirilere karşı korumak amacıyla oldukça sık kullanılmıştır. AİHM, bu alanda başta basıninki olmak üzere ifade özgürlüğüne tanınan yüksek düzeyli korumayı kanıtlayan geniş çaplı bir içtihat geliştirmiştir. AİHM, bir kilometre taşı niteliği taşıyan Lingens davasında, politikacıların medyadaki eleştirilere daha büyük hoşgörü ile yaklaşması gerektiğini vurgulamıştır. Mahkeme ilgili kararlarında “Basın özgürlüğü halka siyasi liderlerin fikirlerini ve tutumlarını keşfetmek ve bu konularda fikir oluşturmak bakımından en iyi araçlardan birini sunar. Daha genel olarak siyasi tartışma özgürlüğü, AİHS’ ye bir baştan ötekine damgasını vuran demokratik bir toplum kavramının tam merkezinde

⁴¹⁹ ÇETİN, s. 345.

⁴²⁰ DÖNMEZER, s. 275; ERMAN, s. 170.

⁴²¹ ERMAN, s. 170.

⁴²² ERMAN, s. 171.

yer alır. Buna bağı olarak bizatihi bir politikacı hakkında yapılacak kabul edilebilir eleştirinin sınırları, sıradan bir kişi hakkındakilerden daha geniştir. Sıradan kişilerden farklı olarak, politikacı kaçınılmaz olarak ve bilinçli şekilde; kendini, her kelimesini ve eylemelerini, hem gazetecilere hem de kamuoyuna, sıkı bir şekilde izlemesine açık bir konuma yerleştirmiştir. Dolayısıyla daha yüksek derecede bir hoşgörü göstermek zorundadır” şeklinde karar vermiştir. Mahkeme, politikacıların şöhretlerini tamamen dışlamamış ancak şunu belirtmiştir: “Bu durumlarda, bu tür korumanın gerekleri, siyasi sorunların açıkça tartışılmasının ihtiyaçları ile karşılıklı olarak tartılmak zorundadır”⁴²³.

Yargıtay da farklı kararlarında⁴²⁴ kamu görevlilerinin, diğer vatandaşlara oranla daha sert eleştirilere maruz kalabileceğine hükmetmiştir. Başka bir kararında⁴²⁵ fotomontaj yoluyla olsa da kamuoyunu ilgilendiren gerçek ve güncel olaylar nedeniyle siyasi görevlilerin eleştirilmesini hukuka uygun kabul etmiştir. Yukarıda ifade özgürlüğü başlığı altında, sanat yaratma ve yayma hakkı kapsamında incelenen, mizah yapma hakkı kapsamında değerlendirilen karikatür, Yargıtay tarafından; eğlendirme, güldürme ve bir kimsenin davranışına incitmeden takılma amacı güden ince alay olarak kabul edilmiştir. Yakın tarihte siyasi görevlilerin karikatür yoluyla eleştirilmesine ilişkin ilk derece mahkemelerince verilen tazminat mahkumiyeti kararlarını bozarak, doğası gereği abartma ve alayı içinde bulunduran karikatür vasıtasıyla siyasi görevlilerin sert biçimde eleştirilmesini hukuka uygun kabul etmiştir. Görülmektedir ki, Yargıtay’ ın karikatür vasıtasıyla siyasi görevlilerin

⁴²³ Lings/Avusturya/1986, Castelles/İspanya/1992, Thoma/Lüksemburg/2001, GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, s. 361.

⁴²⁴ CGK. 11.07.2006, E. 4-162_K. 181, PARLAR, HATİPOĞLU, s. 64; CGK. 2002/4-108, 2002/235, TARHAN, s. 403.

⁴²⁵ 4. CD. 04.06.1998, E. 5063_K. 5930, ÇETİN, s. 305.

sert biçimdeki eleştirilmesi konusundaki iradesi, siyasi görevlilerin eleştirilere daha büyük hoşgörü ile yaklaşmaları gerektiği yönündedir.

Belirtmek gerekir ki; haber verme hakkı sövme suçu bakımından hukuka uygunluk nedeni teşkil etmemektedir⁴²⁶.

c. İsnadın İspatı

Yukarıda açıklandığı üzere hakaret suçunun oluşumu bakımından isnadın gerçek oluşu, suçun oluşumu bakımından herhangi bir etkiye sahip değildir. Ancak TCK' nın 127. maddesi isnadın ispatı kurumunu düzenleyerek, isnadın gerçek olduğu bazı istisnai hallerde isnadını ispat eden kişiye ceza verilmeyeceğini öngörmüştür. İsnadın ispatı, hemen hemen her dönemde ve bütün hukuk sistemlerinde dikkate alınmış bir kurumdur.

Hakaret suçları yönünden isnat edilen fiili ispat, özel bir önem taşımaktadır. Bu itibarla, hakaret suçlarında sanığa, mağdura isnat edilen fiilin gerçek olduğunu ispat imkanı verilip verilmeyeceği konusu çok tartışılmış ve bu konuda değişik sistemler kabul edilmiştir⁴²⁷.

Gerçeğin ispatı Atina' da mutlak suretle hiçbir kayda ve şarta tabi olmaksızın kabul edilmişti. Roma hukukunda da yine geniş ölçüde kabul edilmişti. Roma hukukunda kötülük eden bir kimseye hakaret eden kişinin bundan dolayı mahkum edilmesi adil kabul edilmemişti. Gerçekten zarar verenlerin kötülüklerinin bilinmesi hem gerekli hem faydalı kabul edilmişti. Cermen hukukunda da gerçeğin ispatı iddiası kabul edilmişti. Ancak ölümlerin aleyhine hakaretlerde ve hakaretin yazı ile gerçekleşmesi halinde ve hakaretin toplum huzurunu ihlal ettiği hallerde gerçeğin

⁴²⁶ ERMAN, s. 167.

⁴²⁷ DÖNMEZER, s. 287; EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s. 2270.

ispatı iddiası kabul edilmemişti. Ortaçağda ise sadece fiilin bir suç olması halinde gerçeğin ispatı iddiasının kabul edileceği görüşü benimsenmişti. Bu daraltıcı eğilim kilise hukukunun etkisiyle gelişmiş ve Carolina’ da gerçeğin ispatına hiçbir şekilde izin vermeyen bir hukuk sistemi ortaya çıkmıştı. İslam hukukunda gerçeğin ispatı mutlak anlamda benimsenmişti. Ancak gerçeğin ispat edilebilmesi için isnadın somut bir fiile ilişkin olması gerekirdi⁴²⁸.

Gerçeğin ispatı iddiası konusunda doktrin ve mevzuat alanında belli başlı üç fikir ileri sürülmüş ve benimsenmiştir. Bunlardan birincisi, ispat iddiasını kesinlikle kabul etmeyen, ikincisi hiçbir kayıt ve şarta tabi olmaksızın isnadın ispatını kabul eden ve sonuncusu isnadın ispatını kabul etmeyen ancak istisnai hallerde isnadın ispatına izin veren ya da isnadın ispatına her durumda izin veren ancak istisnai hallerde yasaklayan karma sistemdir⁴²⁹.

İspat yasağının kabul edildiği sisteme göre, hiç kimse diğerlerinin tahkikçisi değildir. Kişilerin özel hayatı her türlü saldırıdan uzak kalmalıdır. Bu sistem, özellikle otoriter rejim ceza kanunlarında öngörülmüştür. Ancak bugün bu sistemin kabul edildiği ülke bulunmamaktadır⁴³⁰.

İsnadın ispatını mutlak surette kabul eden sisteme göre, kişi doğruyu söylediği için cezalandırılmaz. Herkesi başkaları hakkında iyi şeyler söylemeye zorlamak, yalanı ve yalancılığı sosyal bir görev haline getirmek, bütün sosyal değerleri ikiyüzlülüğe dayandırmak anlamına gelir. Kaldı ki, ispat imkanı tanımayan

⁴²⁸ ERMAN, s. 238.

⁴²⁹ EREM, Hakaret ve Sövme, s. 23.

⁴³⁰ DÖNMEZER, s. 287; EREM, Hakaret ve Sövme, s. 23.

bir kanuna göre verilen bir mahkumiyet hükmü yapay ve gerçeğe uymayan bir hüküm şüphesi taşıyacaktır⁴³¹.

İsnadın ispatına ilişkin öngörölmüş üçüncü sistem karma sistemdir. Bu sisteme göre, ispat yasağı gibi mutlak ispat imkanı da sakıncalıdır. Her gerçeğin söylenmesinde toplumsal yarar bulunduğu kabul edilemez. Bu sistem iki şekilde oluşur; ya ispat imkanı kuraldır, ancak ispata izin verilmeyecek istisnai haller kanunda gösterilir, ya da ispat yasağı kuraldır ve ispata izin verilecek istisnai haller kanunda gösterilir⁴³². Hem 765 sayılı yasa da hem de TCK’ da isnadın ispatı kural olarak yasaktır ancak isnadın ispatına izin verilen istisnai haller kanunda gösterilmiştir.

İfade özgürlüğüne tanınan üstünlüğün doğal sonucu olarak, demokratik toplumlarda düşünce ve kanaatlerin özgürce açıklanabilmesi ve bu bağlamda basının idare edilenler ile idareciler arasında üstlenmiş olduğu denetim görevinin gereğı olarak, gerçeğin ispatı, istisnalar hariç olmak üzere genel kabul görmektedir. Bu sebeple siyasi rejimin demokrasiden uzaklaştığı oranda gerçekten korkulduğu ve gerçeğin ispatının kabul edilmemesi yolunun tercih edildiğı ileri sürölmüşür⁴³³.

765 sayılı yasada, isnadın ispatı kurumu, yasanın 481. maddesinde düzenlenmişti. TCK ise isnadın ispatı kurumunu 127. maddesinde düzenlemiştir. TCK’ nın 127. maddesinin 1. fıkrası “İsnat edilen ve suç oluşturan fiilin ispat edilmiş olması hâlinde kişiye ceza verilmez. Bu suç nedeniyle hakaret edilen hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı verilmesi hâlinde, isnat ispatlanmış sayılır. Bunun dışındaki hâllerde isnadın ispat isteminin kabulü, ancak isnat olunan fiilin doğru olup

⁴³¹ERMAN, s. 243-244.

⁴³²DÖNMEZER, s. 287; EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s. 2275.

⁴³³ERMAN, s. 241.

olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunmasına veya şikâyetçinin ispata razı olmasına bağlıdır” şeklinde düzenlenmiştir. 765 sayılı yasa döneminde isnadın ispatı imkanı somut bir fiil veya olgu isnadı içeren hakaret suçları bakımından öngörölmüşü. Sövmeye suçunda ise, isnadın bir kimse hakkında olumsuz değer yargısı içermesi sebebiyle, isnadın ispatı imkanı söz konusu değildi⁴³⁴. Ancak bu dönemde hakaret ve sövmeye suçları arasındaki ayrımın sadece bir yoğunluk farkından ibaret olması sebebiyle sövmeye suçları bakımından da isnadın ispatının kabul edilebileceği ileri sürölmüşü. Özellikle failin, bir memur hakkında görevine ilişkin olmak kaydıyla açıklanan değer yargısının, somut olaylara dayandığı hallerde failin ispat hakkını reddetmenin, hakarete ispat hakkının kabulünü meşru gösteren düşüncelerle bağdaşmayacağı ileri sürölmüşü⁴³⁵.

Yukarıda, kanun koyucunun TCK’ nın 125. maddesinin hakaret ve sövmeye ayrımını, bu suçları aynı başlık altında tek bir madde hükmü olarak düzenlemek suretiyle kaldırdığı iddiasının tutarlılıktan yoksun olduğu ve 765 sayılı yasa döneminde benimsenmiş hakaret ve sövmeye suçu ayrımının bu suçların klasik yapıları itibariyle değıştirilemeyeceği ayrıntılı olarak incelenmişti. Gerçekten hakaret suçu bakımından öngörölmüş isnadın ispatı kurumu açısından hakaret ve sövmeye ayrımının önemi oldukça net bir biçimde ortaya çıkmaktadır. TCK’ nın 127. maddesinin ifadesinden de anlaşılacağı üzere, isnadın ispatı kurumu sadece somut bir fiil veya olgu isnat etmek suretiyle gerçekleşen hakaret suçlarına özgü olarak düzenlenmiştir⁴³⁶. Kişi hakkında olumsuz değer yargısını ihtiva ettiği gerçeği

⁴³⁴ DÖNMEZER, s. 295; EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s. 2276; ERMAN, s. 248.

⁴³⁵ EREM, Hakaret ve Sövmeye, s. 29-30.

⁴³⁶ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 247; DÜLGER, İbrahim, “Türk Ceza Kanunu’nun 127. Maddesinin Anayasaya Uygunluğu Sorunu”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 2, s. 130; HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 226; ÖZBEK, s. 274; ŞEN, s. 552; TEZCAN,

karşısında, sövmenin gerçek olduğunun ispatı isteminin hem hukuken hem de ahlaken doğru olmadığını kabul etmek gerekir⁴³⁷. Kimsenin kimseye örneğin deli olana deli, hırsıza hırsız, fahişeye fahişe demeye hakkı yoktur. Deli, hırsız, fahişe de, kanun önünde eşitlik ilkesi uyarına, insan, kişi olarak, her kişi ve insan kadar, onur, şeref ve saygınlığına saygı gösterilmesini isteme temel hakkına sahiptir⁴³⁸.

Doktrinde isnadın ispatı kurumunun hukuki niteliğine ilişkin görüş birliği bulunmamaktadır. ERMAN, isnadın ispatı kurumunu, hakkın kullanılması gibi hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması veya bulunup da sınırlarının aşılması halinde, failin yine de cezadan kurtulmasını sağlayan tamamlayıcı bir kurum olarak kabul edilebileceğini ileri sürmüştür⁴³⁹. EREM de benzer biçimde, isnadın ispatına kanunun sınırlı olarak yer verdiği hallerde, isnadın doğruluğu ispatlandığı takdirde, fiilin suç olmaktan çıkmayacağını sadece faile ceza verilmeyeceğini ileri sürmüştür⁴⁴⁰. Günümüzde isnadın ispatının esasen bir maddi unsur yokluğu olarak kabul edilmesinin daha doğru olacağını savunan yazarlar⁴⁴¹ yanında, cezasızlık nedeni⁴⁴² veya şahsi cezasızlık nedeni⁴⁴³ olarak kabul edilmesinin daha makul olacağını savunan yazarlar da bulunmaktadır.

Anayasa, ispat hakkını, “Kişilerin Hakları ve Ödevleri” arasında, 39. maddesinde temel bir insan hakkı olarak düzenlemiştir⁴⁴⁴. Her ne kadar ispat hakkının TCK’ nın 26. maddesindeki hakkın kullanımı hukuka uygunluk nedeninin

ERDEM, ÖNOK, s. 464; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 123; YENİDÜNYA, ALŞAHİN, s. 81; CGK. 11.07.2006, E. 4-162_K. 181, PARLAR, HATİPOĞLU, s. 280.

⁴³⁷ DÖNMEZER, s. 295; ÖZBEK, s. 274.

⁴³⁸ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 226.

⁴³⁹ ERMAN, s. 246.

⁴⁴⁰ EREM, Hakaret ve Sövme, s. 30

⁴⁴¹ ŞEN, s. 536.

⁴⁴² TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 464.

⁴⁴³ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 247.

⁴⁴⁴ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 226.

şartlarını taşımadığı iddia edilebilirse de, isnadın ispatının Anayasada “ispat hakkı” başlığı altında bir hak olarak düzenlenmiş olması doğrultusunda, isnadın ispat kurumunu, hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmek gerekir. TCK’ nın 127. maddesinin gerekçesinin, “Yine Anayasamıza göre, isnadın doğruluğunun ispat edilmiş olması, hakaret suçunun hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaktadır. Bu nedenle hakarete bulunan kişi hakkında beraat kararı verilmelidir”, seklindeki açıklaması da ispatın hakaret suçları bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiğini ortaya koymaktadır⁴⁴⁵. Yukarıda hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin açıklamalarda da değinildiği üzere, isnadın ispatı hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiği için, isnadın ispatı, sadece cezai sorumluluğu bertaraf etmekle kalmayacak, özel hukuk açısından tazminat sorumluluğu da gündeme gelmeyecektir.

Yukarıda TCK’ da isnadın ispatının yasak olduğu, ancak belirli istisnai hallerde isnadın ispatına izin veren karma sistemi kabul etti belirtilmişti. TCK’ nın 127. maddesi, üç ayrı istisnai halde, failin ispat hakkından yararlanabileceğini öngörmüştür. Bunlar; isnat olunan fiilin suç olması ve mağdurun bu suç sebebiyle mahkum edilmesi, isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunması ve şikayetçinin isnadın ispatına razı olmasıdır. Maddede düzenlenmiş bu üç ayrı istisnai hali ayrı başlıklar altında incelemek gerekir.

aa. İsnat Olunan Fiilin Suç Oluşturması ve Mağdurun Bu Suç Sebebiyle Mahkumiyeti

İspat hakkının kullanılabileceği istisnai haller bakımından 765 sayılı yasa ile TCK arasında bir karşılaştırma yapıldığında, bu istisnaların kapsamının TCK ile daha

⁴⁴⁵ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 226; TARHAN, s. 327.

da daraltıldığı sonucuna ulaşılmaktadır⁴⁴⁶. İspat hakkı; Anayasanın 36. ve AİHS 'in 6. maddesinde düzenlediği hak arama özgürlüğünün ve adil yargılanma hakkının doğal sonucudur⁴⁴⁷. Özellikle basın özgürlüğünün, basının kamu görevlilerinin denetimi ve kamuoyunun oluşumundaki işlevselliğinin, düzenlendiği hukuk sistemlerinde haberin kaynağını açıklamaya zorlanamama hakkı yanında ispat hakkı, basının basın çalışanlarının, ayrıca haber alma hakkı ola herkesin teminatıdır⁴⁴⁸.

765 sayılı yasanın 481. maddesinde “mağdurun bir memur veya kamu hizmeti gören bir kimse ve isnat olunan fiilin de mağdurun yerine getirdiği görev veya gördüğü kamu hizmetine ilişkin olması” ispat hakkının kullanılabileceği bir durum olarak öngörülmüş iken⁴⁴⁹ TCK’ da bu duruma istisnalar arasında yer verilmemiştir⁴⁵⁰.

TCK’ nın 127. maddesinin 1. fıkrasında isnat edilen ve suç oluşturan fiilin doğruluğunun ispat edilmiş olması halinde faile ceza verilmeyeceği öngörülmüştür.

⁴⁴⁶ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 465.

⁴⁴⁷ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 226.

⁴⁴⁸ DÖNMEZER, s. 293; HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 226.

⁴⁴⁹ Bu hükme dayanarak ispat hakkının kullanılabilmesi için; mağdurun bir memur veya kamu hizmeti gören kişi olması, isnat edilen fiilin mağdurun görevine ilişkin olması, isnadın 765 sayılı yasanın 266, 267 ve 268. maddelerinin kapsamına girmemesi gerekirdi. Görüldüğü üzere, 765 sayılı yasanın 421. maddesinin 1. fıkrasının 1. bendinde yasanın 266, 367 ve 268. maddeleri ispat hakkının kapsamı dışında bırakılmıştı ve bu durumun Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmüştü. Çünkü, Anayasanın 39. maddesinde mağdurun huzurunda olsun ya da olmasın görev nedeniyle yapılan bütün isnatlar için gerçeğin ispatına olanak tanımaktaydı. Ancak, 765 sayılı yasanın 481. maddesinde değişiklik yapan kanun, 27 Mayıs 1960-6 Ocak 1961 tarihleri arasında çıkarıldığı ve bu dönemde çıkarılan kanunlara karşı Anayasa Mahkemesinde iptal davası açılmayacağı için, söz konusu sınırlamanın Anayasaya aykırılığı gerekçesiyle açılan iptal davası Anayasa Mahkemesince reddedilmişti. (Anayasa Mahkemesi, 13.12.1963, E. 317_K. 294) Bunun yanında Anayasa Mahkemesi, 1972 tarihinde verdiği bir kararda, Anayasanın söz konusu hükmünün 765 sayılı yasanın 481. maddesini değiştiren kanundan sonra yürürlüğe girdiği ve böylece Anayasa koyucunun artık 765 sayılı yasanın 481. maddesinin uygulanmasını istemediğini belirtmek suretiyle, ispat hakkının Anayasanın 34. maddesine uygun olarak (1982 Anayasası m. 39) kullanılabileceği sonucuna varmıştı. (Anayasa Mahkemesi, 19.12.1972, E. 55_K. 60) Dolayısıyla ispat hakkının kullanılması açısından öngörülen bu olumsuz koşulun Anayasanın 39. maddesi karşısında herhangi bir hükmü kalmadığından, hakaret ister memur veya kamu hizmetlisinin huzurunda, ister gıyabında gerçekleşmiş olsun, yerine getirdiği görev nedeniyle gerçekleşmiş olması koşuluyla, isnadın gerçeğe uygunluğunun ispatı söz konusu olabilecekti. (DÖNMEZER, s. 303-304; ERMAN, s. 256-257.)

⁴⁵⁰ ÖZBEK, s. 273; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 465.

Yukarıda değinildiği üzere isnadın ispatı hakkı Anayasanın 39. maddesinde düzenlenmiştir. Ancak Anayasanın isnadın ispatı hakkını düzenleyen 39. maddesi ile TCK’ nın 127. maddesinin 1. fıkrası arasında önemli bir fark bulunmaktadır. Anayasanın 39. maddesinde yer alan “Kamu görev ve hizmetinde bulunanlara karşı, bu görev ve hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olarak yapılan isnatlardan dolayı açılan hakaret davalarında, sanık, isnadın doğruluğunu ispat hakkına sahiptir” şeklindeki düzenlemeye TCK’ nın 127. maddesinde yer verilmemiştir. Anayasa ispat hakkında “kamu görev ve hizmetinde bulunanlar...” ile “bunun dışındaki halleri...” ayrıma tabi tutmuştur. Kamu görev ve hizmetinde bulunanlara karşı, bu görev ve hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olarak yapılan isnatlardan dolayı açılan hakaret davalarında, sanık mutlak surette isnadın doğruluğunu ispat hakkına sahiptir, çünkü, bu durumda isnadın ispatı herhangi bir şarta bağlanmış değildir. Ancak Anayasanın 39. maddesinin ikinci cümlesi “Bunun dışındaki hallerde ispat isteminin kabulü, ancak isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunmasına veya şikayetçinin ispata razı olmasına bağlıdır” şeklinde düzenlenmiştir. Yani, bu durumlarda ispat hakkı, hakkın kullanılması şarta bağlanmış olduğu için, nispidir. TCK’ nın 127. maddesi, Anayasanın yukarıda açıklanan ayırımına uymamış, kamu görev ve hizmetinde bulunan kimselerle, kamu görev ve hizmetinde bulunmayan kimseleri bir tutmuş, yani kamu görev ve hizmetinde bulunan kişileri, kamu görev ve hizmetinde bulunmayan kimselere eşitlemiş ve böylece, mutlak bir hakkı sanığın aleyhine olacak biçimde nispi hakka dönüştürmüştür⁴⁵¹. Bu itibarla, kamu görev ve hizmetinde bulunan kişilere yönelik olarak bu görev ve hizmetlerinin yerine getirilmesiyle ilgili olarak yapılan

⁴⁵¹ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 227;benzer yönde, DÜLGER, s. 133; ŞEN, s. 552; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 465.

isnatlardan dolayı ispat hakkının tanınması anayasal bir zorunluluk olduğu halde; TCK’ da bu durumda ispat hakkının kullanılmasına olanak tanınmaması, TCK’ nın 127. maddesinin 1.cümlesinin Anayasaya aykırı olduğuna ilişkin ciddi şüphe barındırmaktadır⁴⁵².

Anayasayla teminat altına alınan ispat hakkı, suçun mağdurunun kamu görevlisi olup olmadığına göre bir ayrıma tabi tutulmuşken, TCK’ nın 127. maddesi, isnat edilen fiilin “suç oluşturup oluşturmadığı” kriterini kabul etmiştir. Yani, TCK’ nın 127. maddesi uyarınca, kamu görev ve hizmetinde bulunanlara karşı bu kamu görev ve hizmetlerinin yerine getirilmesiyle ilgili olarak yapılan isnatlarda, isnadın doğruluğunun ispatı; isnat konusu fiil suç oluşturmadığı takdirde; isnat edilen fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunması ve şikayetçinin ispata razı olması halinde söz konusu olacaktır. Ancak kamu görevlisine karşı görevi nedeniyle işlenen hakaret suçunun takibi şikayete bağlı değildir. Bu itibarla, kamu görevlisinin “şikayetçi” kimliği bulunmamaktadır. Görüldüğü üzere, Anayasada, kamu görev ve hizmetinde bulunanlara bu kamu görev ve hizmetlerinin yerine getirilmesiyle ilgili olarak yapılan isnatlarda, isnadın ispatı hakkı mutlak olarak tanınmışken; TCK’ nın 127. maddesi, ispat hakkının kapsamını sanık aleyhine olacak biçimde daraltmıştır⁴⁵³. Bu durum özellikle, basın mensupları bakımından büyük tehlike yaratmaktadır. Görevi, kamu idaresinin eylem ve işlemlerinden kamuyu haberdar etmek olan basın mensubu, haberin içeriğini oluşturan isnat konusu fiilin suç olmadığı hallerde, haberin doğruluğunu ispat imkanına ancak isnat edilen fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunması halinde sahip

⁴⁵² HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 227; benzer yönde, DÜLGER, s. 136; ŞEN, s. 560; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 465; TARHAN, s. 326.

⁴⁵³ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 229; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 466.

olacaktır. Bu durumda; hakim ispatta kamu yararı görmediği takdirde, haber doğru olsa bile, basın mensubunun haberin doğruluğunu ispat şansı yoktur⁴⁵⁴.

TCK' nın 127. maddesinin metni ile gerekçesi arasında açık bir farklılık ve çelişki bulunmaktadır. TCK' nın 127. maddesinin gerekçesinde, "... Anayasamıza göre; kamu görev ve hizmetinde bulunanlara karşı bu görev ve hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olarak isnatta bulunulması durumunda, isnatta bulunan isnadın doğruluğunu ispat hakkına sahiptir" şeklindeki ifadeye rağmen madde metninde konuya ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Madde metninde, isnat edilen ve suç oluşturan fiilin ispat edilmiş olması halinde kişiye ceza verilmeyeceği öngörülmüştür. Ancak bu düzenlemenin anayasal dayanağı bulunmamaktadır. Her ne kadar madde gerekçesinde, Anayasaya uygun bir düzenlemenin yapıldığı ifade edilmekteyse de madde metni, gerekçeyi doğrulamamaktadır⁴⁵⁵.

TCK' nın 127. maddesinin Anayasaya aykırı olduğunu haklı olarak kabul eden yazarlar yanında; TCK' nın 127. maddesinde Anayasaya aykırı bir durum bulunmadığını ileri süren yazarlar da bulunmaktadır. Bu yazarlara göre, her ne kadar "kamu görev ve hizmetinde bulunanlara karşı, bu görev ve hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olarak yapılan isnatlardan dolayı" sanığın ispat hakkına sahip olduğu hususu yasada açıkça ifade edilmemişse de bunun uygulanmasını yasaklayan bir hükmün varlığından, dolayısıyla da Anayasaya aykırılıktan söz edilemez⁴⁵⁶.

Doktrinde TCK' nın 127. maddesinin Anayasaya aykırılığı sorununun; ilgili kanun maddesinin Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine götürülmesi ya da Anayasanın 39. maddesinin doğrudan uygulanması suretiyle

⁴⁵⁴ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 227.

⁴⁵⁵ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 228; ŞEN, s. 559.

⁴⁵⁶ ARISOY, s. 192; SOYASLAN, s. 262; ÜZÜLMEZ, s. 60.

çözümüne kavuşturulabileceği ileri sürülmüştür⁴⁵⁷. 1982 Anayasasının her ne kadar doğrudan uygulanabilirliği olmayan çerçeve hukuk kuralları düzenlediği ileri sürülecek olsa da, bilindiği üzere Anayasanın birçok hükmünün vasıtasız, yani alt norma ihtiyaç olmaksızın uygulanabilme imkanı da mevcuttur. Örneğin, Anayasa, yasama, yürütme ve organları ile üyelerinin belirlenmesinde somut ve doğrudan doğruya uygulanabilir hükümler getirmiştir. (Anayasa m. 75 vd.) Bu sebeple, hakaret suçunun faili “kamu görev ve hizmet” kavramına gören ispat imkanını Anayasanın 39. maddesi uyarınca doğrudan doğruya ve mutlak surette kullanabilecektir⁴⁵⁸. Görüldüğü üzere, sorunun Anayasanın doğrudan uygulanması suretiyle çözüme kavuşturulabileceği ileri sürülmüştür.

Anayasanın 39. maddesi ile TCK’ nın 127. maddesi arasındaki uyumsuzluk sorunu ayrıntılı biçimde incelendikten sonra, TCK’ nın 127. maddesinde düzenlenmiş, isnadın ispatının kabul edildiği istisnai hallerden biri olan, isnat edilen fiilin suç oluşturması ve mağdurun bu suç sebebiyle mahkumiyeti durumunu incelemek gerekir.

765 sayılı yasanın 481. maddesinin 2. fıkrasının 2. bendi isnat olunan fiilden dolayı mağdur hakkında kovuşturmaya başlanmış olmasını, isnadın ispatına olanak tanınan bir durum olarak öngörmüştü. Bu hükme dayanarak ispat hakkının kullanılabilmesi için isnat olunan fiilin suç olması, isnat edilen fiil hakkında ceza kovuşturmasına başlanmış olması, ceza kovuşturmasının henüz kesin bir hükümle sonuçlanmamış olması ve isnat edilen fiille hakkında ceza kovuşturması başlanan fiilin aynı olması şartları aranmaktaydı⁴⁵⁹. Isnat edilen fiil hakkında “ceza

⁴⁵⁷ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 227; ŞEN, s. 558.

⁴⁵⁸ ŞEN, s. 559.

⁴⁵⁹ EREM, Hakaret ve Sövme, s. 37-38; ERMAN, s. 257.

kovuşturmasına başlanmış olması” nın kamu davası açılmış olması şeklinde anlaşılması gerektiği kabul edilmişti⁴⁶⁰.

TCK’ nın 127. maddesi “İsnat edilen ve suç oluşturan fiilin ispat edilmiş olması hâlinde kişiye ceza verilmez. Bu suç nedeniyle hakaret edilen hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı verilmesi hâlinde, isnat ispatlanmış sayılır.” şeklinde düzenlenmiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki hükmün ifadesi yanlıştır. “Kesinleşmiş bir mahkumiyet kararı verilmesi” mümkün değildir. Bu sebeple hükmü, “ Bu suç nedeniyle hakaret edilen hakkında mahkumiyet kararı verilmesi ve kararın kesinleşmesi halinde isnat ispat edilmiş sayılır ” şeklinde kabul etmek gerekir⁴⁶¹. TCK’ nın 127. maddesinin 1. fıkrasında 765 sayılı yasanın 481. maddesinden farklı olarak isnada konu fiilin suç oluşturmaya yeterli sayılmış ayrıca bu suçtan dolayı mağdur hakkında ceza kovuşturmasına başlanmış olması gibi bir zorunluluk öngörülmemiştir⁴⁶².

TCK’ nın 127. maddesinde isnadın ispatı şartları, suç teşkil eden bir fiilin isnat edilmesi ve suç teşkil etmeyen bir fiilin isnat edilmesi ayrımına göre düzenlenmiştir⁴⁶³. Belirtmek gerekir ki; TCK’ nın Adalet Alt Komisyonunda kabul edilen Tasarı metninde isnadın ispatı sırf suç teşkil eden fiiller bakımından kabul edilmiş, bunun dışındaki haller ise isnadın ispatı kapsamı dışında bırakılmıştı. Madde üzerinde 05.07.2004 tarihinde Adalet Komisyonundaki görüşmeler sırasında, maddenin bu haliyle Anayasayla uyumlu olmadığı, konusu suç teşkil etmeyen fiilin

⁴⁶⁰ DÖNEMEZER, s. 296; EREM, Hakaret ve Sövme, s. 38; ERMAN, s. 258; Farklı görüş için bkz. TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 466. (Yazara göre, ceza kovuşturmasına başlama deyimini, isnat konusu fiil hakkında kovuşturma organlarınca hazırlık soruşturmasına başlama olarak anlamak gerekirdi.)

⁴⁶¹ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 228.

⁴⁶² TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 466; PARLAR, HATİPOĞLU, s. 277.

⁴⁶³ ÜZÜLMEZ, s. 60.

isnat edildiği hallerde 127. maddenin uygulanma kabiliyetinin bulunmadığı gerekçesiyle Anayasanın 39. maddesinin “Bunun dışındaki hallerde ispat isteminin kabulü, ancak isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunmasına veya şikayetçinin ispata razı olmasına bağlıdır” şeklindeki ikinci cümlesinin madde metnine eklenmesi kabul edilmiştir⁴⁶⁴. Bu itibarla, 127. maddede isnadın ispatı şartları, konusu suç teşkil eden fiilin isnat edilmesi ve konusu suç teşkil etmeyen fillerin isnat edilmesi ayrımına göre belirlenmiştir.

Konusu suç teşkil eden fiilin isnadının ispatına ilişkin şartlar 127. maddenin 1. fıkrasında “İsnat edilen ve suç oluşturan fiilin ispat edilmiş olması hâlinde kişiye ceza verilmez. Bu suç nedeniyle hakaret edilen hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı verilmesi hâlinde, isnat ispatlanmış sayılır” şeklinde belirlenmiştir. Buna göre, failin isnat ettiği fiil suç teşkil etmeli ve madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, hakaretin yapıldığı anda isnada konu suç dolayısıyla mağdur hakkında bir hüküm verilmemiş olması gerekir⁴⁶⁵. Dolayısıyla hakaretin gerçekleştiği anda, isnat edilen suç nedeniyle herhangi bir soruşturma veya kovuşturmaya başlanmış olup olmamasının bir önemi yoktur⁴⁶⁶.

Yukarıda da değinildiği üzere, TCK’ nın 127. maddesinde öngörülen isnadın ispatı hakkı sadece somut bir fiil veya olgu isnat etmek suretiyle gerçekleşebilecek hakaret suçu bakımından söz konusudur. Fail sözlerinde hem somut bir fiil veya olgu isnadı suretiyle hakaret suçunun oluşumuna sebebiyet verecek kelimeler, hem de sövme suçunun oluşumuna sebebiyet veren kelimeler kullanmışsa, fail somut bir fiil veya olgu suretiyle gerçekleşen hakareten, isnadın doğruluğunu ispat ederek

⁴⁶⁴ ARISOY, s. 192.

⁴⁶⁵ ÇETİN, s. 131; TARHAN, s. 327; ÜZÜLMEZ, s. 61.

⁴⁶⁶ ARISOY, s. 194.

beraat edebilecektir. Ancak sövmek suretiyle gerçekleşen sövme suçundan dolayı ceza sorumluluğu devam edecektir⁴⁶⁷.

TCK' nın 127. maddesinin 1. fıkrasına göre, konusu suç teşkil eden fiilin isnadının ispatına ilişkin olarak; isnat konusu fiilin suç teşkil etmesi ve mağdurun bu suçtan dolayı yargılanarak mahkum edilmesi ve bu mahkumiyetinin kesinleşmiş bulunması halinde isnat ispat edilmiş sayılacak ve faile ceza verilmeyecektir⁴⁶⁸. Isnat konusu fiilin oluşturduğu suçun TCK' da ya da özel kanunlarda yer almasının önemi yoktur⁴⁶⁹.

Yukarıda da değinildiği üzere, hakaretin gerçekleştiği anda, isnat edilen suç nedeniyle herhangi bir soruşturma ya da kovuşturmayla başlanmış olup olmasının bir önemi yoktur. Hakaret suçuna bakan mahkeme, isnat konusu suça ilişkin olarak isnadın ispatının talep edilmesi halinde, cumhuriyet savcılığına suç duyurusunda bulunmalıdır. Savcılık, soruşturma sonunda takipsizlik kararı verecek ve bu karar kesinleşecek olursa, isnat ispatlanmamış sayılacak ve fail hakaret suçundan dolayı mahkum edilecektir. Fail, hakaret davasına bakan mahkemeye, isnat konusu suça ilişkin bir ceza davasının bulunduğunu beyan ettiği takdirde veya isnat konusu suça ilişkin olarak başlatılan soruşturma sonucunda kamu davası açıldığı takdirde, hakaret davasına bakan mahkeme, durma kararı verecek ve isnat konusu suça ilişkin olarak mağdur hakkında açılan davayı, bekletici mesele sayacak ve bu davanın sonucunu bekleyecektir⁴⁷⁰. Isnada konu suça ilişkin olarak mağdur hakkında açılmış veya açılacak olan dava sonucunda mahkumiyet dışındaki, “beraat, ceza verilmesine yer

⁴⁶⁷ ERMAN, s. 249.

⁴⁶⁸ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 248; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 123.

⁴⁶⁹ ERMAN, s. 258.

⁴⁷⁰ ARISOY, s. 194; CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 248; HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 228; ÖZBEK, s. 275; ŞEN, s. 553; TARHAN, s. 328; ÜZÜLMEZ, s. 62.

olmadığı, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi veya düşmesi” kararlarından birine hükmedilmesi halinde isnat ispat edilmemiş sayılacak ve fail hakaret suçundan dolayı mahkum edilecektir⁴⁷¹.

İsnada konu suça ilişkin olarak mağdur hakkında açılan davanın yargılaması, hakaret davasına bakan mahkemede yapılamayacaktır. Aslında bu konuda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda ceza muhakemesi kurallarının göz önünde bulundurulması gerekir. Ceza muhakemesinde geçerli maddi gerçeğin araştırılması ilkesi; her bir suç bakımından muhakemenin yer ve madde itibarıyla yetkili mahkemelerce yapılmasını gerektirir. Nispi muhakeme ve davaların birleştirilmesi gibi istisnai durumlar dışında, bir mahkemenin yer ve madde bakımından yetkili olmadığı bir davaya bakması mümkün değildir⁴⁷². İsnadın ispatı ise davaların birleştirilebileceği veya nispi muhakemenin yapılabileceği haller arasında yer almamaktadır. Bu itibarla, isnadın ispatının talep edilmesi halinde, hakaret davasına bakan mahkeme, durma kararı vererek bu durumu, bekletici mesele⁴⁷³ saymak zorunda kalacaktır⁴⁷⁴. Bu durumda, TCK’ nın 67. maddesi

⁴⁷¹ ARISOY, s. 194; CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 248; HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 228; ÖZBEK, s. 275; ŞEN, s. 555; TARHAN, s. 328, ÜZÜLMEZ, s. 62; YENİDÜNYA, ALŞAHİN, s. 83; Farklı görüş için bkz, TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 466. (Yazara göre, isnada konu suça ilişkin olarak mağdur hakkında açılmış veya açılacak dava sonucunda mahkumiyet kararı dışında bir karar verilmesi halinde de isnadın ispatı mümkün olmalıdır. Mahkumiyet durumunda isnadın ispat edilmiş sayılacağından hareketle, bunun dışında bir ceza verilmesi durumunda isnadın ispat edilmemiş sayılacağı biçiminde bir sonuca varılamaz. Bu bağlamda, örneğin, isnat konusu suçtan dolayı yapılan yargılama sonucunda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi veya henüz soruşturma evresi sonunda kamu davasının açılmasının ertelenmesi durumunda ortada bir mahkumiyet olmadığı için hakaret suçunun faili isnadı ispat olanağından yoksun bırakılmış olur ki, bunun kabulü mümkün değildir.)

⁴⁷² ÜZÜLMEZ, s. 62.

⁴⁷³ Bekletici sorun nedeniyle muhakemenin durdurulması, ancak muhakemelerin birleştirilmesinin veya nispi muhakemenin kabul edilmediği hallerde söz konusu olabilir. (TOROSLU, Nevzat, FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2006, s. 91.)

⁴⁷⁴ ARISOY, s. 194; CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 248; HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 228; ÖZBEK, s. 275; ŞEN, s. 553; TARHAN, s. 328; ÜZÜLMEZ, s. 62; YENİDÜNYA, ALŞAHİN, s. 83.

uyarınca dava zaman aşımı duracaktır⁴⁷⁵. Ayrıca TCK' nın 127. maddesinin gerekçesi “Bu sistemde, isnadın doğruluğunun ispatı, hakaret suçundan dolayı açılan davanın görüldüğü mahkemede yapılmamaktadır. Hakaret suçunun işlendiğinden bahisle açılan davanın görüldüğü mahkeme, yapılan somut vakıa isnadının bir suç oluşturması durumunda, bu suçun gerçekten işlenmiş olup olmadığının ortaya çıkarılmasını bekletici mesele kabul ederek, bu nedenle açılmış veya açılacak olan davanın sonucunu beklemelidir. Isnadın doğruluğunun ispatı, ancak isnat konusu suç vakıası dolayısıyla açılan ceza davası bağlamında ilgili mahkemede söz konusu olabilir” şeklindeki ifadesiyle yukarıda anlatılanları doğrular niteliktedir.

İsnada konu suça ilişkin olarak mağdur hakkında açılan davanın yargılanmasını yapacak mahkeme, bizzat hakaret davasına bakan mahkeme olabileceği gibi; yer ve görev bakımından farklı yetkili bir mahkeme de olabilecektir⁴⁷⁶. İsnada konu suça ilişkin yargılama, hakaret davasına bakan mahkemenin yetkisi ve görevi dahilinde ise ve isnada konu suça ilişkin dava aynı mahkemede açılmışsa, hakaret davasına bakan mahkemenin her iki davayı birleştirmeden ayrı ayrı görmesi ve hakaret suçunun görüldüğü davayı, isnat konusu suça ilişkin dava için bekletici mesele sayması gerekir⁴⁷⁷.

İsnada konu failin suç teşkil etmesi halinde, faile isnadın doğruluğunu ispat hakkı veren bu istisnai hal, fail bakımından bir imkandır. Failin isnadın doğruluğunu ispat mecburiyeti yoktur. Bu itibarla, failin isnadın doğruluğunu ispat hakkını kullanmak istediğini mahkemeye açıkça bildirmesi gerekir⁴⁷⁸.

⁴⁷⁵ EREM, Hakaret ve Sövmeye, s. 37.

⁴⁷⁶ ARISOY, s. 195; ÜZÜLMEZ, s. 62.

⁴⁷⁷ ARISOY, s. 195.

⁴⁷⁸ EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s. 2279.

TCK' nın 127. maddesinin 2. fıkrası "İspat edilmiş fiilinden söz edilerek kişiye hakaret edilmesi hâlinde, cezaya hükmedilir" şeklindedir. Bu hükme göre, işlemiş olduğu bir suçtan dolayı daha önce kesin hükümle mahkum olan ve böylece o fiili işlediği ispat edilmiş bulunan kişiye, bu fiilinden söz edilerek hakaret edilmiş olması halinde, failin ispat istemi kabul edilemez ve fail hakaret suçundan dolayı cezalandırılır⁴⁷⁹. Bir başka deyişle, TCK' nın 127. maddesinin 2. fıkrası hakareten önce mağdur hakkında açılan davanın kesinleşmiş bir mahkumiyet kararı ile sonuçlanmış olması halinde ispat iddiasının kabul edilmesine izin vermemektedir⁴⁸⁰. Açıklanan nedenlerle madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, ispat iddiasının kabul edilebilmesi için, hakaretin yapıldığı anda isnada konu suçla ilgili olarak mağdur hakkında bir hüküm verilmemiş olması gerektiğine yukarıda değinilmiştir.

Kanunun daha önce mahkum olmuş kişinin onurunun rencide edilmesini kabul etmediği⁴⁸¹, kanun koyucunun, bir defa suç işleyen kişinin işlemiş olduğu bu suçun sonuçlarına ömür boyu katlanmak zorunda bulunmadığını vurgulamak istediği, çünkü, suç işleyen kişinin cezasını çekmiş ıslah olmuş kabul edildiği iddia edilmektedir⁴⁸². Buna karşın, TCK' nın 127. maddesinin 1. fıkrasının, sadece hakareten sonra ceza mahkemesi kararıyla ispatı yapılan fiilleri değil, öncesinde ispat edilen fiilleri de kapsamına alması gerektiği, 127. maddenin 2. fıkrasında, ispat edilmiş fiilden hareketle mağdura, sürekli, sebepsiz, yersiz ve kişilik haklarını

⁴⁷⁹ TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 123; "Sanık H. Domaç' ın program sorumlusu sanık İlker Yasin' in yapımcı ve sanık F. Altaylı' nın konuşmacı olarak bulunduğu 'Futbol Gecesi' programında, sanık F. Altaylı' nın katılan hakkında 'H' nin pazarlama işini Beşiktaş' a Kalkavan üstleniyor. Kalkavan kim! F. H. Cemaati denen grubun mali işlerine bakan, üstelik bakmaması gerektiği halde bakan, çünkü sabıkalı var, kaçakçılıkla ilgili sabıkalı var, buna rağmen ... ' diyerek katılanın önceden yargılanıp beraat ettiği davalardan söz edip sabıkalı, kaçakçı olarak göstererek küçük düşürdüğü gözetilmeden, beraat kararına hükmolunması, yasaya aykırıdır", 4. CD. 15.10.2002, E. 13143_K. 15023, PARLAR, HATİPOĞLU, s. 227.

⁴⁸⁰ ÇETİN, s. 133.

⁴⁸¹ SOYASLAN, s. 261.

⁴⁸² ÖZBEK, s. 275.

rencide etmek amacı taşıyan isnatlarda bulunulmasını yasaklandığı, ancak bu durumun, 127. maddenin 2. fıkrasını mağdurun suç işlediğini ispatlayan bir ceza mahkemesi kararını sonradan gerekli olduğu hallerde gündeme getirilemeyeceği şeklinde anlaşılmaması ve genişletilmemesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, mağdur herhangi bir yerde veya beyanında suç işlemediğine dair sözler söylediğinde veya daha önce işlediği suça benzer fiilleri işlemeye devam ettiğinde, yani fail tarafından mağdurun mahkumiyet kararından bahsedilmesinin gerekli olduğu durumlarda hakaret suçundan dolayı faile ceza verilmemesi gerektiği kabul edilmektedir⁴⁸³.

Yukarıda değinilen mağdurun mahkumiyet kararından bahsedilmesinin gerekli olduğu durumlarda hakaret suçundan dolayı faile ceza verilmemesi gerektiği görüşü kabul edilebilirse de, 127. maddenin 2. fıkrası ile mahkum olmuş mağdurun onurunun rencide edilmesinin engellenmek istendiği görüşüne katılmak mümkün değildir. TCK' nın 127. maddesinin 2. fıkrası, haber alma hakkını ölçsüz biçimde kısıtlamaktadır. Bu kısıtlama, kişinin onur, şeref ve saygınlığına saygı duyulmasını isteme hakkı ve haber alma hakkı arasındaki menfaatler çatışmasını en doğru biçimde çözüme kavuşturan, kamunun yararını ve bireyin yararını birbirine feda ettirmeyen Anayasanın 36. maddesi hükmüne aykırıdır. Kamu yararının korunması gayesi güdülmüşse de, kamu yararı bilinçli olarak ya da dikkat eksiliği sonucu ihmal edilerek esasen kamu görevlisi kişinin korunduğu izlenimi yaratılmış ve ayrıca kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenen hakaret suçunun re' sen takibinin sağlanması ile basın özgürlüğü dolaylı olarak kısıtlanmıştır. Örneğin “ihaleye fesat karıştırmak fiilinden birçok kez yargılanıp, delil yokluğundan beraat eden kamu

⁴⁸³ ŞEN, s. 554.

görevlisi A, bu kez de, yargılandığı ihaleye fesat karıştırmak fiilinden, her nasılsa, delil yetersizliğinden beraat etmiş veya takipsizlik kararı verilmiş ya da zaman aşımından ötürü dava düşürülmüştür” şeklindeki bir haber TCK’ nın 127. maddesinin 2. fıkrası karşısında hakaret suçuna vücut verecektir. Bir suçtan birçok kez yargılanan ancak her defasında bir sebeple hakkında takipsizlik kararı verilen, hakkındaki dava düşen ya da delil yetersizliğinden beraat eden bir kamu görevlisi hakkında bu durumun haber yapılmasının suç sayılmasını anlamak oldukça güçtür⁴⁸⁴.

bb. İsnat Olunan Fiilin Doğru Olup Olmadığının Anlaşılmasında Kamu Yararı Bulunması

TCK’ nın 127. maddesinin 1. fıkrasının üçüncü cümlesinde konusu suç teşkil etmeyen isnatlarda, ispat isteminin kabulü seçimlik iki şarttan birinin gerçekleşmesine bağlı kılınmıştır. Buna göre, “isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunmalı” veya “şikayetçi ispata razı” olmalıdır⁴⁸⁵.

İsnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunması, failin ispat hakkını kullanabilmesi için öngörülen istisnai hallerden birini teşkil etmektedir. Bu istisnai durum, 765 sayılı yasanın 481. maddesinin 2. fıkrasının 3. bendinde “isnat edilen fiilin ispatında kamu yararı bulunduğu mahkemece karar verildiği... takdirde (ispat talebi) kabul olunur” şeklinde düzenlenmişti. Bu bent 05.12.1960 tarih ve 144 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sırasında maddeye eklenmişti. Bu bendin maddeye eklenmesi “bu hükümle artık ispat esas kaide halini

⁴⁸⁴ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 229.

⁴⁸⁵ TARHAN, s. 328; ÜZÜLMEZ, s. 63.

almaktadır” şeklinde yorumlanmıştı⁴⁸⁶. Ayrıca bu bendin diğer istisnai hallerin boşluklarını dolduracak nitelikte olduğu ileri sürülmüştü⁴⁸⁷. Ancak, bu bendin kaleme alınışı eleştirilmiş ve “isnadın ispatında kamu yararı olmaz” kamu yararının isnadın ispatı bakımından söz konusu olduğu hallerde ispat gerekir, şeklinde anlaşılması gerektiği ileri sürülmüştü⁴⁸⁸. Eski yasa döneminde yapılan bu eleştiri dikkate alınarak, TCK’ nın 127. maddesinin 1. fıkrasının üçüncü cümlesinde “isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunması” şeklinde düzenleme yapılarak, eski düzenlemeye nazaran daha doğru bir ifade kullanılmıştır. Gerçekten isnadın ispatında kamu yararı bulunmaz, ancak isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunabilir⁴⁸⁹.

İsnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunup bulunmadığı, hakaret davasına bakan mahkeme tarafından belirlenecek bir husustur. Kamu yararı bulunup bulunmadığı maddi bir meseledir ve somut olayın özelliklerine göre hakimin takdirine bırakılmalıdır⁴⁹⁰.

Kamu yararı kavramından isnat olunan fiilin doğruluğunun anlaşılmasında ve bu doğruluğun öğrenilmesinde kamunun somut fayda sağlayacağı ve bu durumun kamunun ilgisini çekeceği halleri anlamak gerekir⁴⁹¹. Kamu yararı kavramının, sınırları belirlenebilen, tam anlamıyla tanımlı yapılabilen bir kavram olmaması sebebiyle, hangi hallerde, isnadın doğruluğunun belirlenmesinde kamu yararının

⁴⁸⁶ DÖNMEZER, Sulhi “Yeni 481. Madde Üzerinde Bazı Mülâhazalar”, İHFM, C. 29, S. 1-2, s. 21.

⁴⁸⁷ ERMAN, s. 261.

⁴⁸⁸ DÖNMEZER, “Yeni 481. Madde Üzerinde Bazı Mülâhazalar”, s. 21.

⁴⁸⁹ ÖZBEK, s. 274.

⁴⁹⁰ EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s. 2286; ERMAN, s. 261.

⁴⁹¹ ŞEN, s. 556.

bulunduğunun tespitindeki güçlük nedeniyle, söz konusu hükmün suç ve cezanın kanuniliği ilkesi ile bağdaşmadığı ileri sürülmüştür⁴⁹².

Kamu hayatında rol almamış veya böyle bir rol almaya talip bulunmayan kimsenin işlediği iddia olunan bir fiilin gerçeğe uygun olup olmadığının bilinmesinde kural olarak kamu yararı yoktur. Bu konuda, kamu yararı ile kamu merakı arasındaki fark daima göz önünde bulundurulmalıdır⁴⁹³. Mağdurun kişiliği itibariyle belirli fiilleri işleyip işlemediğinin bilinmesinde kamu yararının bulunduğu kabul edilse dahi, özel hayatın kamu hayatına etkisi bulunmayan hallerde, özel hayata ait bir fiilin bilinmesinde kamu yararı yoktur⁴⁹⁴. Kamu yararının bulunması, isnadın haklı bir sebeple yapılmış olması haline bağlıdır. Fail, herhangi bir mantıklı sebep bulunmaksızın isnatta bulunduğu takdirde, kamu yararının bulunduğu gerekçesiyle faile ispat hakkı tanımak, ulu orta hakaretleri cezasız bırakma sonucu doğuracaktır⁴⁹⁵.

Uygulama ve doktrinde, özellikle kamu görevine yetenekli kişilerin atanması, kamu görevlilerinin görevlerini kötüye kullanması, kamu kaynaklarının amaç dışı ve taraflı harcanmaması⁴⁹⁶ gibi konuların ispatında kamu yararı bulunduğu kabul edilmektedir.

Yukarıda değinildiği üzere, kural olarak özel hayatın, kamu hayatını etkilemeyen kısmına ilişkin olarak isnat edilen fiillerin doğru olup olmadığının anlaşılmasında, mağdur kamu görevlisi olsa dahi, kamu yararı bulunmamaktadır.

⁴⁹² SOYASLAN, s. 261.

⁴⁹³ ERMAN, s. 262.

⁴⁹⁴ DÖNMEZER, “Yeni 481. Madde Üzerinde Bazı Mülahazalar”, s. 21; EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s. 2286; ERMAN, s. 262.

⁴⁹⁵ ERMAN, ÖZEK, s. 342.

⁴⁹⁶ ÖNDER, s. 254.

Aksi kabul, Anayasanın 20. maddesiyle teminat altına alınan özel yaşam ve aile yaşamının gizliliği ve dokunulmazlığının ihlali anlamına gelecektir⁴⁹⁷.

İsnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunan hallerde, mahkeme re'sen hareket edemez, isnadın ispatı isteminin varlığı zorunludur⁴⁹⁸. Buna karşın, isnadın ispatı istemi bulunmasa dahi, mahkemenin isnat edilen fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı tespit ettiği hallerde, re'sen faile ispat yetkisi verebileceği de ileri sürülmektedir⁴⁹⁹.

cc. Şikayetçinin İspata Razi Olması

TCK' nın 127. maddesi uyarınca isnadın doğruluğunun ispat edilmesinde kamu yararı bulunmasa dahi, şikayetçinin ispata razı olması halinde de, faile ispat hakkı tanınır. Benzer bir hüküm 765 sayılı yasanın 481. maddesinin 2. fıkrasının 4. bendinde düzenlenmişti.

Şikayetçinin ispata rıza göstermesi halinde isnadın ispatı imkanı tanıyan bu istisnai hal sadece Türk ve İtalyan Ceza Kanunlarında bulunmaktadır. Bu hüküm, şikayetçinin isnadın ispatını kabul etmediği durumda, şikayetçinin gerçeklerin ortaya çıkmasından kaçındığı veya bu şekilde kusurunu itiraf ettiği şeklinde anlaşılabilirliği gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmektedir. Bu durumda artık mağdur için serbest bir seçimden söz edilemeyecek ve şikayetçi özel hayatına ilişkin isnatlar halinde bile ispat iddiasını kabule manen zorlanacaktır.⁵⁰⁰. Bunun yanında, bu hükmün yerinde bir düzenleme olduğunu kabul eden yazarlar da bulunmaktadır. Bu görüşe göre,

⁴⁹⁷ DÖNMEZER, “Yeni 481. Madde Üzerinde Bazı Mülahazalar”, s. 21; EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s. 2286; ERMAN, ÖZEK, s. 342.

⁴⁹⁸ TARHAN, s. 330.

⁴⁹⁹ ŞEN, s. 555.

⁵⁰⁰ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 249; DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 297; ERMAN, s. 263; ÖZBEK, s. 274; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 467.

doğruymuş gibi söylenen sözlerden dolayı sanığın mahkum olması şikayetçi üzerindeki kötülük ve suçluluk karinesini bertaraf edemez, şikayetçi, sanığın hem cezalandırılmasını ve hem de isnatlarının gerçek olmadığının anlaşılmasını isteme hakkına sahiptir⁵⁰¹.

Şikayetçinin isnadın ispatına razı olması halinde isnadın ispatı imkanı tanıyan bu istisnai halin uygulanabilmesi için mağdurun bizzat isnadın ispatını talep etmesi gerekir. Ancak belirtmek gerekir ki, mağdur sıfatına sahip olmak, isnadın ispatı talebinde bulunmak için yeterli değildir. Ayrıca mağdurun hakaret suçuna ilişkin olarak şikayette bulunmuş olması gerekir⁵⁰².

Şikayetçinin isnadın ispatına ilişkin rızasını açıkça ve şartsız bir biçimde açıklaması gerekir⁵⁰³. Yani, şikayetçinin rızasını hakim huzurunda açıkça sözlü veya yazılı biçimde beyan etmesi gerekir. Yargılama dışında yazılı veya sözlü olarak yapılan rıza açıklamaları, rızanın varlığının kabulü için yeterli değildir⁵⁰⁴.

Şikayetçinin isnadın ispatına razı olduktan sonra, rızayı geri alması mümkün değildir. Ancak hakaret suçunun takibinin şikayete bağlı olduğu hallerde, şikayetçinin her zaman şikayetinden vazgeçerek isnadın ispatına engel olması mümkündür⁵⁰⁵. Şikayetçinin isnadın ispatına ilişkin rızasını açıkça beyan ettiği hallerde, mahkeme isnadın ispatı talebini kabul etmek zorundadır⁵⁰⁶. Bunun yanında fail, ancak isnat ettiği fiilin gerçek olduğunu ispat edebilecektir, isnat ettiği fiilin herkesçe duyulmuş veya bilinmiş olmasını ispat edemeyecektir⁵⁰⁷.

⁵⁰¹ EREM, Hakaret ve Sövme, s. 38.

⁵⁰² ERMAN, s. 264.

⁵⁰³ EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s. 2288.

⁵⁰⁴ ERMAN, ÖZEK, s. 343.

⁵⁰⁵ ERMAN, s. 265.

⁵⁰⁶ EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s. 2288

⁵⁰⁷ ERMAN, ÖZEK, s. 344.

Şikayetçilerin birden fazla olması halinde, her şikayetçinin ayrı ayrı isnadın ispatına razı olması gerekir⁵⁰⁸. Ancak hakim, şikayetçilerden birinin ispata rıza göstermemesine karşın, kamu yararının varlığının tespit edilmesi halinde, isnadın ispatı istemini kabul edebilecektir⁵⁰⁹.

Birden çok kimsenin şikayet hakkı varsa ve bunlardan bir veya bir kaç şikayet etmiş, diğerleri şikayet hakkını kullanmamış iseler, şikayet hakkını kullanmamış olanlar isnadın ispatını isteyen şikayetçilere engel olamazlar⁵¹⁰.

Mağdurun şikayet etmeden önce ölmüş olması halinde veya hakaretin ölmüş bir kimsenin hatırasına karşı işlenmiş olması halinde, hakaret suçu failine, kanunda yazılı hiçbir halde ispat hakkı verilemez, .çünkü, ispat talebini karşılayabilecek, ölmüş kişiye karşı kullanılacak ispat vasıtalarına layıkı ile karşı koyabilecek ve bu vasıtaları çürütebilecek taraf mevcut bulunmamaktadır⁵¹¹.

Şikayetçinin ispata ne zamana kadar rıza göstermesi gerektiği hususunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Kanun, bu konuda herhangi bir süre öngörmediğine göre, rızanın gösterilmesi hüküm kesinleşinceye kadar her aşamada mümkündür⁵¹².

dd. İsnadın İspatında Usul

TCK' da, ispat yöntemi hakkında ve ispat iddiasının hangi aşamada ileri sürülebileceğine ilişkin açıklayıcı bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak ispat

⁵⁰⁸ EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s. 2287.

⁵⁰⁹ ERMAN, s. 264.

⁵¹⁰ EREM, Hakaret ve Sövme, s. 39.

⁵¹¹ EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s. 2287; ERMAN, s. 266; Farklı görüş için bkz. ARISOY, s. 196; ÖZBEK, s. 274. (Yazarlar, mağdurun şikayet etmeden önce ölmesi veya hakaret suçunun ölmüş bir kişinin hatırasına karşı işlenmiş olması halinde TCK' nın 131. maddesinin 2. fıkrasında sayılan şikayette bulunabilecek yakınların isnadın ispatına rıza gösterme yetkilerinin bulunduğunu kabul etmektedir.)

⁵¹² ARISOY, s. 196; TARHAN, s. 330; YENİDÜNYA, ALŞAHİN, s. 83.

iddiasının hakaret suçunun soruşturma evresinde ileri sürülemeyeceğinin, kovuşturma evresinde söz konusu olabileceğinin kabulü zorunludur, çünkü, 127. maddede ispat halinde ceza verilmeyeceği öngörülmüştür. Ceza verme ya da vermeme hak ve yetkisi ise ancak mahkemelere aittir. Cumhuriyet savcısının bu konuda yetkisi bulunmamaktadır. Bu itibarla, fail, ispat hakkını ancak hakaret suçuna ilişkin bir dava açılması sonucunda mahkemeden talep edebilecektir⁵¹³. İspat hakkının davanın hangi aşamasında talep edilebileceği ve şikayetçinin hangi aşamaya kadar isnadın ispatına rıza göstereceği hususunda kanunda bir hüküm bulunmaması sebebiyle, hüküm kesinleşinceye kadar davanın her aşamasında isnadın ispatının talep edilebileceğini ve şikayetçinin isnadın ispatına rıza gösterebileceğini kabul etmek gerekir⁵¹⁴.

İsnada konu fiilin suç teşkil etmesi halinde; isnada konu suça ilişkin olarak mağdur hakkında açılan davanın yargılamasının, hakaret davasına bakan mahkemede yapılamayacağına yukarıda değinilmişti. Kısaca hatırlamak gerekirse, bilindiği üzere nispi muhakeme ve davaların birleştirilmesi dışında, bir mahkemenin yer ve madde bakımından yetkili olmadığı bir davaya bakması mümkün değildir. İsnadın ispatı ise, davaların birleştirilebileceği veya nispi muhakemenin yapılacağı haller arasında yer almamaktadır. Bu itibarla, isnada konu suça ilişkin olarak mağdur hakkında açılan davanın yargılaması, hakaret davasına bakan mahkemede yapılmayacak, mahkeme durma kararı vererek bu hususu bekletici mesele kabul edecek ve yetkili mahkemenin yargılama sonucunda vereceği kararı bekleyecektir⁵¹⁵. Madde gerekçesi de yukarıda anlatılanları doğrular niteliktedir. İsnat konusu suça ilişkin mağdur

⁵¹³ TARHAN, s. 327.

⁵¹⁴ ARISOY, s. 196; ÖZBEK, s. 275; YENİDÜNYA, ALŞAHİN, s. 83.

⁵¹⁵ ARISOY, s. 194; CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 248; HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 228; ÖZBEK, s. 275; ŞEN, s. 553; TARHAN, s. 328; ÜZÜLMEZ, s. 62; YENİDÜNYA, ALŞAHİN, s. 83.

hakkında açılan davanın yargılamasını yapan mahkemenin yargılama sonucunda vereceği karar, hakaret davasına bakan mahkemeyi bağlayacaktır⁵¹⁶.

İsnat edilen fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunması veya şikayetçinin ispata razı olması halinde isnadın ispatı konusunda uygulanacak yönteme ilişkin bir hüküm madde metninde bulunmamaktadır. “Kamu yararı” veya “şikayetçinin rızası” sebebiyle ispat hakkı kanun tasarısında öngörülmeyp TBMM Adalet Komisyonundaki görüşmeler sonucu metne eklendiğinden madde gerekçesinde de konuya ilişkin bir açıklama yer almamaktadır⁵¹⁷.

İsnat edilen fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunması veya şikayetçinin ispata razı olması halinde; isnat edilen fiilin doğruluğuna ilişkin karar hakaret davasının sonucunu etkileyeceğinden; hakaret davasına bakan mahkemenin öncelikle isnadın doğruluğunun ispatı sorununu çözüme kavuşturması gerekir. İsnat edilen fiilin doğruluğu ispat edildiği takdirde; isnat konusu fiilin suç oluşturduğu durumun aksine şikayetçinin cezalandırılması gerekmez, sadece hakaret suçunun sanığı cezalandırılmaz. Bu itibarla, CMK’ nın 218. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen “ceza mahkemelerinin ek yetkisi” kapsamında hakaret davasına bakan mahkeme, isnadın doğruluğunun ispatı sorununu nispi yargılama yapmak suretiyle çözüme kavuşturabilir⁵¹⁸. Şikayetçi özel bir muhakeme usulüne tabi veya başka bir mercide yargılanması gereken bir kimse olsa dahi, isnadın doğruluğunun ispatı sorunu, yine hakaret davasına bakan mahkemece

⁵¹⁶ TARHAN, s. 328.

⁵¹⁷ ÖZBEK, s. 275.

⁵¹⁸ ARISOY, s. 198; ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA, SAYGILAR, ALAN, s. 195.

çözömlenebilir⁵¹⁹. Hakaret davasına bakan mahkeme, CMK hükümleri çerçevesinde isnadın doğru olup olmadığına karar verecektir.

İsnat, şüpheyi yer bırakmayacak şekilde, tam ve kesin olarak ispatlanmalıdır. Bu itibarla, nispi yargılama kuralları çerçevesinde ceza muhakemesi hukuku ilkelerine göre geçerli olan kanunen yasak olmayan her türlü delile başvurulabilecektir⁵²⁰. Bunun yanında isnadın esas ispat edilmiş olduktan sonra bazı ayrıntılarda hataya düşülmüş olması ispat hakkını ortadan kaldırmaz⁵²¹.

Hakaret davasına bakan mahkemenin isnadın doğruluğunun ispatını nispi muhakeme yoluyla inceleyeceği durumda, isnadın doğruluğunu ispat yükümlülüğü faile aittir. İsnadın nasıl ispatlanacağı, hangi delillerin toplanması gerektiği fail tarafından bilinmektedir. Bu itibarla, isnat fail tarafından gösterilecek delillerle ispat edilebiliyorsa, edilmelidir. Mahkemenin delil toplama, ispat konusunda re'sen araştırma yapma yetkisi yoktur. Kanun tarafından istisnai durumlar için kabul edilmiş isnadın ispatı kurumu için, mahkemenin faile yardımcı olması beklenmemelidir⁵²².

İsnadın ispatı kabul edildiğinde, mahkeme faile delillerini sunması için tıpkı 765 sayılı yasa döneminde olduğu gibi uygun bir süre vermelidir, ancak, failin davayı uzatma, sürüncemede bırakmasına izin vermemelidir. Failin sunduğu delillere karşı mağdur ve cumhuriyet savcısı da karşı delillerini sunabilecektir⁵²³.

⁵¹⁹ ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA, SAYGILAR, ALAN, s. 195.

⁵²⁰ EREM, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler*, s. 2292; ERMAN, s. 275.

⁵²¹ DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 302.

⁵²² ARISOY, s. 198; KAYANÇİÇEK, s. 170; SOYASLAN, s. 263.

⁵²³ KAYANÇİÇEK, s. 171; SOYASLAN, s. 263.

765 sayılı yasada yer alan isnadın doğruluğunun ispatlanamaması durumunda cezanın ağırlaştırılacağına ilişkin düzenleme yerinde olarak TCK’ ya alınmamıştır⁵²⁴. Gerçekten kişinin yasal ve hatta anayasal akını kullanmaktan dolayı cezai sorumluluğa tabi olacağı kabul edilemez⁵²⁵.

765 sayılı yasada isnadın doğruluğunun ispatı halinde “düşme” kararı verileceği açıkça öngörülmüştü, Ancak TCK’ nın 127. maddesi konuya ilişkin herhangi bir açıklama içermemektedir. Isnadın ispatı, bu çalışmada, hakaret suçu bakımından hukuka uygunluk nedeni⁵²⁶ olarak kabul edilmiş ve incelenmiştir. TCK’ nın 127. maddesinin gerekçesi de bu yaklaşımı doğrulamaktadır. Bu itibarla, isnadın doğruluğunun ispatı halinde; CMK’ nın 223. maddesinin 2. fıkrasının d bendi uyarınca beraat kararı verilmelidir. Buna karşın doktrinde isnadın doğruluğunun ispatı halinde; “düşme kararı” verilmesi gerektiğini savunan yazarlar⁵²⁷ yanında “ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerektiğini savunan yazarlar⁵²⁸ da bulunmaktadır.

d. İddia ve Savunma Dokunulmazlığı

İddia ve savunma dokunulmazlığı 765 sayılı kanunun 486. maddesinde “Tarafların veya vekil, müdafî, müşavir yahut kanuni mümessillerinin bir dava hakkında kaza mercilerine verdikleri dilekçe, layiha veya sair evrakın yahut yaptıkları iddia ve müdafaaların ihtiva ettiği hakareti mutazammın yazı ve sözlerinden dolayı takibat yapılmaz... ” şeklinde düzenlenmişti. TCK’ nın 128.

⁵²⁴ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 250; ÖZBEK, s. 275; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 468.

⁵²⁵ ÖZBEK, s. 275.

⁵²⁶ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 227.

⁵²⁷ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 250; SOYASLAN, s. 264; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 468; YENÜDÜNYA, ALŞAHİN, s. 84.

⁵²⁸ ARISOY, s. 197.

maddesi ise bu düzenlemeye kıyasen daha anlaşılır ve ihbar ve şikayette bulunma hakkını da kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmiştir⁵²⁹.

TCK' nın 128. maddesi “Yargı mercileri veya idarî makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnatlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması hâlinde, ceza verilmez. Ancak, bunun için isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakıalara dayanması ve uyuşmazlıkla bağlantılı olması gerekir” şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere kanun koyucu iddia ve savunma dokunulmazlığını, iki ayrı hak niteliği taşımakla birlikte, birbirleriyle olan sıkı ilişkisi dolayısıyla birlikte değerlendirmiştir⁵³⁰.

Savunma hakkı Anayasa ve uluslar arası sözleşmelerle teminat altına alınmıştır. Anayasanın “Hak arama hürriyeti” kenar başlıklı 36. maddesi, herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahip olduğunu teminat altına almıştır. AİHS’ de, savunma hakkı, “Adil yargılanma” başlığı altında sözleşmenin 6. maddesinin 2. fıkrasının c bendinde düzenlenmiştir. Anayasa, “yargı mercileri

⁵²⁹ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 236; HAFİZOĞULLARI, ÖZEN, s. 229; ÖZBEK, s. 267; ŞEN, s. 563; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 472; YENİDÜNYA, ALŞAHİN, s. 61.

⁵³⁰ ÖZGENÇ, İzzet, ŞAHİN, Cumhuriyet, “İddia ve Savunma Hakkı”, GÜHFD, C. 5, S. 1-2, s. 88; “Sav ve savunma hakkı birbirini tümleyen birbirinden ayrılması olanaksız bir kurum niteliğiyle hak arama özgürlüğünün temelidir. Yaşam hakkının karşı ögesi olmaktan ötede, bu hakla işlerlik ve anlam kazandıran önemiyle insanlık yaşamında yadsınamaz bir yeri olan hak arama özgürlüğü, toplumsal barışı güçlendiren dayanaklardan biri olmakla birlikte; bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme ve haksızlığı giderme uğraşının uygar yöntemidir... İnsan varlığını soyut ve somut değerleriyle koruyup geliştirmek amacıyla hukuksal olanakları kapsamlı bir biçimde sağlama, bu konuda tüm yollardan yararlanma hakkını içeren hak arama özgürlüğü, hukuk devletinin başlıca ölçülerinden, demokrasinin en çağdaş gereklerinden, vazgeçilmez koşullarından biridir. Kullanılmasını yöntem, süre ve gerekler yönünden koşullara bağlayarak düzenleme dışında kısıtlama, engelleme ve olumsuz yönde etkileme hoşgörüsüyle karşılanamaz ve bu doğrultudaki düzenlemeler Anayasayla bağdaşmaz”, Anayasa Mahkemesi 19.09.1991, E. 2_K. 30, ÖZGENÇ, ŞAHİN, s. 87.

önünde” ibaresiyle savunma hakkını “yargı” ile sınırlandırmıştır⁵³¹. Ancak bu sınırlama, kişinin idari makamlar nezdinde de iddiada bulunabileceği ve kendini kolluk ve disiplin kurulu gibi idari makamlar önünde de savunma ihtiyacı duyabileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir⁵³². Yukarıda TCK’ nın 128. maddesinin ihbar ve şikayet hakkını da kapsayacak biçimde düzenlenmiş olduğuna değinilmişti. Bu düzenleme dayanağını Anayasanın 74. maddesinden almaktadır. Anayasanın 74. maddesinde, kişilerin kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, yetkili makamlara dilekçe ile başvurma hakkına sahip oldukları düzenlenmiştir. Bunun yanında 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu “dilekçe hakkını” teminat altına almış, TCK da 121. maddesiyle söz konusu hakkın kullanımının engellenmesini yaptırıma tabi tutmuştur.

Savunma dokunulmazlığı, adli ve idari makamlar huzurunda hakkını veya hakkı savunmak durumunda bulunan kimselerin, herhangi bir duraksamaya kapılmadan ve ceza takibatına maruz kalacağı endişesi taşımadan, savunma hakkını tam olarak kullanabilmeleri amacıyla düzenlenmiştir⁵³³. Esasen savunma dokunulmazlığının özünü yargısal uyumsuzluklarda kabul edilen tartışma ve savunma özgürlüğü oluşturmaktadır⁵³⁴. Savunma hakkının kullanılmasında, hem kişisel hem de sosyal menfaat bulunmaktadır. Bu itibarla, savunma dokunulmazlığı belirli kişilere (örneğin avukatlık mesleği icra edenlere) tanınan eşitlik ilkesini ihlal edici bir imtiyaz olarak kabul edilemez⁵³⁵.

⁵³¹ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 229; ÖZEN, Muharrem, “Savunma Hakkı Bağlamında Savunma Dokunulmazlığı”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, C. 3, Ankara 2004.

⁵³² EREM, Faruk “Anayasa ve Savunma Hakkı”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 1963, S. 1, s. 183.

⁵³³ DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 325; EREM, Faruk, Müdafaa Masuniyeti, Ajans- Türk, Ankara 1956, s. 1.

⁵³⁴ ÖZEN, “Savunma Hakkı Bağlamında Savunma Dokunulmazlığı”, s. 50.

⁵³⁵ EREM, Müdafaa Masuniyeti, s. 1.

Belirtmek gerekir ki, TCK' nın 128. maddesinde düzenlenen savunma hakkının kullanımı bir “dokunulmazlık” değil, hukuka uygunluk nedeni teşkil etmektedir. Ancak bu çalışmada “dokunulmazlık” ibaresinin tercih edilmiş olması, çalışma terminolojisine uyum sağlamaktan başka bir amaca hizmet etmemektedir. İddia ve savunma dokunulmazlığı bu çalışmada bir hukuka uygunluk nedeni olarak incelenecektir. Esasen “dokunulmazlık” kavramı ile “hukuka uygunluk nedeni” kavramlarına bağlanan hukuki sonuçlar konunun önemini ortaya koymaktadır. Klasik örneğine yasama dokunulmazlığında rastlanan dokunulmazlık, “cezaı kaldıran şahsi sebepler” den biridir. Bunun doğal sonucu olarak, iştirak halinde bir suç işlenmesi halinde, sadece dokunulmazlıktan yararlanan fail cezalandırılmayacaktır. Hukuka uygunluk nedeninin varlığı halinde ise, fiil hukuka uygun olduğu için suç oluşmayacaktır ve bu itibarla hukuka uygunluk nedeni suça katılan tüm ortaklar bakımından fiili suç olmaktan çıkaracaktır⁵³⁶. Doktrindeki egemen görüş, hukuki niteliği açısından savunma dokunulmazlığını hakaret suçları bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmektedir⁵³⁷. Madde gerekçesi de “madde metninde bir hukuka uygunluk sebebi olan ve Anayasamızda da güvence altına alınan (m.36) iddia ve savunma dokunulmazlığı düzenlenmiştir” şeklindeki açıklaması ile doktrindeki egemen kabulü doğrular niteliktedir. Bunun yanında savunma dokunulmazlığını hukuki niteliği itibariyle aslında özel bir cezasızlık nedeni olarak kabul eden yazarlar⁵³⁸ da bulunmaktadır.

⁵³⁶ ÖZBEK, s. 267.

⁵³⁷ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 236; ERİŞ, Uğur, “Avukatın Savunma Dokunulmazlığı”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, C. 3, Ankara 2004, s. 38; ERMAN, s. 137; HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 230; ÖNDER, s. 273; ÖZBEK, s. 267; ŞEN, s. 566; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 471; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 119; YENİDÜNYA, ALŞAHİN, s. 65.

⁵³⁸ SOYASLAN, s. 252.

Savunma dokunulmazlığı kamu hukukunu doğrudan ilgilendirmektedir. Savunma dokunulmazlığından yararlanmak talebe bağlı olmadığı gibi, bunun uygulama şartlarının gerçekleşmiş olup olmadığı hakim tarafından re'sen araştırılmalıdır. Bu dokunulmazlıktan feragat edilmesi de mümkün değildir⁵³⁹.

Yukarıda TCK' nın 128. maddesinin ihbar ve şikayet hakkını da kapsamına alan bir niteliğe sahip olduğuna değinilmişti. Gerçekten, TCK, Anayasanın 74. maddesi hükmü doğrultusunda kişinin kendisi ve kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında “idari makamlar nezdinde yapılan sözlü ve yazılı başvuru” ibaresiyle, savunma hakkının sınırlarını genişletmiş, yargı yanında, idari başvurularda da kişilere savunma hakkı tanımıştır⁵⁴⁰.

Madde gerekçesinde de işaret edildiği üzere, bir talebin resmi bir makama iletilmesi, dilekçe hakkının kullanılması bağlamında hukuka uygun bir davranıştır. Barış esasına dayalı hukuk toplumunda yaşama hakkına sahip olan herkes, toplum barışını bozucu nitelik taşıması dolayısıyla devletten suç işlenmesinin önlenmesini ve suçluların cezalandırılmasını talep hakkına sahiptir⁵⁴¹. Hukuka aykırı bir fiil işlendiğini öğrenen bireyin, bunları takiple görevli mercilere bildirmesi, yani toplumun bu fiiller karşısında tepkisiz kalmaması, kamu düzeninin korunmasında büyük önem taşır. Bu itibarla bireylere “ihbar ve şikayet hakkı” tanınmasında ciddi bir sosyal yarar bulunmaktadır⁵⁴².

İhbar, ihbarda bulunan kimsenin mağduru olmadığı bir fiilin işlendiğini yetkili mercilere bildirmesidir. Şikayet ise, mağdurun veya suçtan zarar görenin aynı

⁵³⁹ EREM, Müdafaa Masuniyeti, s. 1-2.

⁵⁴⁰ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s.229; ÖZBEK, s. 267; ŞEN, s. 264; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 473; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 119; YENİDÜNYA, ALŞAHİN, s. 61.

⁵⁴¹ ÖZGENÇ, ŞAHİN, s. 84.

⁵⁴² ERMAN, s. 133.

bildirimde bulunmasını ifade eder ve genellikle şikayet konusu fiilden dolayı, kimliği açıklanan veya açıklanamayan kişiler aleyhinde soruşturma ve kovuşturma yapılması amacı güder⁵⁴³. İhbar ve şikayet hakları kullanılırken belirli kimselere belirli ve suç teşkil eden bir fiil isnat edilir ve esasen böyle bir isnat yapılmaksızın ihbar ve şikayet hakkının kullanımı söz konusu olamaz⁵⁴⁴. Bu itibarla, ihbar ve şikayet hakkı sadece hakaret suçu bir hukuka uygunluk nedeni teşkil eder. Sövme suçuna sebebiyet verecek ibareler kullanılması halinde ihbar ve şikayet hakkı hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemez⁵⁴⁵.

Suçluların cezalandırılmasını devletten istemek, yani ihbar ve şikayet, kişi açısından bir hak olduğu gibi, herhangi bir suç olgusunun gerçekleştiğini öğrenen kişinin, durumu suçu takibe yetkili mercilere bildirmesi aynı zamanda bir yükümlülüktür. Bu itibarla suç işlendiğini öğrenen kişinin durumu yetkili mercilere bildirmemesi, genel olarak haksız bir davranıştır. Ancak izlenen suç siyaseti gereği, kanunlarda sadece belli suçların ihbar edilmemesi veya sadece belli kişilerin ihbar yükümlülüğünü yerine getirmemesi suç olarak tanımlanmıştır⁵⁴⁶. Gerçekten TCK'nın 278. maddesi, herkese suçu bildirme yükümlülüğü öngörmüştür. Bunun yanında 279. madde kamu görevlilerinin suçu bildirmemesi halinde tabi olacakları cezai yaptırımları belirlemiştir. 280. madde ise, sağlık mensuplarının suçu bildirimini gerçekleştirmedikleri halde tabi olacakları cezai yaptırımları düzenlemiştir.

⁵⁴³ ERMAN, s. 133.

⁵⁴⁴ ERMAN, ÖZEK, s. 291.

⁵⁴⁵ ERMAN, s. 133; "Sanığın yerel cumhuriyet başsavcılığına hitaben verdiği dilekçelerde 'yalan üreticisi' gibi sözlerle dava ile ilgisi olmayan kişisel davacıyı küçük düşürücü değer yargısında bulunduğu ve olayda TCY.' nin 486. maddesinin uygulanma koşulları bulunmadığı gözetilmeden, yerinde olmayan gerekçelerle hükümlülüğü yerine beraatına karar verilmesi yasaya aykırıdır", 4. CD. 20.02.2002, E. 4270_K. 3624, ÇETİN, s. 360.

⁵⁴⁶ ÖZGENÇ, ŞAHİN, s. 86-87.

İhbar ve şikayet hakkının kullanılması hakaret suçu bakımından hukuka uygunluk nedeni teşkil etmektedir⁵⁴⁷. Ancak ihbar ve şikayetin, hakkı doğuran sebebin belirlediği sınırlar içinde kalması zorunludur⁵⁴⁸. İhbar ve şikayetin ihbar ve şikayeti takiple yetkili mercie yapıldıktan sonra veya bu mercie hiç iletilmeksizin kamuya duyurulması, bu hakkın sınırlarının aşıldığını ifade etmez; kişi ihbar ve şikayeti aleni biçimde, örneğin basında yayınlatmak suretiyle de yapabilir. Özellikle demokratik bir düzende ihbar ve şikayetin sadece yetkili mercilere yapıp kamuya duyurulmaması istenemez⁵⁴⁹. Nitekim, TCK’ nın 267. maddesi ihbar ve şikayetin basın yoluyla bildirimini olanaklı kılan bir düzenlemedir.

İhbar ve şikayet konusu fiilin “gerçek” olmaması her zaman hakkın sınırının aşıldığını ifade etmez. İhbar ve şikayette bulunan kişi, ihbar ve şikayet konusu fiilin gerçekten işlenmiş olup olmadığını ispat etmekle yükümlü değildir. Bu fiilin gerçekten işlenmiş olup olmadığı, takibe yetkili mercilerce yapılacak soruşturma ve kovuşturma sonucunda ortaya çıkacaktır. Kaldı ki, ihbar ve şikayette bulunan kişi böyle bir inceleme ve araştırma olanağına sahip değildir. Bu itibarla, şikayet veya ihbar hakkının kullanılmasındaki ölçü, suç failinin ihbar ve şikayetin konusunu oluşturan fiilin mağdur tarafından işlenip işlenmediğini bilip bilmemesidir. Failin, mağdurun isnat edilen fiili işlemediğini bildiği kanıtlanmadıkça şikayet hakkının sınırının aşıldığı kabul edilemez. Failin, mağdurun isnat edilen fiili işlemediğini

⁵⁴⁷ DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 326.

⁵⁴⁸ ERMAN, s. 134; “Sanığın cumhuriyet savcılığına verdiği şikayet dilekçesi, tazminat davası sırasında mahkemeye verdiği cevap dilekçesi ve beyanlarında; şahsi davacıya yönelik ‘çok kısa ve yırtmaçlı etekler giyerek, bacak bacak üstüne atarak kasıklarına kadar bacaklarının tamamını edebe aykırı şekilde bize göstermektedir, huzurumuzu kaçırp bizi iğrendirmekte ve halkın kendilerini nasıl kerhen seyrettiklerini umursamamaktadırlar’ dediği ve bu sözlerin şahsi davacının şeref ve haysiyetini zedeleyici, iddia ve şikayet hakkının hududunu aşar nitelikte olduğu nazara alınmadan, sanığın söz ve suçundan mahkumiyeti yerine olmayan gerekçelerle beraatına karar verilmesi yasaya aykırıdır”, 2. CD. 06.04.2006, E. 8614_K. 6926, PARLAR, HATİPOĞLU, s. 198.

⁵⁴⁹ ERMAN, s. 134.

kesin olarak bildiği halde suç işlendiği gerekçesiyle yetkili mercie ihbar ve şikayette bulunması iftira⁵⁵⁰ suçunu, bu mercilerin dışında kalan kişilere duyurması halinde ise hakaret⁵⁵¹ suçunu teşkil eder⁵⁵².

TCK' nın 128. maddesinin ihbar ve şikayet hakkını da kapsayacak biçimde genişlemesi, yukarıda ihbar ve şikayet hakkının ayrıca incelenmesini gerektirmiştir. Aşağıda yapılacak açıklamalar ihbar ve şikayet hakkını da kapsayacak biçimde, TCK' nın 128. maddesinde düzenlenen iddia ve savunma dokunulmazlığına ilişkin olacaktır.

765 sayılı yasanın 486. maddesinde savunma dokunulmazlığından yararlanacak kişiler, “ taraflar veya bunların vekili, müdafii, danışmanı veya yasal temsilcisi” biçiminde “sınırlı” olarak sayılmıştı. Kanunun bu kişileri belirlerken “kendisini veya başkasını savunma durumunda olma” kriterini ölçü aldığı ileri sürülmüştü⁵⁵³. 486. maddenin uygulanmasında “ taraflar” ibaresi ile subjektif bir yararı elde etmek amacıyla davada yer almış olanları anlamak gerektiği ileri sürülmüştü⁵⁵⁴. Taraf sıfatına sahip olanlar ceza muhakemesinde sanık, katılan, şahsi davacı, medeni yargılama hukukunda ise davalı ve davacı idi. Savcı⁵⁵⁵, bilirkişi, tercüman ve tanıklar taraf olmadıkları gerekçesiyle savunma dokunulmazlığından

⁵⁵⁰ “Yakınan hakkında verilen kovuşturmayaya yer olmadığı kararının kanıt niteliğinde olmayıp, ancak vicdani kanıt oluşturabileceği, sanığın duyuma dayanan ve resmi makama yakınma niteliğinde buluna eyleminde iftira suçunun öğelerinin nasıl oluştuğu açıklanmadan,, suçsuz olduğunu bildiği kişiye suç yükleme özel kastının oluşup oluşmadığı tartışılmadan hükümlülük kararı verilmesi”, 4. CD. 31.10.2007, E. 3538_K. 8498, KAYANÇIÇEK, s. 190.

⁵⁵¹ “Keçileri çalınan sanığın adli mercilere başvurmak yerine, bu hırsızlığı yakınanın yaptığını ona söylemesinin TCY’ in 480. maddesinin 3. fıkrasına uygun hakaret suçu oluşturduğu gözetilmeden eylemi bilinç ve iradeyle işlemekten ibaret olan suç kastını amaçla karıştırarak hukuka aykırı olan bu eylem nedeniyle beraat hükmü kurulması yasaya aykırıdır”, 4. CD. 27.11.2000, E. 7859_K. 8178, ÇETİN, s. 363.

⁵⁵² ERMAN, ÖZEK, s. 292; 4. CD. 05.07.1994, E. 3448_K. 6111, PARLAR HATİPOĞLU, s. 298; 4.CD. 28.06.1994, E. 3548_K. 5744, KAYANÇIÇEK, s. 189.

⁵⁵³ EREM, Müdafaa Masuniyeti, s. 2.

⁵⁵⁴ DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 326.

⁵⁵⁵ ERMAN, s. 137. (Yazar savcının ceza muhakemesinde taraf sıfatına sahip olduğunu kabul etmektedir.)

yararlanamamaktaydı⁵⁵⁶. Ancak bu kişiler görevleri dolayısıyla hakaret içeren sözler sarf ettikleri takdirde “görevin yerine getirilmesi” hukuka uygunluk nedeninden yararlanmak suretiyle cezalandırılmazlardı⁵⁵⁷. Hakimin duruşma sırasında sanığa veya vekiline yönelik hakaret içeren sözleri savunma dokunulmazlığından yararlanmamaktaydı, Ancak hakim de özellikle duruşmanın idaresini sağlama görevini yerine getirirken sarf etmek zorunda kaldığı hakaret içerikli sözler bakımından “görevin yerine getirilmesi” hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilmekteydi. Bunun yanında hakimin kişisel bir takım husumet ve hisler nedeniyle taraflara yönelik hakaret içerikli sözler sarf etmesi halinde, cezai ve hukuki sorumluluğu bulunmaktaydı⁵⁵⁸.

TCK’ nın 128. maddesi ise dokunulmazlıktan yararlanabilecek kişiler bakımından bir sınırlama öngörmemiştir. Bu itibarla, hangi sıfatı taşırsa taşısin yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yazılı veya sözlü başvuru yapan, iddia ve savunmada bulunan “herkes” bu hukuka uygunluk nedeninden yararlanacaktır⁵⁵⁹. Bu durumda, 128. madde düzenlemesiyle savcı, bilirkişi, tanık ve tercüman ve hakimlerin de bu hukuka uygunluk nedeninden yararlanabileceklerini kabul etmek gerekir⁵⁶⁰. Yargıtay özellikle hakimin reddi kurumuna başvuru halinde sarf edilen

⁵⁵⁶ DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 326; EREM, Müdafaa Masuniyeti, s. 4; ERMAN, s. 137-138; ÖNDER, s. 268.

⁵⁵⁷ DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 326; EREM, Müdafaa Masuniyeti, s. 3; ERMAN, s. 139.

⁵⁵⁸ DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 326; EREM, Müdafaa Masuniyeti, s. 4.

⁵⁵⁹ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 237; ÖZBEK, s. 267; ŞEN, s. 564; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 472; YENİDÜNYA, ALŞAHİN, s. 66.

⁵⁶⁰ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 237; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 472; Farklı görüş için bkz. ÖZBEK, s. 267. (Yazara göre, tanık ve bilirkişiler kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninden yararlanır.)

sözleri hakaret olarak kabul etmemekte, iddia ve savunma dokunulmazlığı kapsamında değerlendirmektedir⁵⁶¹.

Yukarıda açıklandığı üzere, 765 sayılı yasada dokunulmazlıktan yararlanacak kişiler sınırlı olarak gösterilmiş olmasına karşın, hakarete hedef olanların kimler olacağı hususunda bir açıklık bulunmamaktaydı. Hakaretin hedefi konumundaki üçüncü kişilerin dava ile hiçbir ilgisi olmadığı takdirde 486. maddenin 2. fıkrasındaki “dava ile ilgili olmayan” bir isnat söz konusu olmaktaydı⁵⁶². Hakarete hedef olanların kimler olacağı hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştü. Bir görüş⁵⁶³ dokunulmazlığın, ancak bu dokunulmazlıktan yararlananlar arasında mümkün ve kabul edilebilir olduğunu ileri sürmüştü. Diğer bir görüşe⁵⁶⁴ göre ise kanun hakaretin taraflar veya vekilleri “tarafından” yapılmasını şart koşturmuş, ancak hakaretin bu kişiler arasında gerçekleşmiş olması şartını aramamıştır. Dolayısıyla dokunulmazlığın sadece bu kişiler arasında gerçekleşen hakaretler bakımından kabulü, öngörülmemiş bir sınırlama teşkil edeceği için kanuna aykırı olur. Bundan başka, dokunulmazlığın sadece genel hakaret suçları bakımından uygulanabilir olduğunun

⁵⁶¹ “Sanığın asliye hukuk mahkemesindeki duruşmada yargıcı reddetmek için ‘davamı senden almak istiyorum, seni reddediyorum, davamı kasten uzatıyorsun, keşif günü ver’ diye söylemesinin yargıcı reddetmek için söylenmesi zorunlu ve hukuka uygun sözler olduğu ve bu nedenle sövme suçunu oluşturmayacağı gözetilmeden, suçun hukuka aykırılık ögesi göz ardı edilerek ve bu sözlerin soyut olarak yakınanı küçük düşürdüğü kabul edilip cezalandırılmasına karar verilmesi yasaya aykırıdır”, 4. CD. 29.06.1999, E. 5816_K. 7042, PARLAR, HATİPOĞLU, s. 289; “Sanığa yükletilen eylemler, sulh hukuk mahkemesine avukat olarak verdiği yargıcı ret ve ihtiyati tedbir kararlarına itiraz dilekçelerinde, yargıçlara ‘vukufiyetsizlik, tarafsızlık, adaletsizlik, görevi savsama’ gibi sözler söylemekten ibarettir. Sanığın bu suçlamaları olaylarla bağlantı kurarak, yargıçların adaletsiz ve dosyaları incelemeksizin karar verdikleri belirtilmek için yazdığı, CMUK’ un 23. maddesine göre yargıçların yansızlığını yansıtabilmesiyle kullanılan bu sözcüklerin arasında zorunluluk ilişkisi bulunduğu ve böylece eylemin hukuka uygunluk nedeni olan TCK’ nın 486. maddesinin sınırları içinde kaldığı gözetilmeden (TCK’ nın 266/3. maddesiyle) hüküm kurulması yasaya aykırıdır”, 4. CD. 03.02.1993, E. 8165_K. 634, ÇETİN, s. 378.

⁵⁶² DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 328; EREM, Müdafaa Masuniyeti, s. 5; ERMAN, s. 139.

⁵⁶³ DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 328; EREM, Müdafaa Masuniyeti, s. 6.

⁵⁶⁴ ERMAN, s. 139.

kabulü⁵⁶⁵ yanında tüm hakaret suçları bakımından uygulanabilir olduğu da ileri sürülmüştü⁵⁶⁶.

TCK' nın 128. maddesinin dokunulmazlıktan faydalanacak kişiler konusunda herhangi bir sınırlama öngörmemiş olması sebebiyle, hakarete hedef olabilecek kişiler bakımından da herhangi bir sınırlama söz konusu değildir. Hakarete hedef olan kişilerin savcı, hakim, bilirkişi, tanık ya da tercüman olması da mümkündür⁵⁶⁷. Bu itibarla, yargı organları ve idari makamlar nezdinde iddia, savunma veya başvuru hakkını kullanan herkes bu dokunulmazlıktan yararlanabilecektir⁵⁶⁸.

765 sayılı yasanın 486. maddesi, dokunulmazlığın konusunu, bir dava hakkında “yargı organlarına verilen dilekçe, layiha veya diğer evrak veya bu organlar huzurunda yapılan savunma ve iddialar” olarak belirlemişti. TCK' nın 128. maddesi ise dokunulmazlığın konusunu, “yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar” olarak belirlemiştir⁵⁶⁹. 486. maddede dokunulmazlığın yalnızca “yargı organları” önündeki yazı ve sözler bakımından geçerli olduğu kabul edilmiş olduğu için, idari makamlar huzurunda gerçekleşen hakaretler bakımından 486. maddenin uygulanması mümkün değildi. 486. madde uyarınca dokunulmazlıktan faydalanabilmek için her şeyden önce bir dava bulunması gerekmektedir. Buna karşın, TCK' nın 128. maddesi dokunulmazlığın uygulama alanını genişletmiş ve yargı mercileri nezdindeki iddia ve

⁵⁶⁵ EREM, Müdafaa Masuniyeti, s. 6; ERİŞ, s. 40; ERMAN, s. 140.

⁵⁶⁶ DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 329.

⁵⁶⁷ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 237; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 472.

⁵⁶⁸ YENİDÜNYA, ALŞAHİN, s. 67.

⁵⁶⁹ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 237; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 472.

savunmalar yanında “idari merciler nezdinde” yapılan başvuruları da dokunulmazlık kapsamına almıştır⁵⁷⁰.

TCK’ nın 128. maddesinde öngörülen “yargı mercii” ibaresi, yargı fonksiyonunu yerine getiren bütün mercileri kapsamaktadır. Bu itibarla, adli, idari, askeri mahkemeler ve yüksek yargı organları 128. madde hükmü kapsamında yer almaktadır⁵⁷¹. Ayrıca belirtmek gerekir ki cumhuriyet savcılığı, infaz hakimliği, icra tetkik hakimliği de yargı merci kapsamına girmektedir⁵⁷². Disiplin kurullarının ise yargı merci kapsamına girip girmedikleri hususunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Kimi yazarlar⁵⁷³, disiplin kurullarını, çok dar bir çerçevede etkisini gösteren bir yargı faaliyeti ifa etmesi sebebiyle yargı merci kapsamında kabul ederken, kimi yazarlar⁵⁷⁴ ise, disiplin kurullarını yargı mercii kapsamında kabul etmemektedir. Kuşkusuz hakemleri de yargı merci kapsamında kabul etmek gerekir⁵⁷⁵. Bunun yanında istinabe ve naiplik halleri de yargı merci kapsamındadır⁵⁷⁶.

128. maddede yer alan “idari makamlar” ibaresi ise, devletin idari yapısı içinde yer alan bütün yönetim mercilerini ifade etmektedir⁵⁷⁷. Bu konuda “idari makam” ibaresinin ne kadar geniş yorumlanırsa yorumlansın, yasama organına yapılan başvurular bakımından 128. madde hükmünün uygulanmayacağı ileri

⁵⁷⁰ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 236; HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 229; ÖZBEK, s. 268; ŞEN, s. 563; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 473; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 119; YENİDÜNYA, ALŞAHİN, s. 61.

⁵⁷¹ DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 327; EREM, Müdafaa Masuniyeti, s. 7; ERMAN, s. 142.

⁵⁷² ÇETİN, s. 349; HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 230; ŞEN, s. 564; TARHAN, s. 333.

⁵⁷³ ERİŞ, s. 41; ERMAN, s. 143.

⁵⁷⁴ ÖNDER, s. 270.

⁵⁷⁵ ÇETİN, s. 349; DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 327; EREM, Müdafaa Masuniyeti, s. 8; ERMAN, s. 142.

⁵⁷⁶ EREM, Müdafaa Masuniyeti, s. 7; ÖZEN, “Savunma Hakkı Bağlamında Savunma Dokunulmazlığı”, s. 59.

⁵⁷⁷ ÇETİN, s. 349.

sürülmüş⁵⁷⁸ olsa da, yasama organının, yasama faaliyeti dışındaki tüm işlemlerin ilişkin başvuruların dokunulmazlık kapsamında değerlendirilebileceğini kabul etmek gerekir⁵⁷⁹.

765 sayılı yasanın 486. maddesi dokunulmazlığın içeriğini “hakareti mutazammın yazı ve sözler” olarak belirlemiştir, TCK’ nın 128. maddesi ise bu içeriği “kişilerle ilgili olarak ‘somut isnatlarda’ ya da ‘olumsuz değerlendirmelerde’ bulunulması” biçiminde ifade etmiştir. Kanun koyucunun, ‘somut isnat’ ibaresini tercih etmiş olması yerinde olmamıştır çünkü, isnadın gerçek, doğru, yalan ya da hayali olması mümkün iken somut ya da soyut olması mümkün değildir. Bunun dışında, ‘olumsuz değerlendirmelerde bulunmanın’ hukuken hiçbir anlamı bulunmamaktadır. Bu ibareyle kastedilenin hakaret olduğunu da düşünmek mümkün değildir, çünkü, hakaret tanımı ‘somut isnatta bulunmak’ ibaresiyle yapılmıştır. O halde denilebilir ki, böyle bir ibarenin hakaret suçu ile ilişkilendirilerek kullanılmış olması yerinde bir tercih olmamıştır. Bunun yanında 128. maddede bu isnat ve değerlendirmelerin ‘gerçek ve somut’ vakıalara dayanması gerektiği öngörülmüştür. ‘Somut’ ibaresi de yine doğru bir ifade teşkil etmemektedir, çünkü bir şey ‘gerçek’ ise, eğer metafizik bir durumdan bahsedilmiyorsa, o şey zaten somuttur. Bu halde ‘gerçek ve somut’ ibarelerinin birlikte kullanılmış olmasının doğru bir tercih olduğunu kabul etmek mümkün değildir⁵⁸⁰.

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda iddia ve savunma dokunulmazlığının sadece hakaret suçu bakımından hukuka uygunluk nedeni teşkil ettiğini ancak, sövme suçu bakımından bir hukuka uygunluk nedeni teşkil etmediğini kabul etmek gerekir.

⁵⁷⁸ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 473.

⁵⁷⁹ TARHAN, s. 334.

⁵⁸⁰ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 231.

Bu itibarla kişinin iddia ve savunma hakkını kullanma görüntüsü altında, hiçbir adla, sövme suçuna sebebiyet verecek bir ibare kullanmak suretiyle diğer bir kimsenin şerefine saldırması kabul edilemez⁵⁸¹.

TCK' nın 128 maddesi gereği “yazılı” veya “sözlü” başvuru, iddia ve savunmalar vasıtasıyla gerçekleşen hakaretler bakımından savunma dokunulmazlığı söz konusu olacaktır. Bu itibarla hakaretin, hareket ve işaretlerle işlenmesi halinde, failin iddia ve savunma dokunulmazlığından yararlanacağı kabul edilemez⁵⁸². Bunun yanında hareketin, sözün eş anlamlısı olduğu durumlarda dokunulmazlık kabul edilmelidir. Ancak, söylenen sözden ancak yapılan hareketle birlikte anlam çıkarılabiliyorsa bu durumda dokunulmazlık kabul edilmeyecektir⁵⁸³. Daha önceki açıklamalarda da belirtildiği üzere, sağır ve dilsizlerin hareketle yaptığı anlatımların söz olarak kabul edilmesi gerekir⁵⁸⁴.

TCK' nın 128. maddesinde öngörülmüş dokunulmazlığın sınırını hakaret suçu oluşturur. Bu itibarla, iftira ve suç uydurma savunma dokunulmazlığı

⁵⁸¹ DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 328; HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 231; ŞEN, s. 565; TARHAN, s. 335; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 475; YENİDÜNYA, ALŞAHİN, s. 67; “Sanığın Baro Başkanlığına yazdığı dilekçede yer alan ‘mesleğini yapmaktan aciz... ciddiyetsiz sözde avukat’ sözlerinin iddia ve savunma kapsamını aşan, katılanın kişilik haklarına haksız saldırı oluşturan ve küçük düşürücü nitelikte bulunduğu gözetilmeden yetersiz gerekçeyle 5237 sayılı TCY’ in 128. maddesi uyarınca hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir”, 4. CD. 26.06.2007, E. 2708_K. 6175, ÇETİN, s. 359; “ Sanık eski karısından kızının velayetini alabilmek amacıyla mahkemeye verdiği dilekçede kişisel davacı için ‘evliliğimiz sırasında eski karımla ilişkiye girmiş, bu ilişki halen devam etmektedir’ demesinin, davanın temel dayanağını açıklama niteliğinde olup, 765 sayılı TCY’ in 486/1. maddesinde düzenlenen iddia ve savunma dokunulmazlığı sınırları içerisinde kaldığı, bu nedenle hakaret suçunun oluşmadığı, ancak, bu açıklamaya eklenen ‘iffeti düşük bayanlarla yaşar, kadın pazarlar, kadın parasını yemeyi seven bir yapısı var, yakın arkadaşının kızına cinsel tacizde bulunmuş, karaktersizliklerini öğrenince’ biçimindeki değerlendirme ve iddiaların sözü edilen sınırları aştığı ve sövme suçu oluşturduğu gözetilmeden, aksine düşüncelerle aynı yasanın 480/2. maddesi ve fıkralarından hüküm kurulması”, 4. CD. 16.09.2002, E. 10299_K. 12781, KAYANÇİÇEK, s. 206.

⁵⁸² DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 326; EREM, Müdafaa Masuniyeti, s. 6; ERMAN, s. 141; ÖNDER, s. 271; ÖZBEK, s. 267.

⁵⁸³ EREM, Müdafaa Masuniyeti, s. 6.

⁵⁸⁴ ERMAN, ÖZEK, s. 279.

kapsamında kabul edilemez⁵⁸⁵. Bunun yanında özellikle hafif tehdit hallerinin savunma dokunulmazlığı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁵⁸⁶.

TCK' nın 128. maddesi uyarınca, madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, kişilerle ilgili olarak bulunan somut isnatların gerçek olması ve yapılan olumsuz değerlendirmelerin somut vakıalara dayanması gerekir. Ancak bu gerçekliğin mutlak anlamda gerçeklik olarak değil, savunmada bulunan tarafça, hal ve icabın gerektirdiği ölçüde algılanan o anki görünürdeki gerçeklik olarak anlaşılması gerekmektedir⁵⁸⁷.

Savunma dokunulmazlığından söz edilebilmesi için yukarıda değinilen somut isnat veya olumsuz değerlendirmelerin gerçek ve somut vakıalara dayanması ve uyumsuzlukla bağlantılı olması gerekir⁵⁸⁸. Bu itibarla, madde gerekçesinde de açıklandığı üzere, somut uyumsuzlukla bağlantılı olmayan isnatlar gerçek olsa bile iddia ve savunma dokunulmazlığının varlığından söz edilemez. Bunun yanında, somut vakıalara dayansa bile, uyumsuzlukla bağlantısı olmayan olumsuz değerlendirmeler bakımından da iddia ve savunma dokunulmazlığı kabul edilemez. Her ne kadar TCK' nın 128. maddesinde somut isnat ve olumsuz değerlendirmelerin “uyumsuzlukla” bağlantılı olması gerektiğinden söz edilmekte ise de, idari mercilere yapılan başvurular açısından da dokunulmazlık geçerli olduğundan, söz konusu bağlantı koşulunun burada da aranması gerekmektedir⁵⁸⁹. Somut isnat veya olumsuz değerlendirmelerin uyumsuzlukla bağlantılı olup olmadığının tayini maddi bir mesele

⁵⁸⁵ EREM, Müdafaa Masuniyeti, s. 9; HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 231; ÖNDER, s. 271.

⁵⁸⁶ EREM, Müdafaa Masuniyeti, s. 10.

⁵⁸⁷ DONAY, s. 205; ŞEN, s. 568.

⁵⁸⁸ TOROSLU, Ceza Hukuku Özel, Kısım, s. 119.

⁵⁸⁹ TARHAN, s. 336; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 473.

olmakla beraber hakimın takdirine bağlıdır⁵⁹⁰. Somut isnat veya olumsuz değerlendirmelerin başvuru veya uyuşmazlıkla bağlantılı olması, işlenen hakaret ile başvuru veya iddia ve savunma arasında zorunluluk bulunması demek değildir⁵⁹¹, başvuru veya iddia ve savunma ile mantıksal bir bağlantı içinde olması yeterlidir⁵⁹². Bu bağlamda hakaret içeren yazı veya sözlerin yararlı olup olmadığının tespitinin gerekip gerekmediğini incelemek gerekir. TCK’ nın 128. maddesinin gerekçesinde bu husus, “bulunulan somut isnatların veya yapılan olumsuz değerlendirmelerin uyuşmazlıkla ilişkili olması gerekir; ancak, uyuşmazlığın çözümü açısından faydalı olması aranmamalıdır” şeklinde açıklanmıştır. Görüldüğü üzere, kanun koyucu madde gerekçesinde iradesini açık ve net olarak madde metniyle uyumlu bir biçimde ortaya koymuştur. Bu itibarla, madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, hakaret içeren yazı veya sözlerin uyuşmazlıkla bağlantılı olması, “hakaret içeren yazı veya sözlerin uyuşmazlığın çözümü açısından yararlı olması” şeklinde anlaşılmamalıdır⁵⁹³.

765 sayılı yasa döneminde hakaret içeren yazı veya sözlerin uyuşmazlıkla bağlantısı olup olmadığı belirlenirken dikkate alınacak ölçütün “zorunluluk” kriteri olamayacağı doktrinde ittifakla kabul edilmişti. Bu itibarla, zorunluluk kriterinin savunma hakkını oldukça fazla bir biçimde kısıtlayacağı öngörülmüştü⁵⁹⁴. Bunun yanında hakaret içeren yazı veya sözlerin savunmaya bir biçimde hizmet etmesi, bir başka deyişle, yararlı olması gerektiği kabul edilmişti⁵⁹⁵. Yargıtay’ ın 765 sayılı yasa

⁵⁹⁰ ERMAN, s. 147.

⁵⁹¹ EREM, Müdafaa Masuniyeti, s. 11; ERMAN, s. 114.

⁵⁹² DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 327; ERMAN, s. 144.

⁵⁹³ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 239; KAYANÇİÇEK, s. 215.

⁵⁹⁴ DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 327; EREM, Müdafaa Masuniyeti, s. 11; ERMAN, s. 144.

⁵⁹⁵ ERMAN, s. 144

döneminde konuya ilişkin olarak verdiği kararlar istikrarlı olmayıp, bazı kararlarda “yararlılık”⁵⁹⁶, bazı kararlarda ise “zorunluluk”⁵⁹⁷ ilişkisi olup olmadığını aramıştır.

⁵⁹⁶ “Sanığın Kadıköy 5. Asliye Ceza Mahkemesine verdiği dilekçede kişisel davacı için ‘psikopat, rüşvetçi, tefeci gibi’ demek suretiyle küçük düşürücü değer yargısında bulunduğu, bu sözlerin davanın konusuyla bağlantılı bulunmadığı gibi iddia ya da savunmaya ‘yarar’ sağlamadığı gözetilmeden TCY’ in 486. maddesi uyarınca savunmaya yönelik olduğu gerekçesi ile beraat hükmü kurulması yasaya aykırıdır”, 4. CD. 18.09.2002, E. 11081_K. 13447, ÇETİN, s. 362; “Sanığa yükletilen eylem, yaralama suçu ile ilgili olarak hakkında kurulan hükümlülük kararına karşı kaleme aldığı temyiz yoluna başvuru dilekçesinde, kişisel davacı için ‘Yusuf ile ilişki kurduğunu öğrendim’ demekten ibarettir. Mahkeme, bu sözlerin savunma çerçevesinde kaldığı ve suç kastı bulunmadığını belirterek sanığın beraatına karar kılmıştır. Hakaret ve sövme suçlarında, mağdurun onurunu kırma bilinç ve iradesiyle davranmaktan ibaret olan suç genel kastının, cürmün oluşması için yeteceği ve dolayısıyla kullandığı sözcükleri bilerek ve özgür irade ile kaleme alan bir kimsede bu kastın bulunduğu açıktır. Esasen, sanık, kullandığı sözcükleri bilincinin ve iradesinin dışında kaleme aldığını da ileri sürmemiştir. Ayrıca sanığın savunma çerçevesinde kaldığı ve bu amaçla davrandığı yolundaki gerekçe, teknik ve hukuki ağırlıklı bir kavram olan suç kastını salt psikolojik bir kavram olan amaç ve eylemlerle karıştırdığı ve objektif nitelikli hukuka uygunluk nedenlerini, subjektif bir temele yerleştirdiği için de yerinde değildir. Hakaretin savunma sınırını aşmış olduğunu saptayabilmek için söylenen sözlerin savunmanın konusuyla bağlantılı olması ve savunmaya ‘yararlı’ bulunması gerekir. Sanığın dosyadaki hakareti içeren dilekçesinde hakkında yasal indirici nedenlerin uygulanmasını istemeye dayanak kılmak amacıyla bu sözleri yazmak gereksinimi duyduğuna da değinilmiştir. Sergilenen nedenlerle savunma sınırının aşılmış olduğunu belirten ölçüler içinde takdir edilmesi gerekirken, açıklanan gerekçeyle beraat hükmü kurulması yasaya aykırıdır”, 4. CD. 19.09.1990, E. 3748_K. 4259, KAYANÇIÇEK, s. 215; “İnceleme konusu; sanık avukatın borçlu (sanık) Lizbeth Berk vekili olarak mahkemeye gönderdiği 16.06.1994 tarihli temyiz dilekçesinde; müvekkilinin mahkumiyetine ilişkin kararı veren katilani kast ederek, ‘... mahkeme beraat kararı vermesi gerekirken 10 günlük tazyik hapis verdi, insan hukukçuluğundan utanıyor, şu karar yurt dışında basına verilse bizi Afrika Kanunları ile idare ediyoruz zannederler, hayret... ! İstanbul’daki bir mahkeme hukukun inceliğini nasıl bilmez, anlamak mümkün değil ve yine evvah. Bu itiraz süresinde yapılsa vah efendim sen bir de mal beyanında bulunacaksın diye hapis cezası mı vereceğim, bu hangi kanunda yazılı, hangi mantık ve hukuk anlayışı buna cevap verir, kanunu iyi okumak gerekir ve anlamak gerekir diye düşünüyoruz...’ demek suretiyle katilani küçük düşürdüğü açıktır. Dilekçede yer alan bu sözlerin davayla ilgisi ve ‘yararı’ yoktur, Savunma hududu aşıldığından, hakareti oluşturan bu sözler nedeniyle sanığın savunma dokunulmazlığından yararlanması olanaklı değildir Yerel mahkemenin bu doğrultudaki, gerekçesi de yasal ve yeterlidir. Bu itibarla; Sanık Z’ ye yüklenen suç yasal unsurları ile oluşmuş olduğundan, ... bu sanık ile ilgili direnme kararının onanmasına karar verilmelidir. ”, CGK, 20.09.1998, E. 4-225_K. 316, PARLAR, HATİPOĞLU, s. 293.

⁵⁹⁷ “Boşanma davasında davalı vekili olan sanık, müvekkilinin ikametgahının İstanbul olduğunu ileri sürmüş ve orda oturduğuna ilişkin muhtarlık belgesi sunarak yetki itirazında bulunmuştur. Davayı yürüten katılan yargıç, davalının nüfus kaydının davanın açıldığı ilçede bulunduğu ve bu kaydın ikamete karine olduğu ve davalının İstanbul’ da çalışmadığı gerekçeleriyle itirazın reddine karar verilmiş; bu karar üzerine sanık avukat tarafından 31.03.2000 tarih li dilekçe ile yargıcın reddi isteminde bulunulmuştur. Anılan dilekçede geçen ve sövme oluşturduğu belirtilerek hükmeye temel alınan ifadeler; ‘Davanın Gümüşhacıköy’ de kalması için kılıfına uydurulmuştur, bu gerekçenin hiçbir hukuki dayanağı yoktur. Sayın hakimim yetki kurallarına ilişkin temel prensipleri öğrenememiş olması uzak ihtimal olduğundan müvekkilime karşı kötü niyetli hareket ettiği apaçık ortadadır. Yetki itirazının reddi için temel hukuki prensipler ayaklar altına alınmıştır. İkametgahları İstanbul olan şahıslar her halde son 6 ay İstanbul’ da oturmuşlardır. Uydurma bir gerekçe ile davanın G’ de kalması sağlanmıştır’ şeklindedir. Dilekçede bu ifadelere ek olarak şu sözlerde bulunmaktadır. ‘Sonuç olarak mahkeme hakiminin ret gerekçesi hukuki dayanaktan yoksundur. Mantığa aykırıdır. Davanın G’ de kalması için uydurulmuştur. Dayın hakimim kanun maddelerini, Yargıtay içtihatlarını, dosyaya sunulan resmi belgeleri yok sayması, hukuka aykırı

Yukarıda değinildiği üzere kanun koyucu madde gerekçesinde de açıkça belirttiği üzere hakaret içeren yazı veya sözlerin uyuşmazlıkla bağlantılı olması, “hakaret içeren yazı ve sözlerin uyuşmazlığın çözümü açısından yararlı olması” şeklinde anlaşılmamalıdır⁵⁹⁸. Ancak kanun koyucunun bu yaklaşımı doktrinde çeşitli eleştirilere maruz kalmıştır. Bir görüşe göre, “bağlantıdan” maksat mutlak anlamda bir mantıki bağlantıdan ve zorunluluktan çok iddia, savunma ya da başvuruya destek oluşturabilecek, “yarar” sağlayabilecek türden yaklaşımlardır⁵⁹⁹. Diğer bir görüşe göre; hakaret içeren yazı veya sözlerin uyuşmazlık bakımından faydalı olması gerekir. Gerekçede hatalı olarak somut isnatların ve yapılan olumsuz değerlendirmelerin uyuşmazlığın çözümü açısından faydalı olması aranmamıştır. Bu kabul, iddia ve savunma sınırının ne zaman aşıldığı konusunda ciddi sorun teşkil etmektedir⁶⁰⁰. Diğer bazı yazarlar ise madde gerekçesinde ifade edilen, hakaret içeren yazı veya söz ile uyuşmazlık arasındaki bağlantı konusunda “faydalı” olma

karar vermesi bu davayı tarafsız sonuçlandıramayacağı şüphesi tarafımızda uyandırmıştır. Davanın G’ de kalması için hukuk bu kadar ayaklar altına alınmışken, davanın esasının hakkaniyete uygun sonuçlanmayacağına inanmamız tarafımızdan beklenemez... ’ CYY’ in 23. maddesi uyarınca yargıcın reddi; görev yapmasının yasak olduğu haller ile tarafsızlığını şüpheyne düşürecek nedenlerin varlığı koşuluyla olanaklıdır. Yukarıda yer alan suça konu ifadeler ile sanık avukat tarafından katılan yargıcın hukuk kurallarını bilerek yanlış yorumlayıp uyguladığı ve böylece tarafsızlığını yitirdiği kanıtlanmak istemiş olup, iddia bakımından gereklilik ve ‘zorunluluk’ ölçülerini aşmadığı gözetilmeden beraat hükmü yerine, hükümlülüğüne karar verilmesi”, 4. CD. 07.05.2003, E. 216323_K. 3641, PARLAR, HATİPOĞLU, s. 274; “Sanık avukatın, hukuk davasındaki cevap dilekçesinde ‘davacı karşılıksız çek keşide etme suçunu müteaddit defalar işlemiştir’ demekle yetinmesi gerekirken, ayrıca ‘insanları dolandırmayı itiyat haline getirmiştir’ biçiminde karşı taraf hakkında küçük düşürücü değer yargısında bulunduğu ve bunun savunma ve iddia için gerekli bulunmadığı gözetilmeden, genel katsala işlenen suçta özel kastı arayan ve hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayan gerekçeyle hüküm kurulması”, 4. CD. 25.05.1997, E. 3125_K. 4270, KAYANÇİÇEK, s. 216; “Kişisel davacının şiddetli geçimsizlik nedeniyle açtığı boşanma davasında sanığın mahkemeye sunduğu cevap dilekçesi içeriğinin, anılan davada kusurlu tarafın belirlenip, tazminat ve nafaka ödenmesi konularının açıklığa kavuşturulması için gerekli olup olmadığı ve bu sözlerin davanın yazgısını belirlemede ‘zorunlu’ bulunup bulunmadığı ve TCY’ in 486/1. maddesi açısından hukuka uygunluğu tartışılmadan karar verilmesi yasaya aykırıdır”, 4. CD. 13.04.2004, E. 6110_K. 4738, ÇETİN, s. 360.

⁵⁹⁸ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 239; KAYANÇİÇEK, s. 215.

⁵⁹⁹ TARHAN, s. 335.

⁶⁰⁰ ÖZBEK, s. 268.

ölçütünün esas alınamayacağını, görmezden gelerek, sadece hakaret içeren söz veya yazının savunmaya “yararlı” olması gerektiğine işaret etmişlerdir⁶⁰¹.

765 sayılı yasanın 486. maddesinin 2. fıkrasında, dava ile ilgili olsa dahi iddia ve savunma sınırını aşan hakaret içeren yazı veya sözlerin savunma dokunulmazlığı kapsamında değerlendirilemeyeceği düzenlenmişti. Bu hükmün açıklanması oldukça zor olduğu kabul edilmekteydi. İddia ve savunma sınırı içinde kalan bir hususun esasen hakaret teşkil etmesi olanaksızdır; bu sınırın aşılmasına rağmen ceza verilmeyişi sebebiyle, bu dokunulmazlıktan söz edilebilmektedir⁶⁰². Uyuşmazlığa ilişkin olduğu halde sınırın ne zaman aşıldığını belirlemek başlı başına bir sorun olduğu için TCK’ nın 128. maddesi, yerinde olarak bu koşula yer vermemiştir⁶⁰³. Bunun yanında, 765 sayılı yasa döneminde “ölçülülük” olarak kabul edilen “iddia ve savunma sınırının aşılması” na ilişkin benzer bir düzenlemenin TCK’ da bulunmamasını eksiklik olarak kabul eden yazarlar da bulunmaktadır⁶⁰⁴.

Kanun metninde iddia ve savunma sınırının aşılmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamakla beraber madde gerekçesinde “Somut uyuşmazlıkla ilgili olmakla birlikte iddia ve savunma sınırını aşan hakareti mutazammın yazı ve sözlerin iddia ve savunma hakkı kapsamında mütalâa edilmesi mümkün değildir. Ancak, bu ifadelerin kullanılmasına müsamaha ile bakılabilir. Çünkü, bu gibi durumlarda iddia ve savunmanın sınırı genellikle öfke ve gazabın etkisiyle aşılmaktadır. Aslında öfke ve gazap hâli, kusurluluğun bir unsuru olan irade yeteneğini etkileyen bir faktördür ve bu durum, kişinin işlediği hakaret suçu dolayısıyla kusurunun tespiti bağlamında değerlendirilmelidir.” şeklinde açıklama bulunmaktadır. Gerekçedeki bu ifade

⁶⁰¹ PARLAR, HATİPOĞLU, s. 284; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 473.

⁶⁰² EREM, Müdafaa Masuniyeti, s. 11.

⁶⁰³ KAYANÇİÇEK, s. 219; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 474.

⁶⁰⁴ DONAY, s. 205; YURTCAN, Erdener, Yargıtay Kararları Işığında Hakaret Suçları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2009, s. 86.

doktrinde eleştirilmektedir. Öfke ve gazabın, hukuka uygunluk nedeninde nazara alınacak bir unsur olmadığı gibi, kusurluluğu ortadan kaldıran bir sebep özelliği de taşımadığı⁶⁰⁵, öfke ve gazap halinin TCK' nın 29. maddesinde “haksız tahrik” başlığı altında kanuni hafifletici bir neden olarak düzenlendiği, bu nedenle, öfke ve gazabın etkisiyle iddia ve savunmalarında hakaret içeren söz sarf eden failin fiilinin, 128. maddede öngörülen şartları taşımaması halinde, ya fail hakkında cezai sorumluluk doğacağı ya da hakaret suçu açısından özel bir kanuni hafifletici sebep özelliği gösteren 129. madde uyarınca takibat yapılacağı, iddia ve savunmalarla ilgisi olan söz veya yazıların hakaret teşkil edip etmediği hususunda failde özel kast araştırması yapmanın ve bu konuda ulaşılabilecek sonuca göre 129. maddeyi de dikkate almak suretiyle neticeye ulaşmanın daha isabetli olacağı ifade edilmiştir⁶⁰⁶. Kaldı ki savunmanın her zaman bir tartışma havası içinde gerçekleşeceği kabul edilemez. Savunmanın, çoğu zaman, mahkeme salonlarından uzak ve hasım tarafın bulunmadığı yerlerde düşünülerek yazıldığı göz önünde bulundurulmalıdır⁶⁰⁷.

İddia ve savunma dokunulmazlığı, hakaret içeren yazı veya sözlerin yargı organları veya idari mercilere sunulduğu veya sarf edildiği zamana özgüdür. Bu mercilere tevdi edilmeden önce hakaret içeren yazı veya sözler başkaları huzurunda okunmuş veya sarf edilmişse, dokunulmazlık ileri sürülemez⁶⁰⁸. Bu itibarla hakaret tarafların meşru bir şekilde iştirak ettikleri bir usul işleminin yapılması sırasında veya maksadıyla gerçekleşmelidir. Örneğin, hakimin hazır olmadığı veya müzakere odasına çekilmiş bulunduğu bir sırada gerçekleşen hakaret dokunulmazlık

⁶⁰⁵ DONAY, s. 205; ŞEN, s. 569.

⁶⁰⁶ ŞEN, s. 569.

⁶⁰⁷ EREM, Müdafaa Masuniyeti, s. 1.

⁶⁰⁸ DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 329; EREM, Müdafaa Masuniyeti, s. 8; ÖNDER, s. 270; ŞEN, s. 565; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 473.

kapsamında değerlendirilemez⁶⁰⁹. Mercilere tevdi edilmeden önce başkaları huzurunda okunan veya söylenen hakaret içeren yazı veya sözlerin daha sonra yargı mercileri veya idari makamlara tevdi edilerek tekrarlanmış olması dokunulmazlığı “geçmişe etkili” kılmaz⁶¹⁰.

İddia ve savunma dokunulmazlığının, hukuka uygunluk nedeni olması sebebiyle, bu hukuka uygunluk nedeninden yararlanacak olan fail hakkında açılmış dava sonucunda CMK’ nın 223. maddesinin 2. fıkrasının d bendi uyarınca “beraat kararı” verilmesi gerekir.

e. Terbiye Etme Hakkı

Terbiye etme hakkı, yasal dayanağını Medeni Kanunun 340 ve 445. maddesinde bulmaktadır. Bu hükümlere göre, ana-baba (veli) veya vasinin koruma ve gözetimleri altında bulunan küçüğü azarlamak yetkileri de bulunmaktadır⁶¹¹. Bununla beraber terbiye etme hakkının esas kaynağı örf ve adettir. Azarlamanın ne gibi sözleri ihtiva edeceği, bu sözlerin etkili olmalarını sağlamak maksadıyla başkaca ne gibi tedbirlere başvurulabileceği hep örf ve adete bakılarak tespit olunabilir⁶¹².

Bu hak, sadece velayet hakkını kullanan ana ve babaya veya yaptığı meslek ve görev açısından bu mesleği veya görevi icra edene tanınmıştır. Bu itibarla, kural olarak bu hak başkaları tarafından kullanılamaz ve bu hakkın başkasına devri de söz konusu olamaz⁶¹³. Velayet hakkına sahip olmayan bir kimse, bir çocuğu terbiye hakkına kanunen sahip değilse de, örf ve adet, ana ve babadan başkalarının da

⁶⁰⁹ DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 327.

⁶¹⁰ EREM, Müdafaa Masuniyeti, s. 9; ÖZEN, “Savunma Hakkı Bağlamında Savunma Dokunulmazlığı”, s. 69.

⁶¹¹ ÇETİN, s. 341; PARLAR, HATİOĞLU, s. 17.

⁶¹² ERMAN, s. 131.

⁶¹³ ERMAN, s. 132.

(ağabey, amca, dayı, teyze, öğretmen gibi) bu hakkı kullanmalarına izin verebilir. Bu durumda hakkın kaynağı yasa olmayıp örf ve adettir⁶¹⁴.

Terbiye hakkının kullanılmasının küçüğe yönelik hakaret ve sövme suçları bakımından hukuka uygunluk nedeni sayılabilmesi için, bu hakkın örfen bilinen sınırlarının aşılmaması, söz veya hareketlerle yapılan hakaret ve sövmenin bu sınır içinde kalması, hakaret ve sövme ile terbiye arasında düşünsel bir bağın bulunması, yapılan hakaret ve sövmenin terbiye hakkının amacına uygun olması yani mağduru terbiye edici nitelikte bulunması gerekir⁶¹⁵. Özellikle mağdurun tedibi gerektiren hiçbir harekette bulunmadığı veya pek hafif bir saygısızlıkta bulunduğu halde, çok şiddetli sözler sarf edilmesi veya bütün tanıyanlar nezdinde küçük düşürülmesi halinde sınırın aşıldığını kabul etmek gerekir⁶¹⁶.

2. Mağdurun Rızası

TCK, 26. maddesinin 2. fıkrasında 765 sayılı yasanın aksine, ilgilinin (hak sahibinin) rızası şeklinde hukuka uygunluk nedenini açıkça hükme bağlamıştır⁶¹⁷. Bu hükme göre; “Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.”

Madde metninde açıkça belirtildiği üzere, rızanın, hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebilmesi için, suçun kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olarak işlenmesi gerekmektedir. Her ne kadar şeref ve onur hakkı kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir hak olarak kabul

⁶¹⁴ ÇETİN, s. 341.

⁶¹⁵ PARLAR, HATİPOĞLU, s. 17.

⁶¹⁶ ERMAN, s. 132.

⁶¹⁷ TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 159.

edilmekte ise de⁶¹⁸, rıza şeref varlığının kısmi bir ihlale yönelik olduğu durumlarda etkili olacaktır⁶¹⁹.

Rızanın hukuka aykırılığı bertaraf etmesinin sebebi, devletin bir ceza tehdidi ile müdahalesini haklı gösteren sosyal zararın bulunmayışıdır, bir başka deyişle cezalandırmaya ilişkin menfaatin yokluğudur⁶²⁰. Kişinin kendi şeref hakkını ihlale yönelik fiiller bakımından rızası, cezalandırmaya ilişkin menfaat yokluğu olarak kabul edilebilirse de, re'sen takip edilen “kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret ve sövme” halinde, mağdur olan kamu görevlisinin şerefinden başka temsil ettiği kamu otoritesinin şeref ve saygınlığı ihlal edildiğinde, bu durumda mağdurun üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir hak bulunmadığı gerekçesiyle kamu görevlisinin rızası fiili hukuka uygun hale getirmeyecektir⁶²¹.

Rıza hakaret ve sövme fiillerinin işlenmesinden önce veya fiillerin işlenmesi esnasında gösterilmiş olmalıdır. Fiil işlenip bitirildikten, yani suç tamamlanmış olduktan sonra, suça rıza gösterilmesi halinde, gösterilen rıza geçerli bir rıza değildir⁶²².

Rızaya yönelik irade açıklaması, aksine hüküm bulunmayan hallerde, belirli bir şekle tabi değildir. Rızaya yönelik irade açıklaması açıkça yapılabileceği gibi,, örtülü (zımnen) olarak da yapılabilir. Rızaya yönelik irade açıklaması yazılı ve sözlü olarak yapılabileceği gibi, işaretlerle de yapılabilecektir⁶²³. Rızaya yönelik irade açıklamasının açık olarak yapıldığı durumlar herhangi bir sorun teşkil etmemektedir. Rızaya yönelik irade açıklamasının örtülü olarak gerçekleştiği durumlarda dikkatli

⁶¹⁸ ERMAN, ÖZEK, s. 319.

⁶¹⁹ TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 164.

⁶²⁰ TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 160.

⁶²¹ ERMAN, ÖZEK, s. 319.

⁶²² HAFIZOĞULLARI, Türk Ceza Hukuku Ders Notları,
<http://www.zekihafizogullari.com/CezaHukuku%20Ders%20Notlari.pdf>.

⁶²³ TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 167.

davranmak gerekir. Bir gazeteye beyanat veren ya da gazeteci tarafından fotoğrafı çekilirken poz veren kimse, bu beyanatın ya da resmin haber olarak kullanılacağını biliyor olduğu gerekçesiyle, örtülü rızanın varlığını kabul etmek gerekir⁶²⁴. Örtülü rızanın örf ve adetten kaynaklandığı durumlar da söz konusu olabilir. Özellikle arkadaşlar arasında hakaret ve sövmeye sebebiyet verecek sözlerin sürekli söylenmesi halinde, arkadaşlığını sürdüren kişinin, kendisi aleyhine bu sözlerin söylenmesine rıza göstermiş olduğu kabul edilir⁶²⁵.

Mağdurun rızasının hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebilmesi için kuşkusuz sınırın aşılmamış olması gerekir. Açık veya örtülü rıza halinde, mağdur hangi sözlerin söylenmesinde veya hangi yazıların yazılmasına açık olarak muvafakat etmiş veya örtülü rızasının hangi söz ve yazıları kapsadığı anlaşılmakta ise, hakaret içeren söz ve yazılar da o çerçevede içerisinde kalmalıdır⁶²⁶. Aynı zamanda mağdur kimin tarafından bu gibi sözlerin söylenmesine veya yazılmasına açıkça veya örtülü olarak rıza göstermişse, hakaret ve sövmeye de o kişi tarafından yapılmalıdır. Örneğin, bir kimse samimi bir arkadaşı tarafından hakaret ve sövmeye sebebiyet verecek bir sözün söylenmesine ilişkin rıza gösterebilir. Ancak bu duruma bakılarak aynı sözün herkes tarafından söylenmesine razı olduğu sonucu çıkarılamaz. Bunun yanında, bir kimse, belirli bir gazetede yayına muvafakat edip, bir başka gazetede aynı yayının yapılmasına tepki gösterebilir⁶²⁷. Bu itibarla, Yargıtay da bir kararında⁶²⁸, iki halk ozanı arasında gerçekleşen taşlamada sarf edilen “eşek”

⁶²⁴ ERMAN, ÖZEK, s. 319.

⁶²⁵ ERMAN, s. 173.

⁶²⁶ ERMAN, ÖZEK, s. 320.

⁶²⁷ ERMAN, s. 173.

⁶²⁸ “Oluşa uygun kabule göre, sanığın katılanı ‘eşek’ olarak nitelediği saptanmıştır.

Mahkemenin ise, suçun maddi ögesinin oluştuğu ve fakat halk ozanları arasındaki taşlamalarda bu tür şakalaşmaların yapıldığı, o nedenle suçun manevi ögesinin bulunmadığı sonucuna verdiği anlaşılmaktadır.

ibaresine ilişkin olarak gösterilmiş rızanın, aynı ibarenin yer aldığı şiirin basın ve yayın yoluyla yayınlanmasına rıza gösterme anlamı taşımayacağını kabul etmiştir.

3. Görevin İfası

Görevin yerine getirilmesi biçimindeki hukuka uygunluk nedeni, hukuk düzeninin kendisiyle çelişkiye düşmezliği ilkesinin tipik ifadesini oluşturmaktadır. Gerçekten hukuk düzeninin bir yandan belirli bir biçimde davranma görevini yükleyip, diğer yandan da bu görevi yerine getirmeyi cezalandırması düşünülemez⁶²⁹.

TCK' nın 24. maddesi hükmünün açık ifadesinden de anlaşılabacağı üzere, bu hukuka uygunluk nedeni, görevin kanundan veya amirin emrinden kaynaklanmasına göre ikiye ayrılmaktadır⁶³⁰.

a. Kanun Hükmünü Yerine Getirme

Görevin kanundan kaynaklanması durumu TCK' nın 24. maddesinin 1. fıkrasında öngörülmüştür⁶³¹. Buna göre, “Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.”

Sövme suçu kişinin onuruna karşı bir cürümdür ve kişinin korunan menfaat/değer konusunda tasarruf yetkisi bulunduğundan, rıza göstermesinin hukuka aykırı eylemi, hukuka uygun kılacağı ve dolayısıyla söz konusu suçun hukuka aykırılık ögesinin ortadan kalkacağı açıktır.

Katılan ve sanık Ş. M. ‘in sözlü atışmalarda bu tür şakalara rıza gösterdikleri anlaşılmakta ve fakat bunların yayınlanmasına rıza gösterdiklerine ilişkin bir kanıtı dosyada rastlanmamakta; üstelik tanıklardan M. Y. de yayınlanmasının doğru olmayacağı konusunda sanık Ş. M. ‘yi uyardığında sanığın ‘doğrusunu söylemişimdir’ dediğini açıklamaktadır.

Bu durum karşısında, katılanın suç konusu şiirin yayınlanmasına rızasının bulunup bulunmadığı araştırılmadan ve bulunduğu ilişkin kanıtlar gösterilmeden, yazılı gerekçeyle hüküm kurulması yasaya aykırıdır”, 4. CD. 24.02.1994, E. 9831_K. 1502, ÇETİN, s. 317.

⁶²⁹ TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 137.

⁶³⁰ ÇETİN, s. 352.

⁶³¹ TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 138.

Kanun hükmünü yerine getirmenin hukuka uygunluk nedeni sayılabilmesi için hükmü yerine getiren kimsenin o hükmün muhatabı olması gerekmektedir, çünkü hiç kimse, kendisine kanunda tanınmamış olan bir yetkiyi kullanamaz⁶³².

Maddedeki “kanun” deyimini hukuk normu olarak anlamak gerekir. Ancak bu normun TCK’ da yer alması şart değildir. Bu tür normlar diğer kanunlarda, hatta düzenleyici işlemlerde de yer alabilir⁶³³.

Bir kamu görevlisi, kendi görev alanını düzenleyen kanun hükümlerini de yerine getirmek zorundadır. Bu itibarla, bilgi toplama, belge düzenleme, inceleme, rapor veya fezleke yazma, görev dolayısıyla öğrenilen suçları ihbar etme gibi faaliyetler kanunun bir hükmünün yerine getirilmesini ifade eden faaliyetlerdir⁶³⁴. Kanunun öngörmüş olduğu görevlerden birini yerine getirirken görevini ihmal ettiği tespit edilen bir kamu görevlisini sert bir şekilde azarlayan amir, bu hukuka uygunluk nedeninden yararlanır. Askeri Ceza Kanununun 119. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, üstün, hizmet ve askerliğe dair kusur ve hatalarından dolayı astı tenkit etmesi ve azarlaması hakaret sayılmayacaktır⁶³⁵.

Tanık ve bilirkişi sıfatıyla bilgi, görgü ve mütaalasını yetkili merciler huzurunda açıklayan kimsenin de kanunun bir hükmünü yerine getirmesi sebebiyle, fiilin hukuka uygun sayılacağı ileri sürülmüştür⁶³⁶. Bunun yanında TCK’ nın 128. maddesinin savunma dokunulmazlığından yararlanabilecek kişiler hususunda herhangi bir sınırlama öngörmemiş olması sebebiyle tanık ve bilirkişilerin fiillerinin savunma dokunulmazlığı hukuka uygunluk nedeninden de yararlanabileceğini kabul

⁶³² HAFIZOĞULLARI, Türk Ceza Hukuku Ders Notları, <http://www.zekihafizogullari.com/CezaHukuku%20Ders%20Notlari.pdf>.

⁶³³ DÖNMEZER, Sulhi, ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C.II, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1981, s. 101-102.

⁶³⁴ ERMAN, ÖZEK, s. 321.

⁶³⁵ ERMAN, s. 174.

⁶³⁶ ÇETİN, s. 352; ERMAN, s. 174; ÖZBEK, s. 267.

eden yazarlar da bulunmaktadır⁶³⁷. Cumhuriyet savcısı iddianamesini düzenlerken kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninden yararlanmaktadır. Şüphesiz ki, cezalandırılması talep olunan kimseye isnat olunan suçun sübutu ve sanık hakkında hükmolunması istenen cezanın takdiri açısından yararlı olmayacak şekilde hakaret ve sövme içeren ibarelerin kullanılması halinde sınır aşılmış olur. Bu itibarla, savcı, sanığın daha ağır bir şekilde cezalandırılmasını sağlamak amacıyla, adli geçmişinden söz ederken mükerrir veya itiyadi suçlu olduğunu ifade edebilirse de, isnat edilen suçla ilgisi bulunmayan veya takdir edilecek ceza bakımından göz önünde bulundurulamayacak özel hayata ilişkin açıklamalarda bulunamaz⁶³⁸.

b. Amirin Emrini Yerine Getirme

Görevin emirden kaynaklandığı durum TCK' nın 24. maddesinin 2. fıkrasında "Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz" şeklinde düzenlenmiştir.

Konuyu düzenleyen hüküm bundan ibaret değildir. Ayrıca TCK' nın 24. maddesinin 3 ve 4. fıkralarında, Devlet Memurları Kanununun 11. maddesinde ve Anayasanın 137. maddesinde konuya ilişkin hükümler yer almaktadır⁶³⁹.

Madde gerekçesi, amirim emrini yerine getirmenin bir hukuka uygunluk nedeni olmadığını, "yerine getirme zorunluluğu esasen hukuka aykırı olan emri hukuka uygun hale getirmez" düşüncesiyle, bir "sorumsuzluk nedeni" olduğunu ileri sürmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, ceza hukukunda, daha özel olarak suç genel teorisinde "sorumsuzluk nedenleri" adında suç veya cezayı ortadan kaldıran kendine özgü, kimlik kazanmış bir ceza hukuku kurumu mevcut bulunmamaktadır. Gerekçede "yerine getirme zorunluluğu, esasen hukuka aykırı olan emri hukuka

⁶³⁷ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 237; ŞEN, s. 564; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 472.

⁶³⁸ ERMAN, ÖZEK, s. 321-322.

⁶³⁹ TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 138.

uygun hale getirmez” ifadesiyle amirin konusu hukuka aykırı emri verme fiili ile kamu görevlisinin konusu hukuka aykırı emre uyması fiili birbirine karıştırılmıştır. Kuşkusuz kamu görevlisinin emre uyma fiili hukuka aykırı emri hukuka uygun hale getirmez. Burada hukuka uygun olan kanunun koyduğu koşullara uyarak kamu görevlisinin emri yerine getirme fiilidir. Kanuna aykırı emri verme fiili hukuka aykırı olarak varlığını sürdürmektedir. Bu fiilden de kimse faili olmadığı bir fiilden sorumlu tutulamayacağından, sadece amir sorumlu olacaktır. Bu itibarla, “amirin emri” tam manasıyla bir hukuka uygunluk nedenidir⁶⁴⁰.

Amirin emrini yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin ön şartı, emir veren ile emir alan arasında kamu hukukundan kaynaklanan üst-ast ilişkisinin bulunmasıdır⁶⁴¹. Bu hukuka uygunluk nedeninin varlığından söz edebilmek için, amirin emir vermeye yetkili olması, emir alanın bu emri yerine getirmekle görevli olması ve verilen emrin kanunlara uygun, yani meşru olması şartları gerekmektedir⁶⁴². Belirtmek gerekir ki, amirin genel olarak yetkili olması yeterli olmayıp, yerine getirilmesi hakaret ve sövme suçlarının işlenmesine yol açan emri vermeye de yetkili olması gerekir⁶⁴³.

Yukarıda açıklanan bilgiler doğrultusunda, suç teşkil eden bir olayla ilgili olmayıp da belirli bir kimsenin tamamıyla özel hayatına ilişkin bulunan durumlar hakkında araştırma yapılmasının emir olunması halinde, böyle bir emri yerine getirmek hiçbir kamu görevlisinin görevi sayılamayacağından, bu gibi bir emrin ifası halinde hukuka uygunluk nedeninden yararlanılamaz⁶⁴⁴.

⁶⁴⁰ HAFIZOĞULLARI, Türk Ceza Hukuku Ders Notları, <http://www.zekihafizogullari.com/CezaHukuku%20Ders%20Notlari.pdf>.

⁶⁴¹ TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 139.

⁶⁴² TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 137-138.

⁶⁴³ DÖNMEZER, ERMAN, s. 105.

⁶⁴⁴ ERMAN, ÖZEK, s. 322.

Anayasanın 137. maddesi uyarınca, emrin konusu hukuka aykırı olmakla birlikte suç teşkil etmiyorsa, emri alan kamu görevlisi bu emri “yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üst emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz⁶⁴⁵”. Buna karşın Anayasanın 137. maddesi ve TCK’ nın 24. maddesinin 3. fıkrası uyarınca konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde hem emri yerine getiren hem de emri veren sorumlu olur⁶⁴⁶.

Anayasanın 137. maddesi, emri alan kamu görevlisine, emri, hukuka uygunluk bakımından denetleme yetkisi tanımıştır. Bunun yanında, emrin hukuka uygunluğunun denetiminin kanun tarafından engellendiği haller olabilir Nitekim devlete ait bazı faaliyetlerin aksamadan yürütülebilmesi için bu faaliyetlerle ilgili bazı emirlerin mutlaka yerine getirilmeleri gerekebilir. Bu tür emirler öncelikle askerlik ve kolluk hizmetleri alanında söz konusu olabilir. Emrin hukuka uygunluğunun denetiminin kanun tarafından engellendiği hallerde TCK’ nın 24. maddesinin 4. fıkrası uyarınca emrin yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur⁶⁴⁷.

3. Meşru Savunma

TCK’ nın 25. maddesi meşru savunma halini bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlemiştir. Buna göre; “Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hâl ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.”

⁶⁴⁵ TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 140.

⁶⁴⁶ HAFIZOĞULLARI, Türk Ceza Hukuku Ders Notları, <http://www.zekihafizogullari.com/CezaHukuku%20Ders%20Notlari.pdf>.

⁶⁴⁷ DÖNMEZER, ERMAN, s. 107-108; TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 140-141.

Meşru savunma halinin hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebilmesi için her şeyden önce herhangi bir hakka yönelmiş gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırının bulunması, bu haksız saldırıya karşı savunmanın zorunlu olması ve savunmanın saldırı ile orantılı olması gerekir⁶⁴⁸.

Meşru savunma hukuka uygunluk nedeni bakımından saldırının cebri olması yani “maddi bir şekilde ortaya çıkması” gerektiği kabul edilmiştir. Bu itibarla, sözle yapılan saldırılar, meşru savunma nedeni olamayacaktır⁶⁴⁹. Saldırının maddi bir şekilde ortaya çıkması gerektiğinin kabulü karşısında; sadece bir düşünce açıklamasından ibaret olan hakaret ve sövme fiillerinin niteliği gereği, savunma amaçlı birer fiil olarak kabulü oldukça güçtür. Bu itibarla, kişinin kendisi veya üçüncü kişiye yönelik saldırıyı hakaret fiili ile defedebileceğini kabul oldukça güçtür.

F. Suçun Manevi Unsuru

Hakaret ve sövme suçlarının manevi unsuru incelendiğinde, bu suçlar açısından kasttan ne anlaşılması gerektiği hususu çeşitli tartışmalara neden olmuştur. Bu konuda ileri sürülen iki temel görüş bulunmaktadır. Birinci görüş, hakaret ve sövme suçlarının oluşumu bakımından genel kastın yeterli olmadığını, failde saikin, yani özel kastın aranması gerektiğini savunmaktadır. Hakaret ve sövme suçlarında aranması gereken özel kast ise mağduru aşağılama yani, mağdura zarar verme saikinden ibarettir. Bu görüşe göre, faildeki tekdir etme, bilgi verme, eleştirme, şaka yapma, savunma ve anlatma gibi saikler kastı ortadan kaldırmaktadır⁶⁵⁰.

İkinci görüşe göre, hakaret ve sövme suçlarında özel kastın aranması için, bunun, kanunda açıkça öngörülmüş olması gerekir. Bir hareketin saikinin gerçek

⁶⁴⁸ TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 142 vd.

⁶⁴⁹ DÖNMEZER, ERMAN, s. 141.

⁶⁵⁰ DÖNMEZER, s. 305; EREM, Hakaret ve Sövme, s. 16; ERMAN, s. 185.

niteliğini belirlemek oldukça güçtür ve çok defa imkansızdır. Bu itibarla, hakaret ve sövme suçlarının oluşumu bakımından genel kastın varlığı yeterlidir⁶⁵¹.

Doktrinde egemen olan görüş, hakaret ve sövme suçlarının oluşumu bakımından genel kastın varlığının yeterli olduğu yönündedir⁶⁵². Hakaret ve sövme suçlarında saik, cezanın tayininde bireyselleştirme aracı olarak hakim tarafından dikkate alınabilir⁶⁵³.

Failin kastının, isnat ettiği somut fiil veya sövmenin mağdurun onur, şeref ve saygınlığını rencide edici nitelikte olduğuna ve hem de suç gıyapta işlenmiş ise “ihtilat”, huzurda işlenmiş ise huzur unsuruna yönelik olması gerekir⁶⁵⁴.

TCK’ nın 22. maddesinin 1. fıkrası uyarınca bir suçun taksirli şeklinin cezalandırılması için, taksirli şeklinin cezalandırılacağı ilgili normda açıkça öngörülmüş olması gerekir⁶⁵⁵. TCK’ nın 125 maddesinde hakaret ve sövme suçlarının taksirli biçimlerinin cezalandırılacağına ilişkin bir ibare bulunmaması sebebiyle, hakaret ve sövme suçlarının taksirle işlenmesi mümkün değildir. Bu itibarla, failin taksirli hareketleri cezalandırılamaz. Örneğin, yabancı ülke vatandaşı olan fail Türk örf ve adetlerini bilmesee ve mağdura iltifat ettiğini düşünerek, hakaret ve sövme içeren sözler söylese veya gıyapta hakaret ve sövme halinde, fail bir veya iki kişiyle ihtilat etmek istemesine rağmen, bilgisi dışında başka kişilerin de isnat

⁶⁵¹ DÖNMEZER, s. 305; EREM, Hakaret ve Sövme, s. 15; ERMAN, s. 181.

⁶⁵² CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 239; DÖNMEZER, s. 306; ÖZBEK, s. 269; PARLAR, HATİPOĞLU, s. 16; SOYASLAN, s. 240; ŞEN, s. 242; TARHAN, s. 300; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 452; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 114; Farklı görüş için bkz, DONAY, s. 198. (Yazar, kanunda isnat edilen fiilin onur, şeref ve saygınlığı rencide edici nitelikte olmasının aranması suretiyle, özel kastın aranacağını ileri sürmüştür.)

⁶⁵³ EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s. 2257.

⁶⁵⁴ DÖNMEZER, s. 305; ERMAN, s. 182; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 114; YENİDÜNYA, ALŞAHİN, s. 60.

⁶⁵⁵ TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 193.

ettiği fiili veya sövmeyi öğrenmeleri durumunda, fail, söz konusu taksirli hareketlerden dolayı cezalandırılmaz⁶⁵⁶.

Hakaret ve sövme suçlarının olası kast ile de işlenebileceği kabul edilmektedir⁶⁵⁷. Bu durumda verilecek ceza TCK' nın 21. maddesinin 2. fıkrası uyarınca indirilir. Örneğin, bir kimsenin bahçede komşusu hakkında konuşurken muhatabın duyacağını öngörerek hakaret ve sövme içeren sözleri söyler, mağdur da bu sözleri duyarsa suç olası kastla işlenmiş sayılacaktır⁶⁵⁸.

Hakaret ve sövme teşkil eden söz, yazı ve işaretlerin kişinin onur, şeref ve saygınlığını rencide edici nitelikte bulunup bulunmadığının tespiti hakim takdirine bırakılmış maddi bir meseledir. Hakim kastın varlığına ilişkin kabulünü gerekçelendirmeli ve özellikle söz, yazı veya işaretlerin nelerden ibaret bulunduğunu kararında açıkça belirtmelidir⁶⁵⁹.

Her ne kadar Yargıtay'ın eski tarihli kararlarının bazılarında, hakaret ve sövme suçlarının oluşumları için özel kastın varlığını aramışsa da⁶⁶⁰ yakın tarihli kararlarında bu suçların oluşumları için genel kastın varlığının yeterli olduğuna hükmetmiştir⁶⁶¹.

⁶⁵⁶ EREM, Hakaret ve Sövme, s. 14; ERMAN, s. 180.

⁶⁵⁷ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 240; TARHANI s. 301; PARLAR, HATİPOĞLU, s. 16; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 452; YENİDÜNYA, ALŞAHİN, s. 60.

⁶⁵⁸ ARISOY, s. 170.

⁶⁵⁹ ERMAN, s. 183.

⁶⁶⁰ “Bir kızla nişanlandığını söylemek fiilinin tahkir kastına ne suretle delalet ettiğinin etraflıca izah edilmemesi yolsuzdur”, CGK. 29.09.1941, E. 84_K. 146, DÖNMEZER, s. 306.

⁶⁶¹ “Sanığın, hazırlık aşamasında arkadaşlarının işlettiğini sanarak sövdüğünü açıklamış olması, yargılama esnasında ‘arkadaşlarımın bana şaka yaptıklarını düşünerek telefonda o şekilde konuştum’ biçimindeki savunması karşısında, iddiaları doğrulayan bu savunma yönteminde tartışılıp reddedilmeden yasal ve yerinde olmayan gerekçeyle beraatine hükmolunması”, 4. CD. 27.11.2006, E. 10743_K. 16750, KAYANÇİÇEK, s. 112; “Sanıkların kişisel davacıya çektikleri ihtarnamede ‘sahte evrak tazmini sizin asli görevinizdir, sizin için yalancı şahit bulmak zor değildir, zaten hazır bekleyen bir ekibiniz var’ biçiminde söylediği sözlerin kişisel davacıyı küçük düşürücü değer yargısında bulunduğu ve suçun hukuka aykırılık ögesinin oluştuğu gözetilmeden genel kastla işlenen sövme cürmünde özel kastı arayan bilir kişi raporuna dayanılarak beraat

İKİNCİ BÖLÜM

HAKARET VE SÖVME SUÇLARINA ETKİ EDEN NEDENLER

I. HAKARET VE SÖVME SUÇLARINDA CEZAYI AĞIRLAŞTIRAN NEDENLER, CEZASIZLIK NEDENLERİ VE DAHA AZ CEZAYI GEREKTİREN NEDENLER

A. Cezayı Ağırlaştıran Nedenler

1. Suçun Kamu Görevlisine Karşı Görevinden Dolayı İşlenmesi

Hakaret ve sövme suçlarının kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenmesi, TCK' nın 125. maddesinin 3. fıkrasının a bendinde, hakaret ve sövme suçlarının nitelikli hali olarak öngörülmüştür. Bu durumda verilecek cezanın alt sınırının 1 yıldan az olamayacağı kabul edilmiştir.

Bu nitelikli hal 765 sayılı yasada, bağımsız bir suç olarak, 266 ve 267. maddelerde, devlet idaresi aleyhine işlenen cürümler babında, resmi sıfatı haiz olanlar aleyhinde cürümler başlıklı dokuzuncu fasılda, memura görevinden dolayı ve görevi sırasında hakaret ve sövmeyi kapsayacak şekilde düzenlenmişti⁶⁶². 765 sayılı yasanın 266. maddesi hakaret ve sövme suçlarının memurun görevinden dolayı huzurunda işlendiği hallerde uygulanmaktaydı. Hakaret ve sövmenin memurun görevinden dolayı gıyabında işlendiği hallerde 765 sayılı yasanın genel hakaret ve sövme suçlarını düzenleyen 480 ve 482. maddesi uygulanmakta, verilen ceza 273. madde uyarınca artırılmaktaydı. 765 sayılı yasanın 266. maddesi faile verilecek

hükmü kurulması”, 4. CD. 02.05.1995, E. 2343_K. 3330, PARLAR, HATİPOĞLU, s. 258; “ Sanıkların kişisel davacının yüzüne karşı tanıkların yanında babası İ. Y’ e ‘Nuran’ ın M. G. ile ilişkisi var, bize yaramaz kızınızı götürün’ diye söylemekten ibaret eylemlerinin belli bir olay yükleyerek hakaret suçu oluşturduğu, oluştaya uygun biçimde dosyadaki kanıtlardan anlaşılmasına karşın, genel kastla işlenen bu suçta özel kastın varlığını aryan ve yasal olmayan gerekçeyle beraat kararı verilmesi yasaya aykırıdır”, 4.CD. 27. 05.2002, E. 7266_K. 9259, ÇETİN, s. 45.

⁶⁶² EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s. 1438.

cezayı mağdur memurun sıfatı ve derecesi göz önünde bulundurularak ağırdan hafife doğru üç kademedede belirlenmişti. Bu düzenleme memurları gruplara ayırmanın bir faydası olmadığı ve görevi nedeniyle hakaret ve sövmeye maruz kalan her memurun aynı şekilde himaye görmesi gerektiği gerekçesiyle eleştirilmişti⁶⁶³.

TCK' nın 125. maddesi 765 sayılı yasanın 266. maddesinden farklı olarak “memur” kavramı yerine “kamu görevlisi” kavramını tercih ederek hükmün uygulama alanını genişletmiştir. Bununla birlikte 765 sayılı yasa döneminde eleştirilen memurun derecesine göre cezanın artırılmasını öngören sistemden vazgeçmiş ve bütün kamu görevlileri için aynı miktar ceza öngörülmüştür. 765 sayılı yasanın 266. maddesinin 3. fıkrasında yer alan başbakana hakaret ve sövmenin cezası, birinci fıkrasında yer alan niteliksiz bir memura, örneğin, bir köy bekçisine, hakaret ve sövmenin üç katı olmasına karşın, TCK' nın 125. maddesi ile her iki kamu görevlisi için de aynı ceza öngörülmüştür⁶⁶⁴. Ancak 765 sayılı yasanın 266. maddesinde öngörülen memurun derecesi, hakimin iki sınır arasında cezayı belirlemesine yönelik takdir hakkını kullanmasında ölçüt olabilecektir⁶⁶⁵. Memur kavramı, 765 sayılı yasanın 279. maddesinde tanımlanmıştı. 279. maddedeki tanımın doğal sonucu olarak, “kamu görevi” yapan kişiler memur sayılmakta, “kamu hizmeti” yapan kişiler ise memur sayılmamaktaydı⁶⁶⁶. Bu itibarla yaptıkları iş “kamu hizmeti” kabul edilen kamu iktisadi teşebbüsleri personeli ile kamuda görevli yardımcı hizmetler sınıfında yer alan personel (odacı, kapıcı, şoför, kaloriferci gibi) ceza hukuku bağlamında memur sayılmamaktaydı⁶⁶⁷.

⁶⁶³ EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s. 1444.

⁶⁶⁴ ÇETİN, s. 27.

⁶⁶⁵ ARISOY, s. 179.

⁶⁶⁶ PARLAR, HATİPOĞLU, s. 21.

⁶⁶⁷ ÇETİN, s. 27.

Kamu görevlisinin tanımı, TCK’ nın “tanımlar” başlığıyla düzenlenen 6. maddesinin 1. fıkrasının c bendinde yapılmıştır. Buna göre, kamu görevlisi, “kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi”dir. Madde metninde kamu görevlisi kavramının sınırlarının oldukça geniş tutulduğu görülmektedir⁶⁶⁸. Madde gerekçesinde “memur” kavramının doğurduğu sakıncaların giderilmesi amacıyla, “memur” kavramını da kapsayan “kamu görevlisi” kavramının tercih edildiği açıklanmıştır. “Kamu görevlisi” kavramının tercih edilmesi, memur ve kamu hizmetlisi terimleri konusunda birlik sağlamış olması sebebiyle oldukça yerindedir. Bu itibarla, 765 sayılı yasa döneminde söz konusu olan tartışmalar son bulmuştur⁶⁶⁹.

TCK’ nın 6. maddesinde yer alan kamu görevlisi tanımına göre; kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegane ölçüt, kişinin gördüğü işin “kamusal faaliyet” olmasıdır⁶⁷⁰. TCK’ nın 6. maddesi gerekçesinde de belirtildiği üzere, kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Yine madde gerekçesine göre, bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddî karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu itibarla, madde gerekçesi doğrultusunda, avukat, noter, bilirkişi tercüman ve tanığın kamu görevlisi olduğu hususunda tereddüt bulunmamaktadır.

Anayasanın kamu hizmeti görevlileriyle ilgili olarak “Genel ilkeler” kenar başlıklı 128. maddesinin 1. fıkrası “Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları

⁶⁶⁸ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 236.

⁶⁶⁹ ÖZBEK, s. 269.

⁶⁷⁰ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 241; PARLAR, HATİPOĞLU, s. 21; TARHAN, s. 304.

kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür” şeklinde düzenlenmiştir. 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4. maddesi uyarınca, kamu hizmetleri; memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle görülmektedir. Bu hükümler çerçevesinde, 765 sayılı yasanın 279. maddesi uyarınca memur sayılmayan kamu iktisadi teşebbüsleri personeli, devlet hizmetlerinde sürekli olarak çalışan ve devletten maaş alan kimseler olduklarından, aynı zamanda yaptıkları iş kamu hizmeti olan odacı, şoför ve kaloriferci gibi personel de kamusal faaliyete katılan kimseler olduklarından TCK’ nın 6. maddesinin 1. fıkrasının c bendindeki tanıma göre kamu görevlisi sayıldıklarından, bu konumdaki personele görevlerinden dolayı hakaret ve sövme halinde de TCK’ nın 125. maddesinin 3. fıkrasının a bendi uygulanacaktır⁶⁷¹. Buna karşılık madde gerekçesinde de işaret edildiği üzere, kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerince üstlenilmesi durumunda, örneğin bir kamu kuruluşunun temizlik işlerinin ihale yoluyla bir özel hukuk kişisine verilmesi halinde, bu kişiler kamu görevlisi sayılamayacağı için, bu kimselere hakaret ve sövme halinde TCK’ nın 125. maddesinin 3. fıkrasının a bendinin uygulanması mümkün değildir⁶⁷². Sonuç olarak, denilebilir ki, hukuki durumuna, yaptığı görev ve işe bakılmaksızın, kamuda görev yapan herkes, “kamu görevlisi” kavramı kapsamındadır. Bu itibarla, TCK uyarınca cumhurbaşkanından kamu işçisine kadar herkesi kamu görevlisi saymak gerekmektedir⁶⁷³.

Hakaret ve sövme suçlarının kurul halinde çalışan kamu görevlilerine karşı görevlerinden dolayı işlenmesi halini de 125. maddenin 3. fıkrasının a bendi kapsamında incelemek gerekir. TCK’ nın 125. maddesinin 5. fıkrası “Kurul hâlinde

⁶⁷¹ ÇETİN, s. 27-28; TARHAN, s. 304.

⁶⁷² PARLAR, HATİPOĞLU, s. 21.

⁶⁷³ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 242.

alışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı hakaret ve sövme hâlinde suç, kurulu oluşturan üyelere karşı işlenmiş sayılır. Ancak bu durumda, zincirleme suça ilişkin hükümler uygulanır” şeklinde düzenlenmiştir. Bu hususun 125. maddenin 5. fıkrasında ayrıca düzenlenmiş olması, hakaret ve sövme suçlarının kurul halinde çalışan kamu görevlilerine karşı görevlerinden dolayı işlenmiş olması halinin, ayrı bir nitelikli hal teşkil ediyormuşçasına algılanmasına neden olabilir. Ancak, 125. maddenin 5. fıkrasının itimaya ilişkin bir hüküm ihtiva ettiği oldukça açıktır. Bu itibarla, hakaret ve sövme suçlarının, kurul halinde çalışan kamu görevlilerine karşı görevlerinden dolayı işlenmesi ayrı bir nitelikli hal teşkil etmemektedir. Hakaret ve sövme suçlarının, kurul halinde çalışan kamu görevlilerine karşı görevlerinden dolayı işlenmesi halinde, TCK’ nın 125. maddesinin 3. fıkrasının a bendi uygulanacak ve tayin edilecek cezanın alt sınırı 1 yıldan az olamayacaktır.

765 sayılı yasanın 268. maddesinde ve 483. maddesinin 2. fıkrasında resmi kurullara hakaret ve sövme halinde, suç kurula karşı işlenmiş kabul edilmekte ve faile tek bir ceza verilmekteydi. TCK’ nın 125. maddesinin 5. fıkrasında hakaret ve sövme suçlarının kurulu oluşturan kamu görevlilerine karşı görevinden dolayı işlenmesi halinde suçun kurulu oluşturan üyelere karşı işlendiği kabul edilmektedir. TCK’ nın 125. maddesinin 5. fıkrasının “Ancak bu durumda, zincirleme suça ilişkin hükümler uygulanır” şeklindeki ikinci cümlesi 5377 sayılı yasa ile eklenmiş olup madde gerekçesinde “...Kanun düzenlemesi bu yönde olmakla birlikte, 125. maddenin 5. fıkrası hükmünün kurul halinde çalışan kamu görevlilerine hakaret edilmesi halinde kurulu oluşturan kamu görevlisi sayısınca hakaret suçunun işlendiği şeklinde yanlış yorumlandığı gözlemlenmiştir. Bu yanlış anlaşılmayı gidermek amacıyla söz konusu fıkra metnine ‘ancak bu durumda, aynı neviden fikri içtima

hükümleri uygulanır.” şeklinde bir cümle eklenmiştir” biçiminde bir açıklamaya yer verilmiştir⁶⁷⁴.

Yukarıdaki madde gerekçesinde yer alan açıklamadan da anlaşılacağı üzere, kurul halinde çalışan kamu görevlilerine karşı görevlerinden dolayı hakaret ve sövme halinde, TCK’ nın 125. maddesinin 3. fıkrasının a bendi uyarınca tek bir ceza tayin edilecek ve bu ceza TCK’ nın 43. maddesinin 2. fıkrasının, 43. maddenin 1. fıkrasına yaptığı atıf dolayısıyla, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılacaktır.

Kurul, sözlükte, “Bir işi yapmak, yönetmek veya bir kurum ve kuruluşu temsil etmek için görevlendirilmiş kişilerden oluşmuş topluluk, heyet” olarak tanımlanmıştır⁶⁷⁵. Tek başına “kurul” ibaresi bir insan topluluğunu ifade eder. Ancak böyle bir insan topluluğunun kurul sayılabilmesi için, kendisini oluşturan kişilerden ayrı bir hukuki varlığa sahip olması gerekir. Bunun yanında, herhangi bir topluluğa kurul denilebilmesi için, kanunen oluşmuş olması gerekir⁶⁷⁶. Bir başka deyişle kurul, bir kanuna dayanarak bir araya gelen, görev, yetki ve kuruluşu belli olan ve bir kamu görevi ifa eden veya böyle bir göreve kamu hukuku usulüne göre katılan belirli sayıdaki insan topluluğudur⁶⁷⁷.

765 sayılı yasanın 483. maddesinde kurul kavramı, adli, siyasi, idari ve askeri kurul olarak tek tek sayılmak suretiyle belirlenmişti. TCK’ nın 125. maddesinin 5. fıkrası ile “kurul” kavramının kapsamı genişletilmiştir. Bu itibarla, disiplin kurulları, adalet komisyonu gibi oluşumlar da kurul kapsamına girecektir⁶⁷⁸. 125. maddenin 5.

⁶⁷⁴ TARHAN, s. 318.

⁶⁷⁵ <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, Erişim Tarihi, 29.10.1010.

⁶⁷⁶ ERMAN, s. 41.

⁶⁷⁷ ÇETİN, s. 33

⁶⁷⁸ ÖZBEK, s. 259.

fikrasıyla, ilk olarak kurul halinde çalışan kamu görevlilerinin mesleki onur, şeref ve saygınlığı korunmakla birlikte, ikinci olarak da kurulun saygınlığı korunmaktadır⁶⁷⁹.

TCK' nın 125. maddesinin 5. fıkrası uyarınca kurulun kamu görevlilerinden oluşması gerekmektedir. Kurul halinde çalışan, fakat kamu görevlisi olmayan kişilere yürüttükleri faaliyetten dolayı hakaret ve sövme halinde, 125. maddenin 5. fıkrası uygulanmayacak, koşulları olduğu takdirde 125. maddenin 1. fıkrası uygulanacaktır⁶⁸⁰. Bu itibarla, kurulun niteliğinin saptanmasında yegane ölçüt, kurul halinde çalışan kamu görevlilerinden oluşup oluşmadığıdır⁶⁸¹.

125. maddenin 5. fıkrasının ilk bakışta, kamu kurum ve kuruluşları nezdinde oluşturulan kurullara dışarıdan ve geçici olarak katılan sivil toplum örgütlerinin temsilcilerinin hukuki korumadan yararlanamayacağı şeklinde yorumlanabileceği, ancak bu yaklaşımın, 125. maddenin 5. fıkrasının amacına uygun düşmeyeceği ve kamu görevlisi tanımı yapan TCK' nın 6. maddesinin 1. fıkrasının c bendini geniş yorumlamak yoluyla kanunun değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bu itibarla, kamusal faaliyetin yürütülmesine herhangi bir surette geçici olarak katılan kişilerin de “kamu görevlisi” sayılacağı ve kamu kurum ve kuruluşlarının davetiyle kurul çalışmalarına katılan her bireyin o an için “kamu görevlisi” sıfatı taşıdığı kabulü gerektiği ileri sürülmüştür⁶⁸².

125. maddenin 5. fıkrasının uygulanabilmesi için yukarıda değinildiği üzere kurulun kamu görevlilerinden oluşması ve hakaret ve sövmenin bu görevlilere karşı görevlerinden dolayı yapılmış olması gerekir⁶⁸³. Kurul halinde çalışmakla birlikte, kurulu oluşturan kamu görevlilerinden birisine kurul çalışmalarından dolayı değil,

⁶⁷⁹ ŞEN, s. 547.

⁶⁸⁰ ŞEN, s. 545.

⁶⁸¹ TARHAN, s. 319.

⁶⁸² ŞEN, s. 546.

⁶⁸³ ÇETİN, s. 33.

fakat taşıdığı sıfat veya genel anlamda ifa ettiği kamu görevi nedeniyle hakaret ve sövme halinde, bu durumda kurulu oluşturan her bir üyeye karşı suç işlenmiş sayılmayacak, 125. maddenin 3. fıkrasının a bendinin uygulanması gündeme gelecektir⁶⁸⁴.

“Kamu görevlisi” ve “kamu görevlilerinden oluşan kurul” kavramları 765 sayılı yasa ile TCK karşılaştırılarak incelendikten sonra, TCK’ nın 125. maddesinin 3. fıkrasının a bendinde öngörülen “kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret ve sövme” nitelikli hali incelenmeye devam edilecektir.

Yukarıda değinildiği üzere 765 sayılı yasanın 266. maddesinde düzenlenen memura hakaret ve sövmenin oluşabilmesi için suçun, memurun huzurunda işlenmesi gerekmektedir. Bu suçlar mağdurun gıyabında işlendiği takdirde 765 sayılı yasanın genel hakaret ve sövme suçlarını düzenleyen 480 ve 482. maddesi uygulanmakta, verilen ceza, 273. madde uyarınca artırılmaktaydı. TCK’ nın 125. maddesinin 3. fıkrasının a bendinde, hakaret ve sövme suçlarının mağdur kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenmiş olması arandığından, suçun kamu görevlisinin huzurunda veya gıyabında işlenmesinin herhangi bir önemi bulunmamaktadır⁶⁸⁵.

TCK’ nın 125.maddesinin 3. fıkrasının a bendinde öngörülen nitelikli halin uygulanabilmesi için hakaret ve sövme suçlarının kamu görevlisine karşı “görevinden dolayı” işlenmiş olmaları; kamu görevlisinin yerine getirdiği görev ile

⁶⁸⁴ ŞEN, s. 546; “Sanığın, ağır ceza mahkemesinde yargılanmakta iken duruşma bitiminde hükmü okuyan bakanı hedef alarak ‘senin cübben hariç ananı avradını’ sözleriyle yaptığı hakaretin çoğul kelime kullanılmamış olması nedeniyle kurula yönelik olmadığı gözetilmeden TCY’ in 125/3. (a), 125/4 madde ve fıkraları uygulanması yerine hakaretin ne surette kurula yapıldığı da açıklanmadan, aynı maddenin 5. fıkrası ile artırım yapılması yasaya aykırıdır”, 4. CD. 07.02.2007, E. 7690_K. 1248, PARLAR, HATİPOĞLU, s. 136.

⁶⁸⁵ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 460; YENİDÜNYA, ALŞAHİN, s. 72.

işlenen hakaret ve sövme suçları arasında nedensellik bağı bulunması gerekir⁶⁸⁶. 125. maddenin 3. fıkrasının a bendinde öngörülen nitelikli hal, görevle ilgili olmayan, görev sırasındaki hakaret ve sövmeleri kapsamamaktadır. 765 sayılı yasanın 267. maddesinde görev sırasındaki hakaret ve sövme için ayrı bir düzenleme öngörülmüştü, ancak, TCK, görev sırasındaki hakaret ve sövmeye ilişkin olarak ayrı bir düzenleme öngörmemiştir. Bu itibarla görev sırasında ancak görevle ilgili olmayan hakaret ve sövmeye ilişkin olarak TCK’ nın 125. maddesinin 1. fıkrası uygulanacaktır ve kovuşturulması kamu görevlisinin şikayetine bağlı olacaktır⁶⁸⁷. Kamu görevlisine sadece sözle hakaret ve sövme değil, örneğin, yakasından

⁶⁸⁶ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 236; ÖZBEK, s. 269; ŞEN, s. 543; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 460; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 120; “Sanık avukatın keşif sırasında düzen bozucu davranışlarda bulunması üzerine; kendisini uyararak yargıca söylediği, ‘canım, sen bu keşfi yapmak zorundasın, sen daha kendini nereye şikayet edeceğine bilmiyorsun, parayı aldın, keşfi yapmıyorsun’ sözlerinin anlamlarının kullanılış ve yönelik biçimi gözetildiğinde katilani küçük düşürücü nitelikte bulunduğu, 765 sayılı TCY’ in 266/3 (5237 sayılı TCY’ in 125/3-a) maddesindeki suç oluşturduğu gözetilmeden, yasal yerinde olmayan gerekçeyle beraat kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir”, 4. CD. 19.06.2006, E. 783_K. 12539, ÇETİN, s. 39; “Belediye meclis üyesi olan sanığın meclis toplantısı sırasında başkana hitaben katilani kast ederek ‘edep ve terbiyesini bildir’ biçimindeki sözlerin katilani küçük düşürücü nitelikte olduğu, bu sözlerle muhatabın edep ve terbiyeden yoksun olduğunun vurgulandığı ve eylemin görevliye sövme suçunu oluşturduğu gözetilmeden yasal olmayan gerekçeyle beraatına karar verilmesi”, 4. CD. 19.06.2006, E. 4980_K. 12542, PARLAR, HATİPOĞLU, s. 188; “Sanığın iş mahkemesindeki davasının reddedilmesinden sonra hakim olan mağdurun odasına giderek görüştüğü ve mağdurun kararının yasa gereği olduğunu söylemesi üzerine ‘böyle adaletin anasını avradını ... ’ biçimde söylediği sözlerin mağdurun görevi nedeniyle sövme suçunu oluşturacağı gözetilmeden yetersiz gerekçeyle beraat kararı verilmesi, yasaya aykırıdır”, 4. CD. 05.06.2006, E. 18531_K. 11905, TARHAN, s. 520.

⁶⁸⁷ ÇETİN, s. 28; ŞEN, s. 543; “Katilani görevinden dolayı sövmediği kabul edilen sanığın eyleminin, 5237 sayılı TCY’ in 125/1. maddesinde öngörülen soruşturma ve kovuşturulması şikayete bağlı hakaret suçunu oluşturması karşısında, 5271 sayılı CYY’ in 5560 sayılı yasa ile değişik 253, 254 ve 231. maddelerinin uygulama olanağının tartışılması zorunluluğu bozmayı gerektirmiştir”, 4. CD. 02.05.2007, E. 2912_K. 4171, ÇETİN, s. 112; “Alkollü olan sanığın polis karakolunun önünden araç ile geçtiği sırada camı açarak mağdur polisler için yönelik olarak sinkaflı sözlerle sövmesinden ibaret olan eyleminin, görevden dolayı olmayıp, görev sırasında gerçekleştiğinin anlaşılması karşısında, eylemin 5237 sayılı TCY’ in 125/1. madde ve fıkrasına uyacağı ve mağdurların yakınmalarını geri aldığı gözetilerek düşme kararı verilmesi gerekirken 765 sayılı TCY’ in 266/1. maddesi uyarınca hükümlülük kararı verilmesi”, 4. CD. 25.09.2007, E. 3414_K. 7327, PARLAR, HATİPOĞLU, s. 109; “Sanıkların avukat olan katilani sövme suçunu, 1136 sayılı yasanın 57. maddesinde öngörülen biçimde, onun görevi sırasında ya da görevinden dolayı değil, vekalet ücretiyle ilgili olarak işlediklerinden eylemin TCY’ in 482. maddesine uyduğu gözetilmeden, aynı yasanın 233/3. maddesiyle hükümlülük kararı verilmesi yasaya aykırıdır”, 4. CD. 06.07.2004, E. 9956_K. 8530, TARHAN, s. 513.

tutmak⁶⁸⁸, gömlek düğmelerini ve apoletlerini koparmak⁶⁸⁹, saçını ve hırkasını çekerek düğmesini koparmak⁶⁹⁰, ceza makbuzunu yırtarak yüzüne fırlatmak⁶⁹¹ gibi fiillerin de, içinde bulunulan koşullar ve somut olayın özellikleri itibariyle hakaret ve sövme olarak değerlendirilebilen davranış biçimleri olduğu gözetilmelidir⁶⁹².

Hakaret ve sövme suçlarının görevden dolayı işlenmesi yeterli olup, ayrıca görev sırasında işlenmiş olması gibi bir koşul aranmadığından kamu görevlisinin görevinden ayrılmasından sonra işlenen hakaret ve sövme suçlarında da 125. maddenin 3. fıkrasının a bendinde öngörülen nitelikli hal uygulanacaktır⁶⁹³.

765 sayılı yasanın 272. maddesinde memura görev sınırını aşması, görevini kötüye kullanması, keyfi davranışlarda bulunması gibi sebeplerle hakaret ve sövme halinde maddede öngörülen cezanın belirli oranda indirileceği ya da büsbütün kaldırılacağı öngörülmüştü. 765 sayılı yasadaki bu özel haksız tahrik hükmüne TCK’ da yer verilmemiştir. Ancak yukarıda sayılan hallerde failin kamu görevlisine hakaret etmesi ve sövmesi hali, TCK’ nın 129. maddesinin 1. fıkrası uyarınca haksız bir fiile tepki kapsamında değerlendirilebilecektir⁶⁹⁴.

2. Suçun Kişinin Dini, Siyasi, Sosyal, Felsefi İnanç, Düşünce ve Kanaatlerini Açıklamasından, Değiştirmesinden, Yaymaya Çalışmasından, Mensup Olduğu Dinin Emir ve Yasaklarına Uygun Davranmasından Dolayı İşlenmesi

Hakaret ve sövme suçlarının; kişinin dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından,

⁶⁸⁸ 4. CD. 07.02.2006, E. 2067_K. 1935, ÇETİN, s. 41.

⁶⁸⁹ 4. CD. 04.02.2000, E. 10196_K. 425, ÇETİN, s. 45.

⁶⁹⁰ 4. CD. 26.11.2007, E. 5625_K. 9877, PARLAR, HATİPOĞLU, s. 89.

⁶⁹¹ 4. CD. 28.02.2006, E. 4532_K. 4988, PARLAR, HATİPOĞLU, s. 171.

⁶⁹² TARHAN, s. 305.

⁶⁹³ ŞEN, s. 544; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 460.

⁶⁹⁴ TARHAN, s. 306; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 460.

mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı işlenmesi hali TCK’ nın 125. maddesinin 3. fıkrasının b bendinde nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Bu durumda tayin edilecek cezanın alt sınırı 1 yıldan az olamayacaktır.

125. maddenin 3. fıkrasının b bendinde öngörülen bu nitelikli halin karşılığı 765 sayılı yasanın 175. maddesinin 3. fıkrasında “din hürriyetine karşı suçlar” bağımsız başlığı altında düzenlenmişti. 765 sayılı yasanın 175. maddesinin 3. fıkrası “Allah'a veya dinlerden veya bu dinlerin peygamberlerinden veya kutsal kitaplarından veya mezheplerinden birine hakaret eden veya bir kimseyi dini inançlarından veya mensup olduğu dinin emirlerini yerine getirmesinden veya yasaklarından kaçınmasından dolayı kınayan veya tezyif veya tahkir eden veya alaya alan kimseye... ceza verilir” şeklinde düzenlenmişti. 765 sayılı yasa döneminde 175. madde, din ve mezheplerin “suçun hukuki konusu” olamayacağı, devletin dini savunma görevi bulunmadığı gerekçeleriyle eleştirilmişti. Ancak, 175. madde din ve mezhepleri korumamakta, kişilerin “dini duygularını” koruma amacına hizmet etmekteydi⁶⁹⁵.

765 sayılı yasanın 175. maddesinin 3. fıkrası “din hürriyetine karşı suçlar” başlığı altında düzenlenmişti. 765 sayılı yasanın 175. maddesinin 3. fıkrasının birinci kısmında yer alan “kutsal varlıklara hakaret suçu.” TCK’ nın 125. maddesinin 3. fıkrasının c bendinde, 175. maddesinin 3. fıkrasının ikinci kısmında yer alan “kişiyi dini inançlarından dolayı tahkir ve tezyif suçu” 125. maddenin 3. fıkrasının b bendinde hakaret ve sövme suçlarının nitelikli hali olarak düzenlenmiştir. TCK’ nın sistematüğinde “din hürriyetine karşı suçlar” a yer verilmemiştir. Kanun koyucunun bu tercihi doktrinde farklı görüşlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. 175.

⁶⁹⁵ EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s. 1161.

maddenin sadece “din ve ibadet özgürlüğü” nü koruma altına aldığı, TCK’ nın 125. maddesinin 3. fıkrasının b bendinin ise, “din ve ibadet özgürlüğü” yanında, “siyasi, sosyal, felsefi inanç özgürlüğü” nü de koruma altına aldığını iddia eden yazarlar⁶⁹⁶ yanında, 125. maddenin 3. fıkrasının b bendi ile 765 sayılı yasanın 175. maddesinde belirlenen kapsamın genişletilerek düşünce özgürlüğü lehine bir düzenleme yapıldığını iddia eden yazarlar⁶⁹⁷ da bulunmaktadır. Bunun yanında, 125. maddenin 3. fıkrasının b ve c bentleri ile TCK’ nın 115. (inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme) ve 153. (ibadethane ve mezarlıklara zarar verme) maddeleri birlikte incelendiğinde, kanunun bireysel anlamda din ve vicdan özgürlüğünü ve malvarlığı itibariyle dini değerleri korumayı amaçladığını iddia eden yazarlar⁶⁹⁸ da bulunmaktadır. Ancak bu düzenlemenin, düşünce özgürlüğü lehine bir düzenleme olduğu düşüncesine, ya da TCK’ nın bireysel anlamda din ve vicdan özgürlüğünü korumayı amaçladığı görüşüne veya “din ve ibadet özgürlüğü” yanında, “siyasi, sosyal, felsefi inanç özgürlüğü” nü de koruma altına aldığı iddiasına katılmak mümkün değildir. Çünkü, TCK, bu düzenlemeyle Anayasa ve AİHS ile teminat altına alınmış hukuki menfaat silsilesine uymayarak kimi değerleri yok saymıştır. Kanun koyucu, din ve vicdan özgürlüğünün, niteliği bakımından, mutlak bir insan hakkı olduğunu görmezden gelerek, inandırıcı bir neden göstermeksizin, bu değerlere karşı suçları başka suçlar arasına sıkıştırmayı ya da 125. maddenin 3. fıkrasında görüldüğü üzere hakaret ve sövme suçlarının nitelikli hali olarak düzenlemeyi tercih etmiştir. Başka bir ifadeyle din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin değerler buharlaştırılmıştır. Yani kanun koyucu, bu tercihi ile din ve vicdan

⁶⁹⁶ SOYASLAN, s. 264-265; TEZCAN, ERDEM. ÖNOK, s. 460.

⁶⁹⁷ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 242; ÖZBEK, s. 270; ŞEN, s. 544; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 461.

⁶⁹⁸ ŞEN, s. 544.

özgürlüğünü, kişinin şahsına sıkı sıkıya bağlı, herkes için ortak olan “şeref” hukuki değeri gibi bizzat kişinin bir niteliği, kişilerin ortak bir değeri saymıştır. Ancak kişiler bakımından tek ortak değer “şeref” hukuki değeridir. Din, inanç gibi çeşitlilik gösteren değerlerin, herkes bakımından ortak bir değer olduğu kabul edilemez. Kaldı ki, din, Türk hukuk düzeninde kişinin bir niteliği değildir. Din, Anayasada ve Anayasanın 90. maddesi gereği Anayasanın bir parçası olan AİHS’ de ya da Medeni Kanunda da kişinin bir niteliği değildir. Şerefe karşı suçlarda cezai himayenin konusu şereftir. Bu itibarla, TCK’ nın, şerefe karşı suçlarda, kişiyi korumaktan ziyade din ve inancı korumayı hedeflediğini söylemek yanlış olmaz. Kanun koyucunun bu düzenlemesi, Anayasanın 2. maddesi ile teminat altına alınmış laik hukuk devleti ilkesine ve 10. maddesiyle teminat altına aldığı eşitlik ilkesine açık biçimde aykırılık teşkil etmektedir⁶⁹⁹. Kanun koyucunun cürüm-kabahat ayrımını kaldırma konusunda olduğu gibi, birçok düzenleme bakımından Alman hukuk sisteminden esinlendiği bilinmektedir⁷⁰⁰. Ancak “din ve vicdan özgürlüğüne” ilişkin ihlaller Alman Ceza Kanununun on birinci bölümünde “din ve dünya görüşü ile ilgili suçlar” ismi altında bağımsız bir başlık altında 166. vd. maddelerinde düzenlenmiştir⁷⁰¹. Bu durumda birçok düzenleme bakımından Alman hukuk sisteminden esinlenen kanun koyucunun, Alman hukuk sisteminde “din hürriyetine karşı suçların” bağımsız başlık altında düzenlenmiş olduğunu, “kişilere karşı suçlar” içinde eritilmeyerek eşitlik ilkesinin ihlal edilmediğini görmezden gelmiş olması, yapmış olduğu düzenlemenin anlaşılmasını oldukça zorlaştırmıştır⁷⁰². Gerçekten

⁶⁹⁹ HAFIZOĞULLARI, Zeki, “Türk Ceza Kanununun Suçları Tasnifi”, <http://www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/makale.htm>, Erişim Tarihi, 31.05.2010.

⁷⁰⁰ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 220.

⁷⁰¹ YENİSEY, Feridun, PLAGEMANN, Gottfried, Alman Ceza Kanunu, Beta Yayınevi, İstanbul 2009, s. 235.

⁷⁰² HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 220.

“din ve vicdan özgürlüğünün” cezai himayenin konusu yapılmamış olması, din ve vicdan özgürlüğünü ihlal eden davranışların parçalara bölünerek Kanunun İkinci Kitabında “Kişiyeye Karşı Suçlar” başlığı altında, bir kısmının Yedinci Bölümde “Hürriyete Karşı Suçlar”, bir kısmının Sekizinci Bölümde “Şerefe Karşı Suçlar” ve diğer bir kısmının Onuncu Bölümde “Malvarlığına Karşı Suçlar” kategorisi içinde düzenlenmiş olmasını anlamlandırmak oldukça güç görünmektedir, Dinin kişinin bir niteliği olmadığı gerçeği karşısında, din ve vicdan özgürlüğüne karşı ihlallerin “Kişilere Karşı Suçlar” arasında düzenlenmiş olmasını laik bir toplum ve devlet hukuk düzeni bakımından kabul etmek mümkün değildir. Böyle bir düzenlemenin teokratik toplum ve devlet düzenlerinde karşılaşılabilecek bir düzenleme olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır⁷⁰³.

Doktrinde 125. maddenin 3. fıkrasının b ve c bentlerinin din felsefesi ve inanç pratiği bağlamında tek bent halinde düzenlenmesinin daha doğru bir yaklaşım olacağı ileri sürülmüştür⁷⁰⁴. Ayrıca, “felsefi inanç” ifadesi doğru bir tabir değildir. Bir şeyin inanç ise felsefe olarak, felsefe ise inanç olarak kabulü mümkün değildir. Bu itibarla, “felsefi inanç”tan değil, ancak “felsefi kanaat”ten söz edilebilir⁷⁰⁵. Bunun yanında hakaret ve sövmenin, kişinin mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranması nedeniyle işlenmesinin nitelikli hal olarak kabul edilmesine karşın, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına aykırı davranması nedeniyle işlenmesinin nitelikli hal olarak kabul edilmemesi düşünce ve kanaatleri bakımından inananlar arasında fark yaratmaktadır⁷⁰⁶.

⁷⁰³ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 221.

⁷⁰⁴ TARHAN, s. 307.

⁷⁰⁵ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 237.

⁷⁰⁶ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 236; TARHAN, s. 308; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 461.

Dinin toplum hayatına egemen olduğu dönemlerde, dine yönelik hakaret ve sövme en ağır biçimde cezalandırılmaktaydı. Ancak, devlet hayatının laikleşmesi ile birlikte bu suçlar birçok devlet yasasından çıkartılmış, kimilerinde ise kamu düzeni endişesiyle korunmuştur. Avrupa ülkelerinin birçoğunda dine karşı hakaret ve sövme sebebiyle kovuşturmalar, geçmişteki dini takibatların kalıntısı olarak değerlendirilmektedir. AİHM, dine karşı yapılan hakaret ve sövmeyi cezalandırma zorunluluğu öngörmemiştir. İngiltere’ de sadece Hristiyanlık dinine karşı yapılan hakaret ve sövmeyi cezalandıran bir hükmün bulunması, buna karşın diğer dinlere yönelik olarak aynı korumanın öngörülmemiş olması sebebiyle yapılan başvuruda, Mahkeme, sözleşmenin 9. maddesinin ve ayrımcılık yasağı içeren 14. maddesinin ihlal edilmediğı sonucuna varmıştır. Bu itibarla, mahkeme herhangi bir dini inancı koruma yükümlülüğü bulunmayan devlete, belli bir dine “doğal olarak ülkede hakim durumdaki din” e yönelik hakaret ve sövmeyi cezalandırma konusunda serbesti tanımıştır. Mahkemeye göre, din özgürlüğü belli bir dine veya mezhebe eleştirilerden korunmak konusunda özel bir hak vermez. Buna karşın, dine karşı yapılan saldırıların, din özgürlüğünü tehlikeye sokacak ve inananlarda infial uyandıracak düzeye ulaşması halinde cezalandırılması mümkündür. Dine yönelik hakaret ve sövmenin kişilerde infial uyandıracak nitelikte olması halinde cezalandırılması gerektiğı hususunda sözleşmecı devletler arasında bir uygulama ve görüş birliğı bulunmamaktadır. Bu itibarla, mahkeme devletlerin dine yönelik hakaret ve sövmenin cezalandırılması hususunda takdir haklarının bulunduğunu kabul etmiştir⁷⁰⁷.

⁷⁰⁷ ÖKTEM, Emre, BATUR, Melike, “Karikatür Krizi ve AİHM Önünde Dine Hakaret Olgusu”, Güncel Hukuk Dergisi, Mart 2006, S. 3, s. 35.

AIHS' in 9. maddesinin 1. fıkrası herkese, düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahip olma hakkını tanımaktadır. Bu hak mutlak olup hiçbir sınırlamaya tabi tutulamaz. AIHS' in 9. maddesi bireyin iç dünyasının dokunulmazlığını teminat altına almaktadır⁷⁰⁸. Din ve inanç özgürlüğü, bireyin istediği din ve inancı benimseme, dini inanca sahip olmama ve dinlere karşı ilgisiz olmayı kapsar. Bu kural, din ve inancı değiştirmek ve açığa vurmak, dini ibadetleri yerine getirmek ve getirmemek özgürlüklerini de içerir⁷⁰⁹. AIHM' ye göre, 9. maddede korunan şekliyle düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, Sözleşmedeki anlamda demokratik toplumun temel taşlarından biridir. Mahkemeye göre, “Dinsel boyutu bakımından bu özgürlük müminlerin kimliği ve hayat görüşlerine dair en asal unsurlar arasında yer aldığı gibi tanrıtanımazlar, egnostikler, şüpheçiler ya da kayıtsızlar için de değerli bir kazanımdır. Burada söz konusu olan husus demokratik toplumun yüzyıllar süren savaşımları sonu güçlüklerle sağladığı-ayrılmaz varlık koşulu olan çoğulculuktur.”⁷¹⁰.

3. Suçun Kişinin Mensup Bulunduğu Dine Göre Kutsal Sayılan Değerlerden Bahisle İşlenmesi

Kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle hakaret ve sövme, TCK' nın 125. maddesinin 3. fıkrasının c bendinde nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bu durumda, TCK' nın 125. maddesinin 1. fıkrasında hakaret ve sövme için öngörülen cezanın alt sınırı 1 yıldan az olamayacaktır. Bu düzenleme de din ve vicdan özgürlüğünün cezai himayenin konusu yapılmamış olmasının sonucudur⁷¹¹.

⁷⁰⁸ GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, s. 346.

⁷⁰⁹ KABOĞLU, s. 367.

⁷¹⁰ GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, s. 346.

⁷¹¹ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 237.

TCK’ nın 125. maddesinin 3. fıkrasının c bendinde öngörülen bu nitelikli hal, 765 sayılı yasanın 175. maddesinin 3. fıkrasında “Allah'a veya dinlerden veya bu dinlerin peygamberlerinden veya kutsal kitaplarından veya mezheplerinden birine hakaret eden kimseye ... ceza verilir” şeklinde düzenlenmişti.

TCK’ nın 125. maddesinin 3. fıkrasının c bendinde öngörülen bu nitelikli hal, ancak belirli bir kişiye yönelik olarak kutsal sayılan değerlere hakaret ve sövme halinde uygulanacaktır. Bu itibarla, belirli bir kişi muhatap alınmaksızın, bir dine veya dine göre kutsal sayılan değerlere yönelik hakaret ve sövme fiillerini 125. maddenin 3. fıkrasının c bendi kapsamında değerlendirmek mümkün olmayacaktır⁷¹².

“Kişinin mensup olduğu dine göre kutsal sayılan değerler” hükmünün kapsamının ve sınırlarının belirsiz olması sebebiyle, hükmün ancak daraltılmak suretiyle yorumlanabilir⁷¹³. Dince kutsal sayılan değerler, bir dinin tanrısı, peygamberi, kutsal kitabı, kutsal kişileri ve benzerleridir⁷¹⁴. Yukarıda da değinildiği üzere, fail hakaret ve sövmeyi muhatap dinine veya o dinin kutsal değerlerine karşı değil, bu değerleri araç olarak kullanarak muhatabına karşı gerçekleştirmelidir. Örneğin, fail, bir Hristiyanın önemli bir bayramı olan Noel’ i konu ederek muhataba hakaret etmesi veya sövmesi halinde 125. maddenin 3. fıkrasının c bendinde öngörülen nitelikli hal uygulanacaktır⁷¹⁵.

765 sayılı yasa döneminde söz konusu hüküm bakımından içtihatlarda istikrar sağlanamamış, Yargıtay’ ın kimi kararlarında özel kast aranırken, kimi kararlarında

⁷¹² ŞEN, s. 544; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 461; YURTCAN, s. 18.

⁷¹³ HAFIZOĞULLARI, s. 237.

⁷¹⁴ ÇETİN, s. 30.

⁷¹⁵ YURTCAN, s. 18.

ise genel kast yeterli görülmüştü⁷¹⁶. Buna karşın 125. maddenin 3. fıkrasının c bendinin uygulanması bakımından genel kastın varlığı yeterlidir⁷¹⁷.

4. Suçun Alenen İşlenmesi

TCK' nın 125. maddesinin 4. fıkrasında hakaret ve sövme suçlarının alenen işlenmesi nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Bu hükme göre; “hakaretin alenen işlenmesi halinde ceza altıda bir oranında artırılır.” Bu durumda 125. maddenin 1 ve 3. fıkraları uyarınca tayin edilecek cezalar 4. fıkra uyarınca altıda bir oranında artırılabacaktır.

Aleniyetin nitelikli hal olarak kabul edilmesinin sebebini, aleniyet halinde, mağdurun, hakaretin az sayıda kişi önünde gerçekleşmesine oranla, daha fazla rencide olacağı düşüncesi teşkil etmektedir⁷¹⁸.

765 sayılı yasa döneminde aleniyet, yalnızca huzurda işlenen hakaret ve sövme suçları bakımından nitelikli hal olarak kabul edilmişti. TCK ise aleniyeti hem huzurda hem de gıyapta gerçekleşen hakaret ve sövme bakımından nitelikli hal olarak kabul etmiştir⁷¹⁹.

Sözlükte “aleni” ibaresi “ Açık, ortada, meydanda, herkesin içinde yapılan” şeklinde, “aleniyet” ise “açıklık” şeklinde tanımlanmıştır⁷²⁰.

TCK' da aleniyetin tanımı yer almamaktadır. Ancak ceza kanunlarında aleniyetin, birçok suç bakımından bazen unsur bazen de cezayı artıran nitelikli bir hal olarak yer alması, bu kavramın kanun tarafından tanımlanması gerektiğini ortaya koymaktadır⁷²¹.

⁷¹⁶ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 243; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 461-462.

⁷¹⁷ ÇETİN, s. 30; PARLAR, HATİPOĞLU, s. 24; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 462.

⁷¹⁸ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 243; SOYASLAN, s. 265; TARHAN, s. 309.

⁷¹⁹ ÖZBEK, s. 270; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 462.

⁷²⁰ <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, Erişim Tarihi, 29.10.2010.

⁷²¹ YENİDÜNYA, ALŞAHİN, s. 74.

765 sayılı yasanın 153. maddesinin 4. fıkrasında TCK' nın aksine aleniyetin tanımı yapılmıştı⁷²². 765 sayılı yasanın 153. maddesinin 4. fıkrasında, “1. Matbuat vasıtası ile veya her hangi bir propaganda vasıtası ile; 2. Umumi veya umuma açık bir mahalde ve birden ziyade kimseler huzurunda; 3. Toplanılan mahal veya içtimaa iştirak edenlerin adedi veya toplantının mevzuu ve gayesi itibarı ile hususi mahiyeti haiz olmayan bir içtimada işlenmiş olursa Ceza Kanununun tatbikinde aleni olarak işlenmiş sayılır” şeklinde açıklama yapılarak aleniyet bakımından ölçütler belirlenmişti.

765 sayılı yasanın 153. maddesinin 4. fıkrasında aleniyet için belirlenen ölçütlerin 153. maddeye mahsus kalmak suretiyle mi uygulanacağı yoksa Ceza Kanununda düzenlenen bütün suçlar bakımından mı uygulanması gerektiği hususu doktrinde tartışmalara neden olmuştu. Doktrinde söz konusu hükümle belirlenen ölçütlerin Ceza Kanununda yer alan tüm suçlar bakımından uygulanması gerektiği ileri sürülmüştü. Ancak Yargıtay, söz konusu hükümle belirlenen ölçütlerin 153. madde bakımından uygulanabileceğine, diğer maddelerdeki aleniyetin genel ilkelere göre belirlenmesi gerektiğine karar vermişti⁷²³.

Aleniyetin ne anlama geldiği konusunda doktrinde çeşitli fikirler ileri sürülmüştür. Belirtmek gerekir ki, aleniyet, fiilin açıkça hakaret içerip içermediği ile bağlantılı değildir⁷²⁴.

ERMAN, aleniyeti, kalabalık sayıda kimselerin fiili öğrenmelerini mümkün kılabilen herhangi bir vasıta ile hakaret ve sövme suçlarının işlenmesi, olarak tanımlamıştır⁷²⁵.

⁷²² ARIKAN, Baha, “Hakaret Suçlarında İhtilat ve Aleniyet, Ankara Barosu Dergisi, Y. 1954, s. 3-4.

⁷²³ ARIKAN, s. 4.

⁷²⁴ ŞEN, s. 545.

⁷²⁵ ERMAN, s. 207.

EREM ‘ e göre, suçun, çok sayıda kimselerin hakaret ve sövmeyi öğrenmelerini sağlayacak şartlar altında işlenmesi halinde, suçun alenen işlendiğini kabul etmek gerekir⁷²⁶.

DÖNMEZER’ e göre hakaret ve sövmenin kendisine saldırıda bulunulan kişi ile birlikte en az üç kişinin huzurunda işlendiği takdirde aleniyetin varlığını kabul etmek gerekir. Bunun yanında fiilin genel veya kamuya açık yerlerde işlenmesi halinde aleniyetin varlığı söz konusudur⁷²⁷.

ÖNDER’ e göre hakaret ve sövmenin belirli olmayan ve birden çok kişi tarafından algılanabilme imkanının olması halinde aleniyetin varlığını kabul etmek gerekir. Suçun işlendiği yerin aleniyetin belirlenmesinde bir önemi bulunmamaktadır⁷²⁸.

Aleniyet kavramı hakaret ve sövme suçlarının işleniş şekline, yerine ve birçok kişi tarafından öğrenilebilir bulunmasına ilişkin bir husustur⁷²⁹. Aleniyet, belirsiz sayıdaki kişilerin hakaret ve sövme oluşturan sözleri duymalarına olanak sağlayan herhangi bir araç kullanılmak suretiyle hakaret ve sövme suçlarını işlenmesini ifade eder⁷³⁰. Bu durumda failin hakaret ve sövme oluşturan sözlerin duyulması olanağını yaratmış olması yeterlidir, söylenen sözlerin fiilen duyulmuş olup olmaması, bu nitelikli halin uygulanması bakımından önem taşımaz⁷³¹.

Aleniyeti fiilin umumi veya umuma açık yerlerde işlenmiş olması şartıyla sınırlandırmak doğru olmaz. Bu itibarla, fiilin umumi yerlerde işlenmiş olması

⁷²⁶ EREM, Hakaret ve Sövme, s. 48.

⁷²⁷ DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 310.

⁷²⁸ ÖNDER, s. 276.

⁷²⁹ ŞEN, s. 544.

⁷³⁰ ERMAN, s. 207.

⁷³¹ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 243; ERMAN, s. 208; HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 225; ÖZBEK, s. 270; SOYASLAN, s. 265; ŞEN, s. 545; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 462; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 121; YENİDÜNYA, ALŞAHİN, s. 75.

gerekmez⁷³². Ancak suçun, umumi veya umuma açık yerlerde işlenmesi halinde, Yargıtay uygulamasında da kabul edildiği üzere, aleniyetin öncelikle gerçekleştiğini kabul etmek gerekir. Yargıtay, kararlarında, fiilin, umuma açık yol⁷³³, yol kenarındaki avlu⁷³⁴, patika⁷³⁵, tarla⁷³⁶, etrafı açık evin damı⁷³⁷, doktor muayenehanesinin bekleme salonu⁷³⁸ gibi yerlerde işlenmesi halinde aleniyetin varlığına hükmetmiştir. Buna karşılık, fiilin, ticari taksi içi⁷³⁹, evin içi⁷⁴⁰, hekimin muayene odası⁷⁴¹ gibi kapalı mekanlarda işlenmesi halinde, burada bulunan kişilerin sayısına bakmaksızın, aleniyetin gerçekleşmediğine hükmetmiştir. Bunun yanında, fiilin yola cepheli balkon⁷⁴², kapı önü⁷⁴³ gibi tartışmalı mahallerde gerçekleşmesi halinde, bu yerlerin aleni yerlerden olup olmadığının tespiti bakımından keşif yapılması gerektiğine karar vermiştir.

Doktrinde herkese açık olmakla birlikte, alınan tedbirler nedeniyle bazı kişilerin giriş ve çıkışı için engel konulmuş olan yerlerde işlenen hakaret suçunda aleniyetin gerçekleşmeyeceği kabul edilmektedir⁷⁴⁴.

Suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi hali aleniyetin gerçekleşme şekillerinden biridir. Doktrin ve uygulamada suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde aleniyetin gerçekleşeceği genel olarak kabul edilmektedir⁷⁴⁵. 765 sayılı yasada suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi gıyapta gerçekleşen hakaret ve sövme

⁷³² TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 121.

⁷³³ 2. CD. 06.07.2006, E. 486_K. 13194, ÇETİN, s. 119.

⁷³⁴ 10. CD. 10.06.1997, E. 6912_K. 7059, ÇETİN, s. 123.

⁷³⁵ 2. CD. 15.04.1999, E. 17104_K. 4591, ÇETİN, s. 122.

⁷³⁶ 2. CD. 05.11.1992, E. 9854_K. 10603, ÇETİN, s. 124.

⁷³⁷ 2. CD. 16.02.1993, E. 981_K. 1851, ÇETİN, s. 124.

⁷³⁸ 2. CD. 24.10.1996, E. 19_K. 10853, ÇETİN, s. 123.

⁷³⁹ 4. CD. 23.06.2004, E. 5003_K. 8012, ÇETİN, s. 120.

⁷⁴⁰ 2. CD. 29.04.1999, E. 16380_K. 5559, ÇETİN, s. 122.

⁷⁴¹ 4. CD. 01.12.2003, E. 27307_K. 11861, ÇETİN, s.121.

⁷⁴² 2. CD. 23.03.1998, E. 19110_K. 3421, ÇETİN, s. 122.

⁷⁴³ 4. CD. 01.11.2004, E. 9684_K. 10710, ÇETİN, s. 123.

⁷⁴⁴ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 244; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 462.

⁷⁴⁵ ÇETİN, s. 31; ÖZBEK, s. 270; PARLAR, HATİPOĞLU, s. 25; ŞEN, s. 545; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 463; YENİDÜNYA, ALŞAHİN, s. 75.

suçları bakımından nitelikli hal olarak kabul edilmişti. TCK’ nın 125. maddesinin 4. fıkrasının 5237 sayılı yasa ile düzenlenen ilk şekli “Ceza, hakaretin alenen işlenmesi halinde, altıda biri, basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde üçte biri oranında artırılır” biçiminde düzenlenmişti. Bu düzenleme ile hakaret suçunun alenen ve basın yayın yoluyla işlenmesi ayrı ayrı nitelikli hal olarak kabul edilmişti⁷⁴⁶.

Basın çevrelerince yapılan itirazlar sonucu hakaretin “basın ve yayın yoluyla işlenmesi” ibaresi 5377 sayılı yasa ile fıkradan çıkarılmıştır. Bu ibarenin fıkradan çıkarılmasına ilişkin gerekçede “...Suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi hali de, aleniyetin gerçekleşmesi şekillerinden birini oluşturmaktadır. Hakaret suçuyla ilgili olarak aleniyet, bir nitelikli unsur olarak belirlendiği için, söz konusu suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi, bu suç açısından ayrı bir nitelikli unsur olarak görülmemiştir. Belirtilen nedenle, hakaret suçunun tanımlandığı 125. maddenin 4. fıkrasında bu yönde değişiklik yapılması gereği hasıl olmuştur” şeklinde açıklama yapılmıştır⁷⁴⁷. 5377 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle hakaret ve sövme suçlarının basın ve yayın yoluyla işlenmesinin, alenen işlenmesinden ayrı olarak nitelikli hak olarak kabulünün önüne geçilmiştir. Bu itibarla, suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi alenen işlenmesinin bir türü olduğu için, hakaret ve sövme suçlarının basın ve yayın yoluyla işlenmesi nitelikli hal olarak kabul edilecek, ancak cezayı artırım oranı 1/3 değil, 1/6 olacaktır⁷⁴⁸.

TCK’ nın 6. maddesinin 1. fıkrasının g bendi uyarınca basın ve yayın yolu ibaresinden, her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim araçlarıyla

⁷⁴⁶ ÇETİN, s. 31; TARHAN, s. 310.

⁷⁴⁷ TARHAN, s. 310.

⁷⁴⁸ ÇETİN, s. 31.

yapılan yayınlar anlaşılacaktır. Bu tanım, basın ve yayın kavramını teknolojik gelişmeleri de dikkate almak suretiyle oldukça genişletmiştir⁷⁴⁹.

Basın yoluyla hakaret ve sövme suçları ancak basılmış eser yoluyla işlenebilecektir. Basılmış eser kavramı, 5187 sayılı Basın Kanunun 2. maddesinde, “Yayımlanmak üzere her türlü basın araçları ile basılan veya diğer araçlarla çoğaltılan yazı, resim ve benzeri eserler ile haber ajansı yayınları” şeklinde tanımlanmıştır. Tanımdan da anlaşılacağı üzere basılmış eser kavramının kapsamı “yazı, resim ve benzeri eserler” denilmek suretiyle geniş ve esnek tutulmuştur⁷⁵⁰. Basılmış eserler yoluyla hakaret ve sövme suçları ancak basılmış eserlerin “yayım” anında gerçekleşecektir. Yayım kavramı, Basın Kanunun 2. maddesinde “Basılmış eserin herhangi bir şekilde kamuya sunulması” biçiminde tanımlanmıştır. Bu itibarla, “basın ve yayın yolu” ibaresi, yazı, resim, karikatür yanında teyp bandı, CD, radyo, televizyon, internet gibi elektronik kitle iletişim araçlarını da kapsar niteliktedir⁷⁵¹. Hakaret ve sövme suçlarının “basın ve yayın yolu” kapsamında değerlendirilen yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim araçlarıyla, herhangi bir şekilde kamuya sunulduğu takdirde bu suçların alenen işlendiği kabul edilecektir. Yayımın genel veya yerel nitelikte bulunması aleniyetin gerçekleşmesi bakımından önemsizdir⁷⁵².

Hakaret ve sövme, hakaret ve sövme içeren yazı veya resmin genel bir yere asılması, geniş bir kesime dağıtılması suretiyle işlendiği takdirde de aleniyetin gerçekleştiğini kabul etmek gerekir⁷⁵³. Bunun yanında, bir gazete ya da televizyon muhabirine beyanat verirken ya da onların sorularını yanıtlarken işlenen hakaret ve

⁷⁴⁹ ÖZBEK, s. 270.

⁷⁵⁰ TARHAN, s. 313.

⁷⁵¹ ÖZBEK, s. 271.

⁷⁵² ÖZBEK, s. 271; TARHAN, s. 311.

⁷⁵³ ÇETİN, s. 32.

sövmeye suçları basın ve yayın yoluyla işlenmiş sayılmaz. Bu tür fiiller gıyapta hakaret ve sövmeyi oluştururlar⁷⁵⁴.

Belirtmek gerekir ki, ihtilat ve aleniyet farklı anlamlara sahip kavramlardır. TCK' nın 125.maddesinin 1. fıkrasının son cümlesinde yer alan "... mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için fiilin en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi gerekir" şeklindeki düzenleme, ihtilatın cezalandırılabilme şartı olarak algılanmasına sebebiyet verebilir. Ancak, ihtilat bir cezalandırılabilme şartı değildir. İhtilat gıyapta hakaret suçunun unsurudur⁷⁵⁵. İhtilat unsurunun oluşabilmesi için en az üç kişinin isnat edilen somut fiil veya olgu ya da sövmeyi öğrenmiş olmaları gerekir, öğrenme olanağı yeterli değildir⁷⁵⁶. Isnat edilen somut fiil veya olguyu ya da sövmeyi iki kişi öğrendiği takdirde ihtilat unsuru gerçeklemeyecek ve dolayısıyla hakaret ve sövmenin oluştuğundan söz edilemeyecektir. Buna karşın, aleniyet kavramı yukarıda da değinildiği üzere, hakaret ve sövmeye suçlarının işleniş şekline, yerine ve birçok kişi tarafından öğrenilebilir bulunmasına ilişkin bir husustur⁷⁵⁷. Aleniyet, belirsiz sayıda kişilerin hakaret ve sövmeye suçlarını oluşturan sözü duymalarına olanak sağlayan herhangi bir araç kullanmak suretiyle hakaret ve sövmeye suçlarının işlenmesini ifade eder⁷⁵⁸. Bu itibarla, aleniyetin varlığından söz edebilmek için failin hakaret ve sövmeye içeren sözlerin duyulması olanağı yaratmış olması

⁷⁵⁴ "Sanığın bir gazete muhabirinin telefonla sorusu üzerine katılan hakkında söylediği küçültücü sözlerin TCY' in 482/4. maddesinde yazılı yayın yoluyla sövmeye suçunu oluşturmayacağı, iletişim (ihtilat)öğesinin gerçekleşmesi durumunda sanık hakkında TCY' in 482/1. maddesinin uygulanabileceği gözetilmeden hüküm kurulması yasaya aykırıdır", 4. CD. 21.05.2003, E. 20995_K. 4313, ÇETİN, s. 301.

⁷⁵⁵ HAFİZOĞULLARI, ÖZEN, s. 225.

⁷⁵⁶ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 451.

⁷⁵⁷ ŞEN, s. 544.

⁷⁵⁸ ERMAN, s. 207.

yeterlidir, söylenen sözlerin fiilen duyulmuş olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır⁷⁵⁹.

B. Cezasızlık Nedenleri ve Daha Az Cezayı Gerektiren Haller

1. Suçun Haksız Bir Fiile Tepki Olarak İşlenmesi

TCK' nın 129. maddesinin 1. fıkrasında "Hakaret suçunun haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir" denilmek suretiyle özel bir haksız tahrik hali öngörülmüştür⁷⁶⁰. Bu hükmün 765 sayılı yasadaki karşılığı, yasanın 485. maddesinin 1. fıkrasında "Kendisine tecavüz olunan şahıs 480 ve 482. maddelerde yazılı cürümlere kendi haksız hareketiyle sebebiyet vermiş ise failin cezası üçte birden üçte ikiye kadar azaltılır" şeklinde düzenlenmişti. Görüldüğü üzere TCK' nın 129. maddesinin 1. fıkrası, 765 sayılı yasaya nazaran fail lehine bir düzenleme teşkil etmektedir. 765 sayılı yasada "cezanın üçte birden üçte ikiye kadar azaltılacağı" öngörülmüşken, TCK' nın 129. maddesinin 1. fıkrasında "cezanın üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebileceği de" öngörülmüştür. Bilindiği üzere 765 sayılı yasada memura görevi nedeniyle hakaret ve sövme yasanın 266. maddesinde bağımsız bir suç olarak düzenlenmişti. Bunun yanında memura görevi nedeniyle hakaret ve sövmeye ilişkin özel tahrik hükmü yasanın 272. maddesinde ayrıca düzenlenmişti. Buna karşın TCK' nın 125. maddesinin 3. fıkrasının a bendi kamu görevlisine karşı görevi nedeniyle hakaret ve sövmeyi

⁷⁵⁹ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 243; ERMAN, s. 208; HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 225; ÖZBEK, s. 270; SOYASLAN, s. 265; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 462; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 121; YENİDÜNYA, ALŞAHİN, s. 75.

⁷⁶⁰ DEMİRBAŞ, Timur, Türk Ceza Kanununda Özel Haksız Tahrik Halleri, Üçdal Neşriyat, İstanbul 1985, s. 112; DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 320; EREM, Hakaret ve Sövme, s. 51; ERMAN, s. 222; ÖZEN, Muharrem, "Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Halleri", AÜHFD, C. 51, S. 3, s. 29.

nitelikli hal olarak kabul etmiştir. Bu itibarla 125. maddede düzenlenen genel hakaret ve sövme suçları bakımından 129. maddenin 1. fıkrasında tek bir özel tahrik hükmü kabul edilmiştir.

Yukarıda değinildiği üzere TCK’ nın 129. maddesinin 1. fıkrası, TCK’ nın 29. maddesinde düzenlenmiş genel haksız tahrik halinin özel bir uygulamasıdır. Ceza hukukunda haksız tahrik adı verilen bu kurum, psikolojide heyecanların bir türünü oluşturan hiddetti ifade etmektedir. Tahrik neticesinde işlenmiş suçun, suçluya yüklenmesi doğru değildir. Suçun mağduru da faili tahrik etmek suretiyle suça sebep olmuştur. Mağdurun bu suretle işlediği kusurun failin kusurundan indirilmesi ve failin cezasının azaltılması gerekir. Bu itibarla, psikolojik bir olay olan hiddet heyecanının ceza hukukunda dikkate alınmasının bir sonucu ortaya çıkmaktadır⁷⁶¹.

TCK’ nın 129. maddesinin 1. fıkrası, TCK’ nın 29. maddesinde düzenlenmiş bulunan genel haksız tahrik halinin özel bir uygulama şekli olmakla beraber, TCK’ nın 129. maddesinin 1. fıkrası, 29. maddede düzenlenen genel haksız tahrikten iki noktada farklılık göstermektedir. 29. maddede düzenlenmiş genel haksız tahrik bakımından cezanın indirimi öngörülmüşken, 129. maddenin 1. fıkrasında düzenlenmiş bulunan bu özel hüküm bakımından cezanın indirilmesi yanında cezadan büsbütün vazgeçilebileceği de öngörülmüştür. Bunun yanında TCK’ nın 29. maddesinde düzenlenmiş genel haksız tahrik halinin subjektif yönünü ortaya koyan ve heyecanın ceza hukukunda hafifletici neden olarak göz önünde bulundurulduğunun kanıtı olan “hiddet veya şiddetli elem” ibarelerine 129. maddenin 1. fıkrasında yer verilmemiştir⁷⁶².

⁷⁶¹ ÖZEN, “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Halleri”, s. 30.

⁷⁶² EREM, Hakaret ve Sövme, s. 51; ÖZEN, “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Halleri”, s. 30; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 121.

TCK’ nın 129. maddesinin 1. fıkrasında hakaret ve sövme suçlarının haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi hali düzenlenmiştir. Madde metni doğru olmakla beraber madde başlığı yanlıştır, çünkü, “haksız fiil” ve “haksız bir fiil” kavramları farklı anlamlar taşımaktadır. Haksız fiilin ne anlama geldiği Borçlar Kanununun 41. maddesinde öngörülmüştür⁷⁶³.

TCK’ nın 129. maddesinin 1. fıkrasının uygulanabilmesi için gerekli olan şartlar, tahrike neden olan haksız bir fiilin varlığı, haksız fiilin faili hiddet veya şiddetli eleme sürüklemesi ve failin haksız tahrikin neden olduğu bu psikolojik durumun tepkisi olarak işlediği suçun hakaret veya sövme suçu olması gerekir.

a. Tahrike Neden Olan Haksız Bir Fiilin Bulunması

Haksız tahrik, TCK’ nın 29. maddesinde düzenlenmiş genel bir hafifletici nedendir. Haksız tahrikten söz edebilmek için tahrik teşkil eden bir fiilin varlığı zorunludur. Kanun hangi fiillerin tahrik edici nitelikte olduğunu göstermediği için, hangi fiillerin tahrik edici nitelikte olduğu, fiilin çeşitli özelliklerini nazara alınarak hakim tarafından belirlenecektir⁷⁶⁴.

Tahriki oluşturan fiilin, tepkide bulunan kişiye karşı işlenmiş olması zorunlu değildir. Tahrik fiili, faile yakın bir kimseye yönelmiş olabileceği gibi, bir yabancıya da yönelmiş olabilir⁷⁶⁵.

Yukarıda belirtilen genel haksız tahrik için geçerli olan hususlar, TCK’ nın 129. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiş özel tahrik hali için de geçerlidir. Ancak belirtmek gerekir ki, tahrik teşkil eden fiilin kasten yaralama veya hakaret veya sövme teşkil etmemesi gerekir. Aksi takdirde TCK’ nın 129. maddesinin 2 ve 3.

⁷⁶³ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 233.

⁷⁶⁴ TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 243.

⁷⁶⁵ TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 243.

fıkralarının uygulanması söz konusu olacaktır⁷⁶⁶. Bunun yanında tahrik oluşturan fiilin bizzat hakaret veya sövmeye maruz kalan tarafından işlenmiş olması da gerekmektedir, Bir başka ifadeyle, tahrike neden olan haksız fiilin mağdur tarafından işlenmiş olması şarttır⁷⁶⁷.

TCK' nın 129. maddesinin 1. fıkrasının uygulanması bakımından tahrike neden olan haksız fiilin mutlaka hakaret veya sövme suçunun failine yönelik olması gerekmez. Hakaret veya sövme suçunun mağdurunun haksız hareketi failin yakınlarına veya üçüncü bir kişiye yönelik olsa dahi 129. maddenin 1. fıkrası uygulanabilecektir⁷⁶⁸.

Genel haksız tahrikte fiilin “haksız” sayılmasının ölçütü suç teşkil etmesi veya haksız fiil oluşturmaması değildir. Hatta hukuka uygun olan bir fiil, işleniş şekli itibariyle, hakkın kötüye kullanılmasını oluşturuyorsa haksız sayılabilir. Fiilin haksızlığı yargıç tarafından toplumda geçerli olan değer hükümlerine göre belirlenir⁷⁶⁹.

Yukarıda genel haksız tahrike ilişkin olarak belirlenen koşullar, TCK' nın 129. maddesinin 1. fıkrası bakımından da geçerlidir. Bu itibarla, 129. maddenin 1.

⁷⁶⁶ DEMİRBAŞ, s. 112; ERMAN, s. 223; ÖZEN, “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Halleri”, s. 31.

⁷⁶⁷ DEMİRBAŞ, s. 112; ERMAN, s. 223; ÖZEN, “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Halleri”, s. 31; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 121; Farklı görüş için bkz. ÇETİN, s. 136; ÖZBEK, s. 271. (Yazarlar, 765 sayılı yasada öngörölmüş olan haksız fiilin mağdurun şahsından kaynaklanması durumunun, TCK' nın 129. maddesinin 1. fıkrası bakımından söz konusu olmadığını ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, doğru olan, üçüncü bir kişinin de tahrik teşkil eden bir fiili işlemesinin mümkün olduğunun kabulüdür.)

⁷⁶⁸ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 245; DEMİRBAŞ, s. 112; EREM, Hakaret ve Sövme, s. 52; ÖZEN, “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Halleri”, s. 31; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 464; “Sövme suçunun sanığın oğluna ait bisikletinin müşteki tarafından fırlatılmasından kaynaklanan tahrik üzerine işlendiği kabul edildiğine göre, bu suça özgün TCK' nın 485/1. maddesinin uygulanması gerekirken aynı kanunun 51/1. maddesi ile indirim yapılması yasaya aykırıdır”, 2. CD. 14.02.2000, E. 1169_K. 1305, ÇETİN, s. 142; Farklı görüş için bkz. ÜZÜLMEZ, s. 65. (Yazara göre, 129. maddenin 1. fıkrasının uygulanabilmesi için haksız fiilin mutlaka hakaret edene yönelik olması gerekir. Hakaretin üçüncü şahıslara yönelik haksız fiile tepki olarak gerçekleştiği hallerde TCK' nın 29. maddesinin uygulanması gerekir.)

⁷⁶⁹ TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 244.

fikrası bakımından da fiilin haksız olması için, suç teşkil etmesi şart olmadığı gibi, özel hukuk anlamında “haksız fiil” sayılması da gerekmemektedir. Fiil hukuka aykırı ise, tahrik bakımından haksız fiilin varlığı kabul edilebilir. Ancak, hakkın kullanılması durumunda, fiil hiddet veya şiddetli eleme neden olsa bile haksızlıktan söz edilemez⁷⁷⁰. Bu itibarla, bir kimse hakkında yetkili mercilere yapılan suç ihbarı, suçlunun saklandığı yeri kolluk kuvvetlerine bildirme veya boşanma haksız bir fiil olarak kabul edilemez⁷⁷¹. Yargıtay çeşitli kararlarında, gece vakti gürültü yapılmasını⁷⁷², halı veya benzeri eşyaların silkelenmesini⁷⁷³, konut olarak kiralanan dairenin kuaför olarak kullanılmasını⁷⁷⁴, balkona asılan çamaşırların ıslatılmasını⁷⁷⁵ haksız bir fiil olarak kabul etmiştir.

b. Haksız Fiilin Faili Hiddet veya Şiddetli Elem Durumuna Sürüklemesi

Genel haksız tahrikin varlığı için gerekli olan bu koşuldan TCK’ nın 129. maddesinin 1. fıkrasında söz edilmemiştir. Bir başka deyişle, 129. maddenin 1. fıkrasında failin, hakaret veya sövme suçunu, haksız bir fiilin yarattığı hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında işlemiş olması gerektiğine ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Doktrinde tartışmalı ola bu hususa ilişkin olarak ileri sürülmüş iki temel görüş bulunmaktadır.

Bir görüşe göre, failin, hakaret veya sövmeyi, haksız bir fiilin yarattığı hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında işlemiş olması şart değildir. Bu görüşe göre, kanun “hiddet veya şiddetli elem”i aradığı durumlarda bu hususu açıkça belirtmektedir. TCK’ nın 129. maddesinin 1. fıkrasında “hiddet veya şiddetli elem” hususu açıkça

⁷⁷⁰ DEMİRBAŞ, s. 112; ; ÖZEN, “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Halleri”, s. 33; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 463.

⁷⁷¹ DEMİRBAŞ, s. 112.

⁷⁷² 2. CD. 01.07.1993, E. 7226_K. 8360, ÇETİN, s. 143.

⁷⁷³ 2. CD. 29.06.1993, E. 7411_K. 8079, ÇETİN, s. 143.

⁷⁷⁴ 2. CD. 16.02.1993, E. 965_K. 1850, PARLAR, HATİPOĞLU, s. 302.

⁷⁷⁵ 2. CD. 15.04.2004, E. 3148_K. 7823, PARLAR, HATİPOĞLU, s. 302.

belirtilmediğinden, bu özel tahrik halinin uygulanması bakımından “hiddet veya şiddetli elem” aramaya gerek yoktur⁷⁷⁶.

Diğer bir görüşe göre ise, TCK’ nın 129. maddesinin 1. fıkrasının uygulanması bakımından “hiddet veya şiddetli elem”in varlığı gereklidir. Ancak, kanun, “hiddet veya şiddetli elem”in varlığı bakımından kanuni bir karine öngörmüştür. Bu görüşe göre, “hiddet veya şiddetli elem”in varlığının aranmayacağını kabul etmek, faile intikam hakkı tanımak anlamına gelir. Genel haksız tahrik halinde olduğu gibi, TCK’ nın 129. maddesinin 1. fıkrasının uygulanması bakımından da failin hakaret veya sövmeyi, haksız bir fiilin yarattığı “hiddet veya şiddetli elem”in etkisi altında işlemiş olması gerekir. Bu durumda, TCK’ nın 129. maddesinin 1. fıkrasının, genel haksız tahrik hükmünü düzenleyen 29. maddeden farkı, TCK’ nın 29. maddesinde öngörülen genel haksız tahrik haline dayanan kişinin “hiddet veya şiddetli elem”in bulunduğunu ispat etmekle yükümlü olmasıdır. Buna karşın TCK’ nın 129. maddesinin 1. fıkrasına dayanan kişinin “hiddet veya şiddetli elem”in bulunduğunu ispat yükümlülüğü bulunmamaktadır⁷⁷⁷. Gerçekten de haksız tahrikin niteliği gereği, failin hakaret veya sövmeyi, haksız bir fiilin yarattığı “hiddet veya şiddetli elem”in etkisi altında işlediği takdirde, TCK’ nın 129. maddesinin 1. fıkrasından yararlanabileceğini kabul etmek gerekir.

⁷⁷⁶ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 245; DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 320; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 464; ÜZÜLMEZ, s. 65; YENİDÜNYA, ALŞAHİN, s. 77.

⁷⁷⁷ DEMİRBAŞ, s. 114; EREM, Hakaret ve Sövme, s. 52; ERMAN, s. 224; ÖZBEK, s. 271; ÖZEN, “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Halleri”, s. 34.

c. Tepki Olarak İşlenen Fiilin Hakaret Veya Sövme Olması

Özel tahrik hali olan TCK' nın 129. maddesinin 1.fıkrası, genel tahrikin aksine sadece tahrik üzerine işlenen fiilin hakaret veya sövme suçuna vücut vermesi halinde uygulanacaktır⁷⁷⁸.

Belirtmek gerekir ki, 129. maddenin 1. fıkrasının uygulanabilmesi için, failin tepki olarak işlediği fiilini mağdurun haksız bir fiilinin hemen ardından gerçekleştirmesi gerekmez. Mağdurun haksız bir fiili ile failin buna tepki olarak işlediği hakaret veya sövme arasında illiyet bağının bulunması yeterlidir⁷⁷⁹. Bunun yanında, bu tepki fiilinin aradan uzun bir süre geçmeden haksız fiili yapan mağdura karşı yöneltilmiş olması gerekir. Fakat bu süre bakımından haksız fiilin yapıldığı an değil, failin bundan haberdar olduğu an önemlidir⁷⁸⁰. Gerçekten fail, mağdurun haksız bir fiilinin yarattı hiddet veya şiddetli elemin etkisi sona ermeden ve aradan uzun bir süre geçmeden hakaret veya sövme fiilini işlediği takdirde, TCK' nın 129. maddesinin 1. fıkrasından yararlanabilecektir⁷⁸¹. Bu itibarla, burada önemli olan yer ve zaman değil, failin psikolojik durumudur. Ancak, failin öfke durumunda bir değişiklik olmamak şartıyla aradan uzunca bir süre geçmesi durumunda, artık 129. maddenin 1. fıkrası uygulanamaz, böyle durumlarda genel haksız tahrik kuralı olan TCK' nın 29. maddesi uygulanabilir⁷⁸².

⁷⁷⁸ ERMAN, s. 224; ÖZEN, “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Halleri”, s. 35.

⁷⁷⁹ DEMİRBAŞ, s. 114; DÖNEMZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 320; ÖZEN, “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Halleri”, s. 35; ŞEN, s. 570; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 464; “Haksız kışkırtma maddesinin uygulanabilmesi için, zaman aralığının zorunlu bir etken olmadığı, haksız bir olayın bulunması, bu olayla sanıkta meydana gelen öfke ve acı ile suçun işlenmesi arasında nedensellik bağının bulunması yeterli olacağı gözetilmeden, katılan ile yakınanın sanığa sövdüğü iddia olunan olayların suç tarihlerinden 1 yıl öncesine dayanması ve farklı konular olması biçimindeki gerekçeyle sanık yararına haksız kışkırtma hükümlerinin değerlendirilmemesi yaysa aykırıdır, 4. CD. 17.05.2004, E. 1626_K. 6275, TARHAN, s. 491.

⁷⁸⁰ ERMAN, s. 224.

⁷⁸¹ DEMİRBAŞ, s. 115; EREM, Hakaret ve Sövme, s. 52; ÖZEN, “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Halleri”, s. 35.

⁷⁸² DEMİRBAŞ, s. 115.

TCK' nın 129. maddesinin 1. fıkrasının özel kural olmasının sonucu olarak, bu hükmün şartlarının gerçekleşmesi durumunda, genel haksız tahrik kuralını düzenleyen 29. maddenin uygulanması söz konusu olamayacaktır⁷⁸³.

Haksız bir fiile tepki olarak fail, hakaret veya sövme ile birlikte yaralama suçunu da işlerse hakaret veya sövme yönünden TCK' nın 129. maddesinin 1. fıkrası, yaralama yönünden ise TCK' nın 29. maddesinde düzenlenen genel haksız tahrik hükmü uyarınca cezanın indirilmesi gerekir⁷⁸⁴. Mahkeme mağdurun haksız fiili sebebiyle faile ceza verilmesi gerekmediği görüşünde ise herhangi bir şekilde hüküm kurmadan “ceza verilmesine yer olmadığı” şeklinde karar vermelidir⁷⁸⁵.

2. Suçun Kasten Yaralamaya Tepki Olarak İşlenmesi

TCK' nın 129. maddesinin 2. fıkrası “Bu suçun, kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi halinde, kişiye ceza verilmez” şeklinde düzenlenmiştir. Bu durum, 765 sayılı yasanın 485. maddesinin 3. fıkrasında “Şahsı hakkında şiddet kullanılmasından dolayı hakaret eden kimsenin hareketi cezayı müstelzim değildir” denilmek suretiyle benzer şekilde düzenlenmiştir.

Bu hükmün hukuki niteliği hususunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bazı yazarlar⁷⁸⁶ bu hükmü hukuka uygunluk nedeni teşkil eden meşru savunma kapsamında değerlendirmiştir. Bazı yazarlar⁷⁸⁷ ise bu hükmün, özel

⁷⁸³ DEMİRBAŞ, s. 115; DÖNEMZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 320; EREM, Hakaret ve Sövme, s. 51; ÖZEN, “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Halleri”, s. 35; “Sövme suçundan kurulan hükümde özel kışkırtma maddesi olan TCY’ in 485/1. maddesi yerine, genel kışkırtma maddesi olan 51/1. maddesiyle hüküm kurulması, yasaya aykırıdır, hükmün bozulmasına”, 4. CD. 10.05.2005, E. 5344_K. 5974, TARHAN, s. 493.

⁷⁸⁴ DEMİRBAŞ, s. 115.

⁷⁸⁵ “5237 sayılı TCK’ nın 129/1. maddesinin kabul edilmesi halinde doğrudan ceza vermektan vazgeçilmesine karar verilmesi gerektiği gözetilmeyerek, sanığa adli para cezası tayin edildikten sonra yazılı şekilde hüküm tesisi yasaya aykırıdır”, 2. CD. 20.11.2006, E. 6790_K. 18664, ÇETİN, s. 14.

⁷⁸⁶ ERMAN, s. 220; ÖZBEK, s. 272; ÖZEN, “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Halleri”, s. 44.

⁷⁸⁷ DEMİRBAŞ, s. 138; EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s. 2308.

bir haksız tahrik olarak değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Gerçekten, bu hükmün uygulanması halinde, faile kasten yaralamaya tepki olarak işlediği hakaret veya sövme suçundan ceza verilmemesinin sebebi, kasten yaralamanın failin psikolojisinde yarattığı etkidir⁷⁸⁸.

Yargıtay da yakın tarihli bir kararında⁷⁸⁹ failin, maruz kaldığı tekme ve yumrukların yarattığı (şahsına karşı şiddet kullanılmasının) “öfke ve elem” nedeniyle hakaret etmiş olması sebebiyle, 765 sayılı yasanın 485. maddesinin 3. fıkrası uyarınca faile ceza verilmemesi gerektiğine hükmetmiştir.

Gerçekten, TCK’ nın 129. maddesinin 2. fıkrasının hukuki niteliğine ilişkin olarak, hükmün özel bir tahrik hali olarak kabulü daha doğru bir yaklaşım olacaktır. Meşru savunma hukuki nedeni incelenirken açıklandığı üzere, saldırının maddi bir şekilde ortaya çıkması gerektiği kabulü⁷⁹⁰ karşısında sadece bir düşünce açıklamasından ibaret olan hakaret veya sövme fiilinin, nitelikleri gereği savunma amaçlı birer fiil olarak kabulü oldukça güçtür. Bu itibarla, fail tıpkı genel haksız tahrik halinde olduğu gibi kasten yaralamanın yarattığı hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında hakaret veya sövme suçunu işlemektedir.

765 sayılı yasanın 485. maddesinin 3. fıkrası anlamında şiddet, kişinin yaşamına, vücut bütünlüğüne, cinsel dokunulmazlığına veya özgürlüğüne yönelik her türlü saldırıyı ifade etmekteydi⁷⁹¹. Buna karşın TCK’ nın 129. maddesinin 2. fıkrasının uygulanabilmesi için hakaret veya sövme suçunun kasten yaralama fiiline

⁷⁸⁸ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 250; DEMİRBAŞ, s. 138; DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 325; EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s. 2308; ÖNDER, s. 266; ŞEN, s. 571; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 470; ÜZÜLMEZ, s. 65; YENİDÜNYA, ALŞAHİN, s. 78.

⁷⁸⁹ 2. CD. 30.10.2007, E. 10426_K. 13900, PARLAR, HATİPOĞLU, s. 309.

⁷⁹⁰ DÖNMEZER, ERMAN, s. 141.

⁷⁹¹ DEMİRBAŞ, s. 139; ERMAN, s. 221; ÖNDER, s. 265; ÖZEN, “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Halleri”, s. 44; Farklı görüş için bkz. DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 324. (Yazara göre şiddet maddi anlamdadır.)

tepki olarak işlenmesi gerekmektedir. 765 sayılı yasaya nazaran, hükmün uygulama alanı oldukça daraltılmıştır. Bu itibarla 765 sayılı yasanın 485. maddesinin 3. fıkrasının daha doğru bir hüküm olduğunu kabul etmek gerekir. Gerçekten, 765 sayılı yasanın 485. maddesinin 3. fıkrası özenle “kasıtlı müessir fiil” demekten kaçınmış “şahsı hakkında şiddet kullanılmasından dolayı” diyerek cezasızlığı, sadece kasten yaralamaya bağlı kılmak istememiştir⁷⁹².

765 sayılı yasanın 485. maddesinin 3. fıkrası, şiddetin failin şahsı üzerinde kullanılmış olmasını aramaktaydı. Fail dışında bir kimseye yönelik şiddete tepki olarak hakaret veya sövme halinde 485. maddenin 3. fıkrası değil genel haksız tahrik hükmü olan 51. madde hükmü uygulanmaktaydı. Ancak, bu yaklaşım, doktrinde hükmün uygulama alanını daralttığı için eleştirilmişti. Doktrinde hükmün, şiddetin, failinin yakınlarına yönelik olarak kullanıldığı hallerde de, uygulanması gerektiği ileri sürülmüştü⁷⁹³. Kanun koyucu bu eleştirileri dikkate alarak TCK’ nın 129. maddesinin 2. fıkrasında kasten yaralamanın faile yönelmiş olması gibi bir zorunluluk aramamıştır. Bu itibarla, üçüncü kişiye yönelik gerçekleşen kasten yaralama fiiline tepki olarak işlenen hakaret veya sövme halinde de 129. maddenin 2. fıkrası uygulama alanı bulacaktır⁷⁹⁴.

Kanun yaralamanın belirli bir ağırlığa ulaşmış olmasını aramamıştır. Önemli olan yaralama ile buna tepki olarak işlenen hakaret veya sövme arasında nedensellik ilişkisinin kurulabilmesidir⁷⁹⁵. Bunun yanında 129. maddenin 2. fıkrasında suçun

⁷⁹² HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 233.

⁷⁹³ DEMİRBAŞ, s. 139; EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s. 2309; ERMAN, s. 222; ÖZEN, “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Halleri”, s. 45.

⁷⁹⁴ ÇETİN, s. 138; CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 250; ÖZBEK, s. 272; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 471; YENİDÜNYA, ALŞAHİN, s. 79; Farklı görüş için bkz. PARLAR, HATİPOĞLU, s. 305; SOYASLAN, s. 255; ŞEN, s. 571; ÜZÜLMEZ, s. 65. (Yazarlar, kasten yaralama fiilinin bizatihi faile yönelik olması gerektiğini ileri sürmektedir.)

⁷⁹⁵ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 251; PARLAR, HATİPOĞLU, s. 304; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 471.

“kasten” yaralamaya tepki olarak işlenmesinden söz edildiği için “taksirle” yaralamaya tepki olarak işlenen hakaret veya sövme halinde, 129. maddenin 2. fıkrasının uygulanamayacağı, bu gibi durumlarda, TCK’ nın 29. maddesinde düzenlenen genel haksız tahrik hükmünün uygulanacağını kabul etmek gerekir⁷⁹⁶. Buna karşın “taksirle” yaralamaya tepki olarak işlenen hakaret veya sövmeye ilişkin olarak TCK’ nın 129. maddesinin 1. fıkrasının uygulanması gerektiğini ileri süren yazarlar da bulunmaktadır⁷⁹⁷.

765 sayılı yasanın 485. maddesinin 3. fıkrasının uygulanabilmesi bakımından doktrinde şiddet kullanılmasının haksız olması gerektiği kabul edilmişti⁷⁹⁸. TCK’ nın 129. maddesinin 2. fıkrası her ne kadar kasten yaralamanın “haksız” olması gerektiğinden açıkça söz etmemişse de yaralamanın haksız olması gerekir. Yaralamanın haklı bir neden dayanması halinde, yaralamaya tepki olarak hakaret veya sövme suçunu işleyen fail TCK’ nın 129. maddesinin 2. fıkrasından yararlanamayacaktır⁷⁹⁹.

Yukarıda TCK’ nın 129. maddesinin 2. fıkrasının özel bir tahrik hali olarak kabul edilmesi gerektiğine değinilmişti. TCK’ nın 129. maddesinin 1. fıkrasında olduğu gibi, 2. fıkrasında da failin psikolojik durumuna ilişkin olarak bir açıklık bulunmamaktadır. Tıpkı 129. maddenin 1. fıkrasının uygulanmasında olduğu gibi, 2. fıkra bakımından da failin öfke durumunun “zımnen” öngörüldüğünü kabul etmek gerekir. Bu itibarla, fail, kasten yaralamanın yarattığı “hiddet veya şiddetli elem”in etkisi altında hakaret veya sövme suçunu işlediği takdirde TCK’ nın 129. maddesinin 2. fıkrasından yararlanabilecektir. Failin, kasten yaralamanın etkisi altında kalmasa

⁷⁹⁶ ÇETİN, s. 137; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 471; YENİDÜNYA, ALŞAHİN, s. 79.

⁷⁹⁷ ARISOY, s. 190; PARLAR, HATİPOĞLU, s. 304; SOYASLAN, s. 255; TARHAN, s. 340.

⁷⁹⁸ ERMAN, s. 221; ÖNDER, s. 265.

⁷⁹⁹ DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 324; ÖNDER, s. 265; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 471; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 121.

dahi, 129. maddenin 2. fıkrasından yararlanabileceğini kabul etmek haksız tahrikin niteliğine aykırı olacaktır⁸⁰⁰.

TCK' nın 129. maddesinin 2. fıkrasının uygulanabilmesi için hakaret veya sövmenin kasten yaralama fiilinin gerçekleştiği anda veya kasten yaralama fiilinin sona ermesinin hemen ardından gerçekleşmesi şart değildir. TCK' nın 129. maddesinin 2. fıkrası hükmünün haksız tahrikin bir çeşidi olması sebebiyle, haksız tahriki ortadan kaldırmayacak kadar bir zaman geçmiş olması halinde de 129. maddenin 2. fıkrası uygulanmalı ve faile ceza verilmemelidir. Bir başka deyişle, burada önemli olan kasten yaralamaya tepki olarak işlenen hakaret veya sövmenin, kasten yaralama ile aynı yer ve zamanda gerçekleşmiş olması değil, tepki olarak işlenen hakaret veya sövmenin failin içine düştüğü "hiddet veya şiddetli elem" in ürünü olmasıdır. Bu itibarla, kasten yaralama ile buna tepki olarak işlenen hakaret veya sövme arasında "hiddet veya şiddetli elem" in varlığını kaldırmayacak bir illiyet bağı bulunması şartıyla, aradan uzun süre geçmiş olması 129. maddenin 2. fıkrasının uygulanmasına engel olmayacaktır⁸⁰¹. Buna karşın Yargıtay 765 sayılı yasanın 485. maddesinin 3. fıkrasının uygulanabilmesi için, failin şiddete tepki olarak işlediği hakaretin, şiddetin gerçekleştiği anda veya şiddetin sona ermesinin hemen ardından gerçekleşmesi gerektiğine karar vermiştir⁸⁰².

Failin, hakaret veya sövme suçu şeklindeki tepkisini kasten yaralama fiilini gerçekleştiren kişiye karşı yöneltmiş olması gerekir. Failin, hakaret veya sövme suçu şeklindeki tepkisini kasten yaralama fiilini gerçekleştiren kişinin yakınlarına karşı

⁸⁰⁰ DEMİRBAŞ, s. 140; EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s. 2309.

⁸⁰¹ DEMİRBAŞ, s. 141; EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s. 2309.

⁸⁰² 2. CD. 01.07.1976; E. 5621_K. 6690, ÇETİN, s. 137; ŞEN, s. 571. (Yazar Yargıtay uygulamasına paralel olarak, 129. maddenin 2. fıkrasının uygulanabilmesi için, hakaretin, kasten yaralamanın gerçekleştiği anda veya kasten yaralama fiilinin sona ermesinin hemen ardından gerçekleşmesi gerektiğini ileri sürmüştür.)

yöneltilmiş olması halinde 129. maddenin 2. fıkrasının uygulanması söz konusu olmayacaktır⁸⁰³.

Failin ilk önce kasten yaralamaya maruz kalarak tahrik edildiğine dair çürütülemeyen ve ispat da edilemeyen iddiası karşısında, “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi uyarınca TCK’ nın 129. maddesinin 2. fıkrasının uygulanması gerekir⁸⁰⁴.

TCK’ nın 129. maddesinin 2. fıkrası mahkemeye herhangi bir takdir yetkisi tanımamıştır, failin hakaret veya sövmeyi, kasten yaralama fiiline tepki olarak işlediği anlaşıldığı takdirde, hakim, CMK’ nın 223. maddesinin 4. fıkrası uyarınca “ceza verilmesine yer olmadığı” na karar vermelidir⁸⁰⁵.

3. Karşılıklı Hakaret Veya Sövme

Karşılıklı hakaret veya sövme kurumu TCK’ nın 129. maddesinin 3. fıkrasında, “Hakaret suçunun karşılıklı olarak işlenmesi halinde, olayın mahiyetine göre, taraflardan her ikisi veya biri hakkında verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir” şeklinde düzenlenmiştir. Bu hükmün karşılığı, 765 sayılı yasanın 485. maddesinin 2. fıkrasında “Eğer iki taraf karşılıklı olarak birbirini tahkir etmiş bulunursa mahkeme icabına göre iki taraf veya hangi tarafın sebebiyet verdiğini nazara alarak yalnız biri hakkında cezayı ıskat edebilir” şeklinde düzenlenmişti.

Doktrinde karşılıklı hakaret veya sövme adı verilen bu kurumun hukuki niteliğine ilişkin olarak değişik fikirler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, bu kurum, devletin, izlemiş olduğu “ceza siyaseti” ile “cezalandırmak” hakkından kanun

⁸⁰³ DEMİRBAŞ, s. 142; EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s. 2309.

⁸⁰⁴ DEMİRBAŞ, s. 142.

⁸⁰⁵ “Gerekçeli kararın gerekçe kısmında sanık M. U. ‘nun şahsi davacı sanık M’ nin kendisine karşı şiddet kullanmasından ötürü arkasından sinkaflı küfürler ettiği kabul edildiğinden, TCK’ nın 485/son maddesi uyarınca, sanık hakkında sövme suçundan ‘ceza tertibine yer olmadığı’ kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde beraat kararı verilmesi yasaya aykırıdır”, 2. CD. 24.11.2005, E. 17571_K. 26691, ÇETİN, s. 146.

yoluyla önceden vazgeçmiş olması esasına dayanır. Bu görüşe göre, karşılıklı hakaret veya sövme halinde, tarafların birbirini cezalandırmış olması sebebiyle, cezaya gerek yoktur, karşılıklı bulunularak yapılan hakaret veya sövme, cezanın işlevini görmeye yeterlidir⁸⁰⁶. Buna karşılık diğer bir görüşe göre, karşılıklı hakaret veya sövme halinde, karşılıklı bulunanın haksız tahrike ilişkin genel hükümlere tabi olması ve ilk hakaret veya sövmeyi gerçekleştiren kişinin cezalandırılması gerektiği kabul edilmiştir. Bu görüşe göre, hakaret veya sövmeye maruz kalan kişi, hakaret veya sövmenin kendisinde yaratmış olduğu psikolojik etki sonucunda karşılıklı bulunmuştur ve bu itibarla, cezalandırılması gereken, ilk hakaret veya sövmeyi gerçekleştiren kişidir⁸⁰⁷. Ancak bu görüş, karşılıklı hakaret veya sövme halinde karşılıklı bulunan kişinin tahrik edilmiş olabileceğinin kabul edilebilir olacağı ancak ilk hakaret veya sövmeyi gerçekleştiren kişi bakımından tahrikin kabul edilebilir olamayacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir⁸⁰⁸.

Diğer bir görüşe göre, bu kurum, medeni hukukta ve Roma Ceza Hukukunda özel suçlar bakımından geçerli olan takas kurumunun ceza hukukuna uygulanmasıdır⁸⁰⁹. Bu görüşe göre, karşılıklı hakaret veya sövme, her iki tarafın dava hakkını düşürür. Karşılıklı bulunan kişinin hakaret etme veya sövme niyeti bulunmamaktadır, amacı, maruz kaldığı hakaret veya sövmeyi reddetmektir. İlk olarak hakaret eden veya sövmeyi gerçekleştiren kişi, maruz kaldığı karşılık hakaret veya sövme sonucu, suçunun ortadan kalktığını iddia edemez. Hakaret veya sövme takibi şikayete bağlı bir suçtur. Hakaret veya sövmeye maruz kalan kişi karşılıklı bulunmakla kendiliğinden ihkak-ı hak eylemiş olduğundan, bu, onun dava yoluna

⁸⁰⁶ EREM, TOROSLU, s. 517.

⁸⁰⁷ DEMİRBAŞ, s. 118.

⁸⁰⁸ EREM, Hakaret ve Sövme, s. 54.

⁸⁰⁹ ERMAN, s. 211.

gitmekten vazgeçtiğini gösterir⁸¹⁰. Bu görüş, takas sebebiyle ceza vermemenin karşılıklı hakaret veya sövmeler arasında tam bir eşitlik bulunması halinde söz konusu olabileceği ancak kanunun karşılıklı hakaret veya sövmeler arasında sayı ve şiddet bakımından bir eşitlik aramamış olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir⁸¹¹.

Karşılıklı hakaret veya sövme kurumunun bir çeşit meşru savunma hali olduğu da ileri sürülmüştür. Bu görüş, meşru savunma ile karşılıklı hakaret veya sövme arasındaki tek benzerliğin her ikisinde de ‘haksız saldırı’nın bulunması olduğu, bunun dışında kalan meşru savunma unsurlarının karşılıklı hakaret veya sövmeye bulunmadığı, karşılıklı hakaret veya sövmeye, savunma durumunda olan kişinin yalnız karşılıkta bulunan olmasına rağmen her iki tarafın da cezasının kaldırılabilmesi gerekçesiyle eleştirilmiştir⁸¹². Kaldı ki, meşru savunma maddi nitelikteki saldırılara karşı öngörülmüş bir hukuka uygunluk nedenidir⁸¹³.

Karşılıklı hakaret veya sövme kurumunun hukuki niteliğine ilişkin olarak açıklanan bu farklı görüşlerin ardından ileri sürülen, bu kurumun hukuki niteliğine ilişkin sorunun ceza siyasetiyle çözümlenmesi gerektiği görüşünü kabul etmek en uygun yaklaşım olarak görünmektedir. Gerçekten, karşılıklı olarak birbirlerine hakaret eden veya söven kişilerin birini veya her ikisini cezalandırmakta kanun kamu yararı görmemekte ve bu yararı göz önünde tutarak, taraflardan yalnız birinin veya her ikisinin cezasını ortadan kaldırmak yetkisini hakime tanımaktadır. Bu nedenle, karşılıklı hakaret veya sövme halinde, her iki taraf açısından suçun bütün unsurları

⁸¹⁰ EREM, TOROSLU, s. 517.

⁸¹¹ EREM, Hakaret ve Sövme, s. 54..

⁸¹² EREM, TOROSLU, s. 518.

⁸¹³ ERMAN, s. 212.

olduğu gibi kalmakta, sadece ceza ortadan kalkmaktadır. Bu itibarla, sadece cezayı ortadan kaldıran bir nedenin varlığı söz konusudur⁸¹⁴.

Karşılıklı hakaret veya sövmeyi düzenleyen TCK' nın 129. maddesinin 3. fıkrasının uygulanabilmesi için karşılıklı olarak işlenen suçların hakaret veya sövme niteliğinde olması, ilk hakaret veya sövmenin haksız olması ve hakaret veya sövmelerin karşılıklı olması gerekir.

a. Karşılıklı Olarak İşlenen Suçların Hakaret Veya Sövme Niteliğinde Olması

TCK' nın 129. maddesinin 3. fıkrasının uygulanabilmesi için, tarafların karşılıklı olarak işledikleri suçların, TCK' nın 125. maddesinde düzenlenen hakaret veya sövme suçları olmaları gerekir⁸¹⁵. Hakaret veya sövmeye maruz kalan kişinin “söylenenleri aynen iade ettiğini” söylemesi ya da hakaret veya sövme suçunu işleyene karşı “saygılı ol” demesi karşılıklı hakaret veya sövme kapsamında değerlendirilemez⁸¹⁶. Bu hükmün özel tahrik suçları (örneğin, TCK m. 301) bakımından uygulanması mümkün değildir⁸¹⁷. Bunun yanında, hakaret veya sövmeye karşı, kasten yaralama suçu işlendiği takdirde TCK' nın 129. maddesinin 3. fıkrasının uygulanması söz konusu olmayacaktır. Bu durumda, maruz kalınan hakaret veya sövme genel hükümler uyarınca haksız tahrik sayılacak ve kasten yaralama suçunun failinin cezasından indirim yapılabilecektir⁸¹⁸. Kasten yaralama suçuna

⁸¹⁴ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 252; ERMAN, s. 212; ÖZEN, “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Halleri”, s. 37; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 468.

⁸¹⁵ DEMİRBAŞ, s. 126; DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 321; EREM, Hakaret ve Sövme, s. 55; ERMAN, s. 213; ÖZEN, “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Halleri”, s. 37.

⁸¹⁶ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 246.

⁸¹⁷ ERMAN, s. 213.

⁸¹⁸ DEMİRBAŞ, s. 127; EREM, Hakaret ve Sövme, s. 55; ERMAN, s. 213; ÖZEN, “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Halleri”, s. 38.

karşılık olarak hakaret veya sövme suçu işlenmesi halinde TCK' nın 129. maddesinin 3. fıkrası değil, 129. maddenin 2. fıkrası uygulanır ve faile ceza verilmez⁸¹⁹.

b. İlk Hakaret Veya Sövmenin Haksız Olması

Karşılıklı hakaret veya sövmekten söz edebilmek için ilk olarak hakaret veya sövme suçunu işleyen kişinin haksız olması gerekir⁸²⁰. Dolayısıyla ilk olarak hakaret veya sövme suçunu işleyen kişi bir hakkını kullanmakta veya bir görevini yerine getirmekte ise, ona karşılık veren kişi TCK' nın 129. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiş bu cezasızlık nedeninden yararlanamayacaktır⁸²¹. Örneğin, terbiye hakkını kullanarak çocuğunu azarlayan babaya karşı, oğlunun karşılık vermesi halinde TCK' nın 129. maddesinin 3. fıkrası uygulanamayacaktır⁸²².

Burada incelenmesi gereken sorunlardan biri, milletvekilinin meclis içinde bir kimseye hakaret veya sövmesi halinde, bu kişinin milletvekiline sözle veya basın aracılığıyla cevap vermesi durumunda, TCK' nın 129. maddesinin 3. fıkrasının uygulanıp uygulanamayacağıdır. Bu sorunun çözümü, mutlak yasama dokunulmazlığının hukuki niteliğinin belirlenmesine bağlıdır. Bu sorun oldukça fazla tartışılmış ve değişik görüşler ileri sürülmüştür⁸²³.

Mutlak yasama dokunulmazlığının fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırdığını kabul eden yazarlara göre, bu durumda ilk hakaret ve sövmenin haksız olması söz konusu olmayacaktır ve karşılık veren tarafın karşılıklı hakaret ve sövme kurumundan yararlanması mümkün olmayacaktır. Buna karşılık diğer bazı yazarlar,

⁸¹⁹ ERMAN, s. 214.

⁸²⁰ DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 322.

⁸²¹ DEMİRBAŞ, s. 119; ERMAN, s. 214; ÖNDER, s. 263; ÖZEN, "Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Halleri", s. 38.

⁸²² ERMAN, s. 214.

⁸²³ DÖNMEZER, Kişiler ve Mala Karşı Cürümler, s. 322; ERMAN, s. 214.

mutlak yasama dokunulmazlığının fiilin hukuka aykırılık unsurunu kaldırmadığı ve sadece cezalandırılabilmeye etki ettiğini savunmaktadır⁸²⁴.

Yukarıda değinildiği üzere esasen sorun, mutlak yasama dokunulmazlığının hukuki niteliğinin belirlenmesine ilişkindir. Doktrinde, mutlak yasama dokunulmazlığının ceza kovuşturması yapılmasına engel olmasına karşılık, hukuka aykırılığı kaldırmadığı büyük çoğunlukla kabul edilmektedir⁸²⁵. Bu itibarla, mutlak yasama dokunulmazlığından yararlanan milletvekilinin meclis içinde bir arkadaşına veya milletvekili olmayan başka birine karşı işlediği hakaret veya sövme, cezalandırılabilme unsurunun yokluğu nedeniyle kovuşturulamaz ise de, hukuka aykırı olma özelliğini korumaktadır. Yani, mutlak yasama dokunulmazlığı kapsamına giren bir hakaret veya sövmeye karşılıkta bulunulması halinde, TCK' nın 129. maddesinin 3. fıkrasının uygulanması mümkün olacaktır⁸²⁶. Bir başka deyişle, şahsi bir cezasızlık nedeni olan mutlak yasama dokunulmazlığı TCK' nın 129. maddesinin 3. fıkrasının uygulanmasına engel olmayacaktır⁸²⁷.

c. Hakaret Veya Sövmelerin Karşılıklı Olması

Karşılıklı hakaret veya sövme kurumunun uygulanabilmesi için hakaret veya sövmelerin karşılıklı olması gerekir. Esasen bu koşul, kurumun temel özelliğini ortaya koymaktadır. Bu koşuldan ilk çıkarılacak sonuç, tarafların birbirlerine hakaret etmeleri veya sövmeleri gerektiğidir. Bu itibarla, başka birisine karşı işlenen hakaret veya sövmeye bir üçüncü kişi karşılık verecek olursa 129. maddenin 3. fıkrasının uygulanması söz konusu olamaz. Ancak, ilk hakaret veya sövmenin, karşılıkta

⁸²⁴ ERMAN, s. 214.

⁸²⁵ DÖNMEZER, Kişiler ve Mala Karşı Cürümler, s. 323; EREM, Hakaret ve Sövme, s. 86; ERMAN, s. 215.

⁸²⁶ DÖNMEZER, Kişiler ve Mala Karşı Cürümler, s. 323; ERMAN, s. 215; ÖZEN, "Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Halleri", s. 39.

⁸²⁷ DEMİRBAŞ, s. 120.

bulunan ikinci faile yakın bir kişiye karşı işlenmesi halinde karşılıklı hakaret veya sövme kabul edilebilir⁸²⁸. Bunun gibi karşılıklı bulunan kimse, ilk hakaret veya sövme failinden başka bir kişiye hakaret eder veya söverse, karşılıklı hakaret veya sövme kurumundan, ancak bu üçüncü kişinin ilk hakaret veya sövme faili ile sıkı bir yakınlık içerisinde bulunması halinde yararlanabilir. Örneğin, karısının veya oğlunun hakaret veya sövmesine maruz kalan kişinin, kocaya veya babaya hakaret veya sövmesi halinde karşılıklı hakaret veya sövme söz konusu olacaktır⁸²⁹.

Karşılıklı hakaret ve sövme hallerinde, ilk failin birden fazla kişiye hakaret etmesi ve sövmesi durumunda, 129. maddenin 3. fıkrasının uygulanıp uygulanamayacağı sorunu ile karşılaşılabilir. Söz konusu hükmün niteliği gereği, hakaret ve sövmeye maruz kalanlardan birinin karşılıklı bulunması halinde, ilk failin cezası kaldırılmayacaktır, ancak, karşılıklı bulunan 129. maddenin 3. fıkrasından yararlanabilecektir⁸³⁰. Bunun yanında, hakaret veya sövme birden fazla fail tarafından birlikte işlendiği takdirde, 129. maddenin 3. fıkrasının uygulanabilmesi, hakaret veya sövmeye maruz kalan kişinin bütün failleri teker teker veya hepsini kapsayacak şekilde karşılıklı bulunmasına bağlıdır. Bu nedenle, hakaret veya sövmeye maruz kalan, faillerden birisine karşılıklı bulunduğu takdirde, sadece iki kişi bakımından 129. maddenin 3. fıkrasının uygulanması söz konusu olacaktır⁸³¹.

Hakaret veya sövmelerin karşılıklı sayılabilmesi için aynı anda gerçekleşmiş olmaları gerekmemektedir. Hakaret veya sövmelerin karşılıklı sayılabilmesi için

⁸²⁸ EREM, Hakaret ve Sövme, s. 56; ERMAN, s. 217; ÖZEN, “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Halleri”, s. 39; Farklı görüş için bkz. ÜZÜLMEZ, s. 67. (Yazar, bu durumda, karşılıklı hakaret kurumunun uygulanamayacağını, ancak TCK’ nın 129. maddesinin 1. fıkrasının uygulanabileceğini kabul etmektedir.)

⁸²⁹ ERMAN, s. 217; ÖZEN, “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Halleri”, s. 40; Farklı görüş için bkz. EREM, Hakaret ve Sövme, s. 56; DEMİRBAŞ, s. 123. (Yazarlar, karşılıklı bulunan failin üçüncü kişiye hakaret etmesi halinde karşılıklı hakareten yararlanamayacağını kabul etmektedir.)

⁸³⁰ DEMİRBAŞ, s. 125.

⁸³¹ DEMİRBAŞ, s. 126.

aralarında illiyet bağının bulunması yeterlidir⁸³². Gerçekten karşılıklı hakaret veya sövme kurumunun uygulanabilmesi için, karşılığın aynı anda gerçekleşmesinin zorunlu olmadığı doktrinde ve uygulamada ittifakla kabul edilmektedir⁸³³. Özellikle gazeteciler arasında sıkça görülen ve kolaylıkla suç şeklini alan tartışmalarda karşılığın derhal verilebilmesi olanaksız olup, gazetenin yayınlanmasını beklemek zorunludur⁸³⁴. Yargıtay’ ın da aynı yaklaşımı benimsediği görülmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu İçtihadına göre; “kanunda bir zaman kaydı mevcut olmamakla beraber, karşılık kelimesinin lügat manasına müracaat zaruri olmasına göre, yüze karşı hakaretle aynı mecliste olan mukabelenin karşılık olarak kabulü doğru ise de, gıyapta olan hakarete mukabelenin derhal olması imkan dışında bulunduğundan, mağdurun ıttılından sonra mukabeleten hakaretin karşılık sayılması zaruridir.”⁸³⁵. Bu karara göre; huzurda işlenen hakaret veya sövme halinde, karşılık oluşturan hakaret veya sövmenin karşılıklı sayılabilmesi için derhal yapılmış olması gerekirken, gıyapta işlenen hakaret veya sövme halinde, karşılığın hakaret veya sövmenin öğrenildiğinde yapılmış olması gerekmektedir⁸³⁶. Belirtmek gerekir ki, huzurda işlenen hakaret veya sövme halinde, karşılığın derhal verilmesini şart koşmak her zaman doğru olmayacaktır. Gerçekten, mağdur, içinde bulunduğu ortam gereği bir süre sonra karşılık vermek zorunda kalabilir. Örneğin, bir salonda bayanların huzurunda hakaret veya sövmeye maruz kalan kimse, derhal karşılıklıta

⁸³² DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 322; EREM, Hakaret ve Sövme, s. 56.

⁸³³ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 247; DEMİRBAŞ, s. 123; DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 322; EREM, Hakaret ve Sövme, s. 56; ÖNDER, s. 263; ÖZEN, “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Halleri”, s. 40; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 469.

⁸³⁴ EREM, Hakaret ve Sövme, s. 56; ERMAN, s. 217; Farklı görüş için bkz. SOYASLAN, s. 258. (Yazara göre, hakaretin karşılıklı sayılabilmesi için her iki suçun da huzurda işlenmiş olması gerekir.)

⁸³⁵ CGK. 10.04.1945, E. 3919_K. 3962, EREM, Hakaret ve Sövme, s. 56.

⁸³⁶ DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 321; ÖNDER, s. 263.

bulunmayı uygun görmeyip, dışarı çıkınca karşılıklı bulunduğu takdirde, TCK' nın 129. maddesinin 3. fıkrası uygulanmalıdır⁸³⁷.

Karşılıklı hakaret veya sövmelerin bütün unsurları itibariyle gerçekleşmiş olup olmamasının 129. maddenin 3. fıkrasının uygulanması bakımından zorunlu olup olmadığı tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre, 129. maddenin 3. fıkrasının uygulanabilmesi için hem ilk hakaret veya sövme fiili hem de karşılık hakaret veya sövme fiili cezalandırılabilir olmalıdır. Diğer bazı yazarlara göre ise sorunu ilk failin cezasının kaldırılabilmesi ile ikinci failin cezasının kaldırılabilmesi bakımından ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Bu görüşe göre, 129. maddenin 3. fıkrasının uygulanabilmesi için ilk failin fiili cezalandırılabilir ve takip edilebilir olmalıdır. Aynı durum, ikinci fail bakımından da aranmalıdır⁸³⁸.

Karşılıklı hakaret ve sövme kurumunun uygulanabilmesi için, hakaretler veya sövmeler arasında bir oranın bulunması gerekmemektedir. Her iki fiilin hakaret suçu oluşturması yanında her iki fiilin sövme suçu oluşturması, ya da bir fiilin hakaret suçu diğer fiilin de sövme suçu oluşturması mümkündür. Karşılıklı hakaret veya sövmelerden birinin sövme, diğerinin yazı ile işlenmiş olması ya da birinin basit diğerinin nitelikli hal teşkil etmesi önemli değildir⁸³⁹. Yargıtay' ın da aynı yaklaşımı benimsediği görülmektedir. Yargıtay bir kararında⁸⁴⁰; "hakaretin karşılıklı olması için iki hakaretin aynı şekilde ve derecede olmasının şart olmadığına" hükmetmiştir.

⁸³⁷ EREM, Hakaret ve Sövme, s. 56; ERMAN, s. 218; "Hakarete maruz kalan şahidin mahkeme salonundan çıkmasını müteakip davacıya sövmüş olmasına göre bunun karşılıklı hakaret teşkil edip etmediği düşünülmemektedir 485. maddenin 1. fıkrasının uygulanması yolsuzdur", 2. CD. 14.12.1949, E. 1143_K. 16718, DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 322.

⁸³⁸ DEMİRBAŞ, s. 127-127; ÖZEN, "Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Halleri", s. 41.

⁸³⁹ DEMİRBAŞ, s. 126; DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 324; EREM, Hakaret ve Sövme, s. 57; ERMAN, s. 219; SOYASLAN, s. 258; ÖNDER, s. 264; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 468-469.

⁸⁴⁰ 2. CD. 26.10.1960, E. 7391_K. 9563, ÖNDER, s. 264.

TCK' nın 129. maddesinin 3. fıkrasının uygulanabilmesi için karşılıklı hakaret veya sövmeye maruz kaldığını iddia eden tarafın şikayet hakkını kullanmış olması veya dava açmış olması gerekmez, kanun, hakaret veya sövmenin karşılıklı olmasını aramakta, davaların karşılıklı olmasını ise şart koşturmamaktadır⁸⁴¹. Yargıtay da “karşılıklı hakaret hükmünün uygulanabilmesi için iki tarafın birbirini kötülemesi yeterlidir. Ayrıca öteki tarafın dava açması zorunlu değildir” demek suretiyle aynı yaklaşımdan yana tavır sergilemektedir⁸⁴².

Taraflardan birinin ölümü halinde karşılıklı hakaret veya sövme kurumunu uygulanmayacağı söylenebilir. Doktrinde, bu kurumun hayatta olan kişiler bakımından mümkün olduğu, kabul edilmiştir. Bu itibarla, ilk hakaret veya sövme faili öldükten sonra buna karşılık verilmesi cezayı kaldıran neden olarak kabul edilemez, çünkü verilen karşılık artık yaşamayan kişinin hatırasına yönelmiş demektir. Bu sebeple de karşılıklı olmak şartı gerçekleşmiş kabul edilemez. Karşılık, ölenin kanunda sayılan belirli derecedeki yakınlarına karşı da ileri sürülemez, çünkü, karşılıklı bulunan kişiye hakaret eden ya da söven onlar değildir, Buna karşın, ilk hakaret veya sövme faili hayatta iken karşılıklı bulunulmuşsa, ilk hakaret veya sövme failinin hükümden önce ölümü, cezayı kaldıran nedenim uygulanmasına mani olmaz, çünkü, karşılıklı olmak unsurunun tayininde göz önünde bulundurulması gereken hüküm anı değil, her iki suçun gerçekleştiği andır⁸⁴³.

Hakaret veya sövmenin karşılıklı olması durumunda, tarafların cezalandırılıp cezalandırılmayacağı veya hangisinin cezalandırılacağı konusundaki takdir yetkisi hakime ait olup, hakim bu yetkisini kullanırken “olayın mahiyetini” göz önünde

⁸⁴¹ DEMİRBAŞ, s. 133; DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 324; EREM, Hakaret ve Sövme, s. 58; ERMAN, s. 219; ; ÖZEN, “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Halleri”, s. 41-42; SOYASLAN, s. 257.

⁸⁴² ÖZEN, “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Halleri”, s. 41.

⁸⁴³ EREM, Hakaret ve Sövme, s. 58.

bulunduracaktır⁸⁴⁴. 765 sayılı yasanın 485. maddesinin 2. fıkrasında hakim, bu takdir yetkisini kullanırken, “iki taraf veya hangi tarafın sebebiyet verdiğini” göz önünde bulunduracağı öngörülmüştü. Bunun sonucu olarak da, ilk hakaret veya sövme suçunu işleyen failin cezalandırılmamasına karar verilebilmesi, karşı tarafın cezasının indirilmesi koşuluna bağlıydı. Bir başka deyişle, hakim yalnızca bir taraf için cezanın indirilmesine karar verecekse, bu kişi ancak karşılık veren kişi olabilirdi⁸⁴⁵. Buna karşın, TCK’ nın 129. maddesinin 3. fıkrasında “olayın mahiyetinin” göz önünde bulundurulacağından söz edilmiş olması karşısında, ilk hakaret veya sövme failinin, karşı tarafın cezası indirilmiş veya ortadan kaldırılmış olmasa bile, 129. maddenin 3. fıkrasından yararlanabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Özellikle karşı tarafın ilk işlenen hakaret veya sövmeye daha ağır karşılık verdiği durumlarda, ilk hakaret veya sövme failinin de 129. maddenin 3. fıkrasından yararlanabileceğini kabul etmek gerekir⁸⁴⁶. Belirtmek gerekir ki, hakim takdir yetkisini kullanırken tarafların istekleriyle bağlı değildir⁸⁴⁷.

TCK’ nın 129. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, karşılıklı hakaret veya sövme halinde, ceza vermekten vazgeçilmesi halinde, fail hakkında ceza tayin edilmeden, doğrudan “ceza verilmesine yer olmadığı” kararı verilmesi gerekir⁸⁴⁸.

Karşılıklı hakaret veya sövme halinde yargılama giderleri CMK’ nın 328. maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, “karşılıklı hakaret hallerinde taraflardan biri veya her ikisi hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararının

⁸⁴⁴ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 469.

⁸⁴⁵ DEMİRBAŞ, s. 135; EREM, Hakaret ve Sövme, s. 59; ERMAN, s. 220; ÖZEN, “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Halleri”, s. 42.

⁸⁴⁶ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 247; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 470.

⁸⁴⁷ DEMİRBAŞ, s. 135; EREM, Hakaret ve Sövme, s. 59; ERMAN, s. 220.

⁸⁴⁸ “5237 sayılı TCK’ nın 129/3. maddesi uyarınca hakaret suçunun karşılıklı olarak işlenmesi nedeniyle ceza verilmekten vazgeçilmesi halinde, doğrudan ceza vermekten vazgeçilmesine karar verilmesi gerektiği gözetilmeyerek sanık hakkında adli para cezası tayin edildikten sonra yazılı şekilde hüküm kurulması”, 2. CD. 20.06.2007, E. 8129_K. 9062, PARLAR, HATİPOĞLU, s. 314.

verilmesi, bunlardan birinin veya her ikisinin giderleri karşılamaya mahkum edilmelerine engel olmaz”. Bu itibarla, CMK’ nın 327. maddesi uyarınca, her iki fail hakkında “ceza verilmesine yer olmadığı” kararı verilse dahi; tarafların sadece kendi kusurlarından ileri gelen giderleri ödemeye mahkum edilmesi gerekir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜMÜ

SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ HALLERİ VE USUL HÜKÜMLERİ

I. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ HALLERİ

A. Teşebbüs

Hakaret ve sövme suçları sırf hareket suçlarındandır. Bu tür suçlarda istenen neticenin gerçekleşip gerçekleşmediğinin suçun oluşumu bakımından önemi yoktur⁸⁴⁹.

Yukarıda daha önce yapılan açıklamalarda belirtildiği üzere, TCK' nın 125. maddesi, hakaret ve sövme suçlarının oluşumu bakımından hakaret veya sövme içeren söz ya da hareketlerin onur, şeref ve saygınlığı rencide edici nitelikte olmasını aramaktadır. Bir başka deyişle, hakaret ve sövme suçlarının oluşumu bakımından kişinin onur, şeref ve saygınlığının somut olarak aşağılanması, rencide olması zorunlu değildir. Bu itibarla doktrinde, hakaret ve sövme suçlarının soyut tehlike suçları olduğu ittifakla kabul edilmiştir⁸⁵⁰.

Hakaret ve sövme suçları, neticesiz, sırf hareket suçlarından birisi olması sebebiyle teşebbüse elverişli değildir. Hakaret ve sövmenin huzurda işlenmesi halinde, suç, mağdur tarafından bizzat söylenen sözlerin duyulması ile tamamlanacağından, teşebbüs söz konusu olmayacaktır. Aynı şekilde, gıyapta hakaret ve sövme halinde de, suç, yasada öngörülen sayıda kişilerin sonuncusunun,

⁸⁴⁹ ERMAN, ÖZEK, s. 291; HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 234; SOYASLAN, s. 233; TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 271.

⁸⁵⁰ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 227; DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 280; EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s. 2242; ERMAN, s. 124; ÖNDER, s. 242; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 444; TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 104; Farklı görüş için bkz. ÖZBEK, s. 266. (Yazar, hakaret suçunu somut tehlike suçu olarak kabul etmektedir.

söylenenleri öğrenmesiyle birlikte tamamlanacağından, yine teşebbüs hali gerçekleşmeyecektir⁸⁵¹.

Belirtmek gerekir ki, gıyapta hakaret ve sövme halinde fail, hakaret veya sövme içeren sözü mağdur dışında bir kimseye söyleyip, onu bu sözü başkalarına da iletme konusunda görevlendirdiği takdirde, görevlendirilen kişinin, bu sözleri, başkalarına ulaştırmaması halinde, ihtilat unsuru gerçekleşmeyeceğinden hakaret ve sövme suçları oluşmayacaktır. Böyle bir durumda, failin fiilinin teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilemez⁸⁵². Bunun yanında basın yoluyla işlenen hakaret ve sövme suçlarında, yayın gerçekleşmeden hakaret ve sövme suçları oluşamayacağı için, bu durumda da failin fiilinin teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilemez⁸⁵³.

Buna karşın, doktrinde, hakaret ve sövme suçlarının huzura eşit durumların ortaya çıkmasını sağlayan araçlardan “yazılı” olanlarının kullanılması yoluyla işlenmesi halinde, icra hareketlerinin parçalara bölünebilir olması sebebiyle, ittifakla teşebbüsün mümkün olabileceği kabul edilmiştir⁸⁵⁴. Doktrinde haklı olarak, hakaret ve sövme suçlarının takibi şikayete bağlı olması ve mağdurun eline ulaşmayan bir

⁸⁵¹ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 253; EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s. 2242; ERMAN, ÖZEK, s. 291; HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 234; ÖNDER, s. 274; ÖZBEK, s. 272; SOYASLAN, s. 239; ŞEN, s. 541; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 458; “Hakaret suçuna kalkışmanın olanaklı olmadığı ve suçun tamamlandığı gözetilmeden, TCY’ in 62. maddesi ile cezadan indirim yapılması yasaya aykırıdır”, 4. CD. 130.10.1999, E. 7452_K. 8552, ÇETİN, s. 107.

⁸⁵² ERMAN, 125; ÖNDER, s. 274.

⁸⁵³ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 234.

⁸⁵⁴ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 253; EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s. 2242; ERMAN, ÖZEK, s. 291; HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 234; ÖNDER, s. 275; ÖZBEK, s. 272; SOYASLAN, s. 245; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 468; YENİDÜNYA, ALŞAHİN, s. 69; Aksi görüş için bkz. ŞEN, s. 541. (Yazara göre; hakaret içerikli mektup gönderildiği halde mağdura ulaşmadan kaybolursa, suçun teşebbüs aşamasında kaldığının kabul edilmemesi isabetli olacaktır. Zira, hakaret içeren mektubun yazılması ve gönderilmesi henüz hazırlık hareketleri kapsamında kabul edilmelidir. Mektup mağdura ulaşmış okunduğu anda icra hareketinin gerçekleştiğini ve aynı zamanda suçun netice kısmının gerçekleştiğinin kabulü gerekir.)

mektuptan haberdar olması imkanının pek bulunmaması sebebiyle, uygulamada hakaret ve sövme suçlarına teşebbüs olanağının bulunmadığı ileri sürülmüştür⁸⁵⁵.

TCK' nın 36. maddesinde gönüllü vazgeçme kurumu "Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır" şeklinde düzenlenmiştir. Hakaret suçunun huzura eşit durumların ortaya çıkmasını sağlayan araçlardan "yazılı" olanlarının kullanılması yoluyla işlenmesi halinde, TCK' nın 36. maddesinde düzenlenen gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanabileceğini kabul etmek gerekir. Örneğin, fail üçüncü bir kişi ile mağdura elden göndermekte olduğu mektubu mağdura ulaşmadan alırsa, fail cezalandırılmaz⁸⁵⁶.

Belirtmek gerekir ki, failin basın yoluyla mağdura hakaret ettikten veya sövdükten sonra, söz konusu yayının sonraki sayılarında düzeltme yazısı yayınlaması veya mağdurdan özür dilemesi halinde, suç tamamlanmış olduğundan failin cezalandırılmaması mümkün olmayacaktır⁸⁵⁷.

TCK' da etkin pişmanlık hükümleri bütün suç tipleri için değil, sadece belirli suçlar açısından öngörülmüştür. Hakaret ve sövme suçlarının, bu suçlar arasında yer almaması sebebiyle, hakaret ve sövme suçları bakımından, etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması söz konusu olmayacaktır⁸⁵⁸.

⁸⁵⁵ ERMAN, s. 125; ÖZBEK, s. 272; YENİDÜNYA, ALŞAHİN, s. 69.

⁸⁵⁶ ÜZÜLMEZ, s. 68; YENİDÜNYA, ALŞAHİN, s. 69.

⁸⁵⁷ ERMAN, s. 128; ÖZBEK, s. 273.

⁸⁵⁸ ÖZBEK, s. 273.

B. İştirak

Hakaret ve sövme suçlarının iştirak halinde işlenmesi mümkündür. Birden çok kişi birlikte hakaret ve sövme oluşturan bir karikatür, resim, heykel, müzik yaptıklarında iştirak halinde suç işlemiş olurlar. Hakaret ve sövme içeren bir mektup bir tek kişi tarafından yazılabileceği gibi, birden çok kişi tarafından da birlikte yazılabilir. Sözlü hakaret ve sövme halinde, failin azmettirilme, faile telkin ve tavsiyelerde bulunulması mümkün olabilir. Ancak, yazılı veya sözlü fiile katılmaksızın sadece taşıyıcı olmakla, suça iştirak olunmaz⁸⁵⁹.

Yukarıda hakaret ve sövme suçlarının faili başlığı altında, hakaret ve sövme suçlarının basın yoluyla işlenmesi halinde sorumluların 5187 sayılı Basın Kanununun “cezai sorumluluk” başlıklı 11. maddesine göre belirleneceği açıklanmıştı. Burada konuya ilişkin tekrardan kaçınılıp, iştirak kurumu ile bağlantılı noktalara temas edilecektir. Daha önce açıklandığı üzere, 5187 sayılı Basın Kanunu esas olarak eser sahibinin sorumluluğunu kabul etmiştir. Yasanın eser sahibinin sorumluluğunu kabul etmiş olması karşısında, yazı ya da habere, kaynak oluşturan, haber, beyanat ya da belge verenlerin Basın Kanununun 11. maddesi uyarınca cezalandırılmalarına olanak yoktur. Bu kişilerin yazı veya haberi yazanla birlikte sorumlu tutulabilmeleri için iştirakin genel kurallarının bulunması zorunludur⁸⁶⁰.

Bunu yanında hakaret ve sövme suçlarının faili başlığı altında hakaret ve sövme suçlarının radyo ve televizyon vasıtasıyla işlenmesi halinde sorumluların 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanununun 28. maddesiyle ve 3984 sayılı Radyo ve Televizyon Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun 28. maddesine 5278 sayılı yasanın 468. maddesiyle eklenen 10. fıkra uyarınca belirleneceği açıklanmıştı.

⁸⁵⁹ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 234.

⁸⁶⁰ ÇETİN, s. 266.

5278 sayılı yasanın 468. maddesi ile 3984 sayılı yasanın 28. maddesine eklenen 10. fıkra uyarınca, radyo ve televizyon yayınları yoluyla işlenen suçlardan dolayı sorumluluk, Türk Ceza Kanununun iştirak hükümlerine göre, yayını yöneten veya programı yapanla birlikte sorumlu müdüre ait olacaktır.

C. İctima

Hakaret ve sövme suçlarının zincirleme suç şeklinde işlenmesi mümkündür. Zincirleme suç, TCK' nın 43. maddesinin 1. fıkrasında “Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır” şeklinde düzenlenmiştir.

Zincirleme suç kurumu esasen bir suç çokluğu halidir. Zincirleme suç oluşturulan suçlar, ancak kanunda açıkça öngörülen hallerde tek suç sayılırlar⁸⁶¹. TCK' nın 43. maddesinin 1. fıkrasından da anlaşılacağı üzere zincirleme suç halinde esasen birden fazla suç bulunmaktadır. Ancak bu suçlar aynı suç işlemeye yönelik bir kararın icrası kapsamında işlendikleri için faile tek ceza verilmekte ve bu ceza kanunda öngörülen oranlarda artırıma tabi tutulmaktadır. Zincirleme suçun özünü oluşturan ve subjektif şartı olarak kabul edilen “aynı suç işleme kararı” doktrin ve uygulamada önceden kurulması gereken bir plan şeklinde anlaşılmaktadır⁸⁶². Suç kararında birlik bulunup bulunmadığı gerekçesi de gösterilmek suretiyle hakim tarafından takdir edilecek bir husustur⁸⁶³. Hakimin işlenen suçların aynı suç kararı ile işlenip işlenmediğini değerlendirirken yararlanabileceği veriler Yargıtay' ın bir kararında⁸⁶⁴ “bir suç işleme kararının varlığı saptanırken, mahkeme, her suç

⁸⁶¹ SANCAR, Türkan, Müteselsil Suç, Seçkin Yayınevi, Ankara 1995, s. 121.

⁸⁶² SANCAR, s. 97; CGK. 01.06.1999, E. 122_K. 145, ÇETİN, s. 35.

⁸⁶³ SANCAR, s. 98.

⁸⁶⁴ 4. CD. 07.06.1996, E. 3840_K. 5279, ÇETİN, s. 35.

çokluğunda, kuşkusuz, eylemlerin işleniş biçimlerindeki benzerlik ya da tekdüzelik, benzer fırsatları değerlendirme, yasa sistematığına göre suçla korunan hukuki varlık, değer ya da yarar, cürmi davranışın yöneldiği maddi konu olan kişi ya da şeyin özellik ve başkalıkları, suçlar arasındaki zaman aralığı ve bunlara benzer daha birçok dışa yansıyan verilerden yararlanabilir ve bunlara dayanabilir” şeklinde belirlenmiştir.

TCK’ nın 43. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, failin, hakaret ve sövme suçlarını, aynı suçu işlemeye yönelik bir kararın icrası kapsamında aynı kişiye karşı değişik zamanlarda işlenmesi halinde zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Hakaret veya sövme suçunun aynı kişiye karşı önce basit hakaret veya sövme, daha sonra ise nitelikli hakaret veya sövme olarak işlenmesi halinde de zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. TCK’ nın 43. maddesinin 1. fıkrasında “... Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır” şeklinde düzenleme yapılarak bu husus açıkça belirlenmiştir. Ancak, bu durumda, hakaret ve sövme suçunun nitelikli hali için belirlenen ceza üzerinden artırım yapılacaktır⁸⁶⁵.

TCK’ nın 43. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, hakaret ve sövme suçlarının birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlendiği hallerde de zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Bu durumda, faile tek bir ceza verilecek ve verilecek bu ceza, TCK’ nın 43. maddesinin 1. fıkrası uyarınca artırıma tabi tutulacaktır⁸⁶⁶. Bu düzenleme ile

⁸⁶⁵ SANCAR, s. 127.

⁸⁶⁶ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 235; ÖZBEK, s. 273; “Sanığın ekip otosu içinde aynı anda birden fazla polis memuruna yönelik yaptığı hakaret eyleminin aynı suç işleme kararı içinde işlenmesi karşısında, 5237 sayılı TCY’ in 43/2. maddesi uyarınca aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği ve 5237 sayılı TCY’ in 125/1-3 ve 43/2. maddelerinin uygulanmasının 765 sayılı yasanın 266/2. maddesine göre sanığın lehine olduğu gözetilmeden, eksik ve yetersiz gerekçeyle her yakına karşı ayrı ayrı hakaret suçunun işlendiği gerekçesiyle fazla cezaya hükmolunması”, 4. CD. 06.03.2007, E. 260_K. 2211, PARLAR, HATİPOĞLU, s. 125.

765 sayılı yasa döneminde konuya ilişkin olarak suçun tekliği veya çokluğu noktasında mevcut olan tartışmalar sona ermiştir⁸⁶⁷. Ancak TCK’ nın 43. maddesinin 2. fıkrası zincirleme suç esasına aykırılık teşkil etmektedir. Kanun mağdurun aynı kişi olmaması halinde zincirleme suçu kabul etmezken, fiil tek ise, mağdur kişilerin farklı olmasını gözetmeksizin birden çok suçun esasını oluşturan “bir suç işleme kararındaki birlik” unsurunu aramamaktadır. Bu durum esasen kanun koyucunun kaldırma başarısı gösterdiğini iddia ettiği kusursuz sorumluluk halinin başka bir ad altında kabul edilmesidir⁸⁶⁸. Bunun yanında, aynı suçun birden fazla kişiye karşı “bir tek fiille” işlenmesinin mümkün değildir ve maddede geçen “tek bir fiille” ibaresini “tek bir davranışla” şeklinde anlamak gerekmektedir⁸⁶⁹. Bu itibarla, TCK’ nın 43. maddesinin 2. fıkrasında kabul edilen “tek suçun varlığı” nın kabulü yerinde bir düzenleme değildir ve esasen tek bir hareketle birden fazla kişiye hakaret ve sövme halinde birbirinden ayrı suçların oluştuğunu ve her bir suç için ayrı bir ceza verilmesi gerektiğini kabul etmek gerekir⁸⁷⁰.

Hakaret ve sövme suçlarının birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi halinde, birden fazla kişi topluluk oluştursa dahi, TCK’ nın 43. maddesinin 2. fıkrasının uygulanacağını kabul etmek gerekir. Nitekim kanun koyucu benzer bir düzenlemeye TCK’ nın 125. maddesinin 5. fıkrasında “kurul halinde çalışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı hakaret edilmesi halinde suç, kurulu oluşturan üyelere karşı işlenmiş sayılır. Ancak, bu durumda zincirleme suça ilişkin madde hükümleri uygulanır” şeklinde düzenleme yapmak suretiyle yer vermiştir⁸⁷¹.

⁸⁶⁷ TARHAN, s. 357.

⁸⁶⁸ HAFIZOĞULLARI, Türk Ceza Hukuku Ders Notları, <http://www.zekihafizogullari.com/CezaHukuku%20Ders%20Notlari.pdf>.

⁸⁶⁹ ŞEN, s. 531-532; TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 315.

⁸⁷⁰ ŞEN, s. 534.

⁸⁷¹ ÜZÜLMEZ, s. 69; YENİDÜNYA, ALŞAHİN, s. 70.

Bir ifadenin hem hakaret ve sövme hem de müstehcen olması halinde, bir fiille kanunun iki ayrı hükmü ihlal edildiğinden, fikri içtima hükmünün uygulanması gerekecektir⁸⁷².

TCK' nın 265. maddesinde düzenlenen kamu görevlisine karşı görevini yapmasını engellemek amacıyla cebir ve tehditle direnme eylemi genellikle hakaret ve sövme suçları ile birlikte gerçekleşmektedir. Böyle durumlarda, Yargıtay, hakaret ve sövme suçlarının, görevini yaptırmamak için direnme suçunun unsuru saymakta ve tek suç oluştuğunu kabul etmektedir⁸⁷³. TCK' nın 42. maddesinde bileşik suç “Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suç” olarak tanımlanmaktadır. Bileşik suç, zincirleme suçun aksine, kendisini oluşturan suçlara bölünemeyen bir bütündür. Bileşik suçtan söz edebilmek için, her şeyden önce kanuni bir birleşme olması, yani bu birleşmenin kanunda açıkça öngörülmüş olması gerekmektedir⁸⁷⁴. Ancak TCK' nın 265. maddesinde yer alan görevi yaptırmamak için direnme ve hakaret ve sövme suçları bakımından kanunda herhangi bir birleşme öngörülmüş değildir. Kanunun açıkça öngörmediği bir birleşmeden de söz edilemeyeceği için, Yargıtay' ın hakaret ve sövme suçlarının, görevi yaptırmamak için direnme suçunun unsurunu teşkil ettiği yönündeki iradesinin hatalı olduğunu kabul etmek gerekir. Bu durumda, iki ayrı suçun varlığı kabul edilmeli ve gerçek içtima hükümleri uygulanmalıdır⁸⁷⁵.

⁸⁷² HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 235.

⁸⁷³ 4. CD. 18.05.2004, E. 9385_K. 6556, TARHAN, s. 356.

⁸⁷⁴ TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 312.

⁸⁷⁵ TARHAN, s. 352.

II-USUL HÜKÜMLERİ

A. Kovuşturma

Hakaret ve sövme suçları, kural olarak takibi şikayete bağlı suçlardandır. TCK' nın 131. maddesinin 1. fıkrasında, kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenenler hariç, hakaret ve sövme suçlarının soruşturulması ve kovuşturulmasının mağdurun şikayetine bağlı olduğunu düzenlenmiştir. Madde metninde açıkça belirtildiği üzere, kamu görevlilerine karşı görevinden dolayı hakaret ve sövme halinde re'sen takibat yapılacaktır⁸⁷⁶. Şikayet hakkını, şüphesiz, hakarete ve sövmeye maruz kalan kişinin, yani hakaret ve sövme suçlarının mağdurunun kullanması gerekir⁸⁷⁷.

Şikayet, sadece dava açılabilmesi için değil, dava açıldıktan sonra da gerçekleşebilen ve gerçekleşmemesi her türlü muhakeme faaliyetine engel olan bir muhakeme şartıdır⁸⁷⁸. Şikayet hakkının kullanılabilmesi için suç failin öğrenilmesine gerek yoktur. Şikayet esasen fiile ilişkin olduğundan failin gösterilmesi gerekmez⁸⁷⁹.

TCK' nın 131. maddesinin 2. fıkrasında, mağdurun şikayet etmeden önce ölümü veya hakaret ve sövmenin ölmüş bir kimsenin hatırasına karşı işlenmiş olması hallerinde bazı kimselere şikayet hakkı tanınmıştır. Buna göre, “Mağdur, şikâyet etmeden önce ölürse veya suç ölmüş olan kişinin hatırasına karşı işlenmiş ise; ölenin ikinci dereceye kadar üstsoy ve altsoyu, eş veya kardeşleri tarafından şikâyetle

⁸⁷⁶ “Ancak; sanığın, komşusuna ait iş yerinde yapılan haciz işlemi sırasında haczedilen malların kendisine yed-i emin olarak teslim edilmesi isteğinin kabul edilmemesi üzerine, mağdur icra müdürünün duyabileceği şekilde ‘... böyle işi sinkaf ederim’ sözlerinin, kovuşturulması yakınmaya bağlı olmayan görevliye sövme suçunu oluşturduğu gözetilmeden, eylem yoklukta hakaret kabul edilerek yakınmanın geri alınması sebebiyle kamu davasının düşürülmesine karar verilmesi yasaya aykırıdır”, 4. CD. 14.01.2008, E. 7080_K. 111, PARLAR, HATİPOĞLU, s. 323.

⁸⁷⁷ DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 331.

⁸⁷⁸ TOROSLU, FEYZİOĞLU, s. 48.

⁸⁷⁹ GÜNGÖR, s. 42.

bulunulabilir”. Bu düzenlemenin 765 sayılı yasadaki karşılığı yasanın 488. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmişti. 488. maddenin ikinci fıkrasında şikayet hakkı olanlar “ ölenin karısı, usul ve fûru, kardeşleri, usul ve fûru derecesinde sıhri akrabası ve doğrudan doğruya veresesı” şeklinde belirlenmişti. Ancak bu hüküm, oldukça geniş bir surette, kaçınıcı dereceden olursa olsun üstsoy ve altsoya, şikayet hakkı tanımış olması sebebiyle eleştirilmişti⁸⁸⁰. Kanun koyucu bu eleştirileri dikkate alarak 131. maddesinin 2. fıkrasında “ikinci dereceye kadar” üstsoy ve altsoya şikayet hakkı tanımıştır.

Şikayet kurumunun temel amacı mağduru korumaktır⁸⁸¹. Bu itibarla şikayet hakkının bizatihi, suçtan zarar gören mağdur tarafından kullanılması gerektiğine yukarıda değinilmişti. Suçtan dolayı zarar görenler ise ancak kanunda açıkça belirtildiği hallerde şikayet hakkına sahip olacaktır. İşte, TCK’ nın 131. maddesinin 2. fıkrasında mağdurun şikayet etmeden önce ölmesi halinde, suçtan doğrudan zarar görmeyen, kanunda sayılan belirli derecedeki yakınların şikayet hakkına sahip olduğu öngörülmüştür. Bu durumda, henüz şikayet süresi dolmamışsa, şikayet hakkı, kanunda açıkça gösterilen bu kişiler tarafından kullanılabilir. 131. maddenin 2. fıkrasında hakaret ve sövme suçlarının ölmüş bir kimsenin hatırasına karşı işlenmesi halinde de kanunda sayılan kişilerin şikayet hakkına sahip olduğu öngörülmüştür. Ancak, belirtmek gerekir ki, bu durumda şikayet hakkına sahip olanlar, kendileri doğrudan doğruya suçtan zarar görenlerdir⁸⁸². Şikayet kurumu, TCK’ nın 73. maddesinde düzenlenmiştir. TCK’ nın 73. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, şikayet hakkının kullanılması süreye bağlanmıştır. Bu süre, failin ve failin

⁸⁸⁰ EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, s. 2334.

⁸⁸¹ GÜNGÖR, s. 45.

⁸⁸² GÜNGÖR, s. 46.

kim olduğunun bilinmesinden itibaren 6 aydır. Bu 6 aylık süre, hak düşürücü bir süredir⁸⁸³. Bu süre, fiilin işlenmesinden çok sonra da başlayabilir yeter ki o suç ile ilgili zaman aşımı süresi dolmamış olsun⁸⁸⁴. Mağdur öngörülen süre içerisinde şikayet hakkını kullanmadığı takdirde soruşturma ve kovuşturma yapılamayacaktır.

Ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerin şikayet hakkını kanuni temsilcisi kullanabilir.⁸⁸⁵ Ancak ayırt etme gücüne sahip küçüklerin, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olan şikayet hakkını, tek başına kullanabileceklerini kabul etmek gerekir⁸⁸⁶.

Suçtan zarar görenler birden fazla ise, her biri şikayet hakkını diğerlerinden bağımsız olarak kullanabilir⁸⁸⁷. Bu itibarla failin tek bir fiille birden fazla kişiye hakaret etmesi veya sövmesi halinde, mağdurlardan her birinin bağımsız şikayet hakkına sahip olduğunu kabul etmek gerekir. Bunun yanında dolayısıyla hakaret ve sövme halinde, hakaret ve sövmeye doğrudan ve dolaylı olarak maruz kalan kişiler de birbirinden bağımsız şikayet hakkına sahiptir⁸⁸⁸. CMK' nın 158. maddesinin 5. fıkrası uyarınca şikayet yazılı olarak yapılabileceği gibi, tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak da yapılabilecektir. Şikayette bulunulabilecek merciler CMK' nın 158. maddesinde; cumhuriyet başsavcılığı, kolluk makamı, valilik, kaymakamlık ve mahkeme olarak belirlenmiştir.

Şikayetten vazgeçme ve şikayetin geri alınması mümkündür, Şikayetten vazgeçme, süresi geçmemiş ve henüz yapılmamış şikayetin artık yapılmayacağını suçtan zarar gören kişi veya kanuni temsilcisi tarafından açıklanmasıdır. Yapılmış şikayetin, suçtan zarar gören veya kanuni temsilcisi tarafından, geçersiz sayılmasının

⁸⁸³ ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA, SAYGILAR, ALAN, s. 48.

⁸⁸⁴ TOROSLU, FEYZİOĞLU, s. 50.

⁸⁸⁵ ÇETİN, s. 155.

⁸⁸⁶ GÜNGÖR, s. 48; HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 242.

⁸⁸⁷ ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA, SAYGILAR, ALAN, s. 50.

⁸⁸⁸ ERMAN, s. 85.

istenmesine de şikayetin geri alınması denilmektedir. TCK şikayetin geri alınmasını düzenlemiş, vazgeçmeyi ise düzenlememiştir⁸⁸⁹.

Şikayeti geri alma tek taraflı bir işlem değildir. Şikayet edilenin bunu kabul etmesi gerekir. Şikayet edilenin kabul etmesi halinde, soruşturma evresinde, takipsizlik, kovuşturma evresinde düşme kararı verilir⁸⁹⁰. Şikayet geri alındıktan sonra bir daha aynı suç hakkında şikayette bulunulamayacaktır⁸⁹¹. TCK' nın 73. maddesinin 4. fıkrası uyarınca geri alma, kural olarak, hüküm kesinleşinceye kadar mümkündür, ancak hükmün kesinleşmesinden sonraki geri alma, cezanın infazına engel olamaz. Mağdurun şikayet etmeden önce ölmesi halinde kanunda sayılan yakınlarına şikayet hakkı tanındığına göre, mağdurun sağlığında yapmış olduğu şikayetin yine kanunda sayılan yakınlar tarafından geri alınabileceğini de kabul etmek gerekir⁸⁹². Ayırt etme gücüne sahip küçüğün şikayetini geri alma yönündeki isteği ancak yasal temsilcisinin onayı ile birlikte geçerli sayılmalıdır⁸⁹³.

Basılmış eser yoluyla işlenen hakaret ve sövme suçları nedeniyle açılacak davalar, 5187 sayılı yasanın 26. maddesine göre⁸⁹⁴, günlük süreli yayınlarda 2 aylık,

⁸⁸⁹ ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SİRMA, SAYGILAR, ALAN, s. 50.

⁸⁹⁰ ÜNVER, Yener, HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 101.

⁸⁹¹ GÜNGÖR, s. 78.

⁸⁹² TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 476.

⁸⁹³ GÜNGÖR, s. 73.

⁸⁹⁴ Basın Kanunu m. 26: Basılmış eserler yoluyla işlenen veya bu Kanunda öngörülen diğer suçlarla ilgili ceza davalarının günlük süreli yayınlar yönünden iki ay, diğer basılmış eserler yönünden dört ay içinde açılması zorunludur.

Bu süreler basılmış eserlerin Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edildiği tarihten başlar. Basılmış eserlerin Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edilmemesi halinde yukarıdaki sürelerin başlama tarihi, suçu oluşturan fiilin Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından öğrenildiği tarihtir. Ancak bu süreler, Türk Ceza Kanununun dava zamanaşımına ilişkin maddesinde öngörülen süreleri aşamaz.

Sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlatıldığı iddia edilen eserden dolayı yayımlatan aleyhine açılacak dava yönünden süre, sorumlu müdür ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili hakkında verilecek beraat kararının kesinleşmesinden itibaren başlar.

Sorumlu müdürün yayımlanan eserin sahibini bildirmesi durumunda, eser sahibi aleyhine açılacak davada süre, bildirim tarihinden itibaren başlar.

diğer yayınlarda 4 aylık hak düşürücü sürelerle bağlanmıştır. Söz konusu 2 aylık ve 4 aylık süreler basılmış eserlerin Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edildiği tarihten başlar. Basın yoluyla işlenen suçlara ilişkin davalar, 5187 sayılı Basın Kanununun 27. maddesinin 3. fıkrası uyarınca acele işlerden sayılır.

2954 sayılı Türk Radyo ve Televizyon Kanununun 28. maddesi son fıkrası hükmüne göre, Türk Radyo ve Televizyon Kurumunun yayınları yoluyla işlenen hakaret ve sövme suçlarından dolayı açılacak ceza davaları 60 günlük hak düşürücü süreye bağlanmıştır. Ancak bu hüküm özel radyo ve televizyonların görevlileri hakkında açılacak ceza davalarında uygulanmaz, çünkü, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunda, dava açma süresi bakımından bir hüküm öngörülmemiştir. Bu itibarla, özel radyo ve televizyon görevlileri aleyhine hakaret ve sövme suçlarından dolayı açılacak ceza davaları, bu suçun dava zaman aşımı süresi içinde açılabilir⁸⁹⁵.

CMK, uzlaşma kapsamına giren suçlarda kamu davası açılmasını, tarafların uzlaşmaması veya uzlaşmaması koşuluna bağlamış, bu suretle yeni bir muhakeme şartı öngörmüştür⁸⁹⁶. Uzlaşma esas itibariyle takibi şikayete bağlı olan suçlar açısından geçerlidir⁸⁹⁷. Hakaret ve sövme suçları, kamu görevlisine görevinden dolayı işlenenler hariç, takibi şikayete bağlı olması nedeniyle CMK' nın 253. maddesi uyarınca uzlaştırma kapsamındadır.

Kovuşturulması şikâyeteye bağlı suçlarda dava açma süreleri, suç için kanunun öngördüğü dava zamanaşımı süresini aşmamak şartıyla, suçun işlendiğinin öğrenildiği tarihten başlar.

Kamu davasının açılması izin veya karar alınmasına bağlı olan suçlarda, izin veya karar için gerekli başvurunun yapılmasıyla dava açma süresi durur. Durma süresi iki ayı geçemez.

⁸⁹⁵ ÇETİN, s. 328; PARLAR, HATİPOĞLU, s. 29.

⁸⁹⁶ ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SİRMA, SAYGILAR, ALAN, s. 57; "... Hakaret suçunun yakınmaya bağlı olması karşısında, 5271 sayılı CYY' in 253 ve 254. maddeleri uyarınca uzlaşma hükümlerinin uygulanması, uzlaştırma işlemlerinin başarısızlıkla sonuçlanması durumunda 06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı yasa ile değişik 5271 sayılı CYY' in 231. maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılıp bırakılamayacağının tartışılması zorunluluğu", 4. CD. 08.10.2007, E. 3529_K. 7842, PARLAR, HATİPOĞLU, s. 107.

⁸⁹⁷ ÜNVER, HAKERİ, s. 708.

Uzlaşma, kamu davası açılmadan taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözüme bağlanmasını amaçlayan “muhakeme şartı” niteliğinde bir kurum olup cumhuriyet savcısının bu kapsamdaki suçlara ilişkin yeterli şüphenin bulunması halinde, uzlaşma yoluna başvurma zorunluluğu bulunmaktadır. Şikayete bağlı hakaret ve sövme suçları nedeniyle soruşturmaya başlanması, ancak uzlaşma girişiminde bulunulmadan kamu davasının açılması halinde CMK’ nın 174. maddesi uyarınca mahkeme iddianamenin iadesi yoluna gidecektir⁸⁹⁸.

CMK’ nın 253. maddesinin 4. fıkrası uyarınca, cumhuriyet savcısı ya da onun talimatı üzerine adli kolluk görevlisi tarafından şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görene, bunların reşit olmaması halinde yasal temsilcilerine, yasada öngörülen yöntem doğrultusunda uzlaşma teklifinde bulunulur. Şüpheli veya suçtan zarar gören kendisine uzlaşma teklifinde bulunulduktan itibaren 3 gün içinde kararını bildirmediği takdirde, teklifi reddetmiş sayılır ve soruşturmaya devam edilir. Uzlaşma işlemi gerçekleşmediği takdirde de soruşturma sonucunda kamu davası açılacaktır⁸⁹⁹.

CMK’ nın 253. maddesinin 19. fıkrası uyarınca uzlaşma işlemi gerçekleştiği ve şüpheli edimini def’aten yerine getirdiği takdirde, kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilir. Edimin yerine getirilmesinin ileri bir tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde, CMK’ nın 171. maddesindeki şartlar aranmaksızın kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilir.

Kamu davası açıldıktan sonra fiilin vasfı değiştirilerek hakaret veya sövme suçunu oluşturduğunun tespit edilmesi ya da cumhuriyet savcısının şikayete bağlı olan bu suçla ilgili uzlaşma girişiminde bulunmadan dava açması ve hakim de

⁸⁹⁸ TARHAN, s. 369; ÜNVER, HAKERİ, s. 107.

⁸⁹⁹ TARHAN, s. 369.

sehven iddianameyi kabul etmiş olması halinde CMK' nın 254. maddesi uyarınca uzlaşma hükümleri bu kez de mahkemece uygulanacaktır⁹⁰⁰.

CMK' nın 254. maddesinin 2. fıkrası uyarınca uzlaşma gerçekleştiği takdirde, mahkeme uzlaşma sonucunda sanığın edimini def'aten yerine getirmesi halinde, davanın düşmesine karar verecektir. Ancak edimin yerine getirilmesinin ileri bir tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde, sanık hakkında CMK' nın 231. maddesindeki şartlar aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilecektir. Uzlaşma sağlanamaması halinde, hakim, hükümlülük kararı verebileceği gibi, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına da karar verebilecektir⁹⁰¹.

CMK' nın 253. maddesinin 7. fıkrası uyarınca, hakaret veya sövme suçlarının birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi halinde, suçtan zarar görenlerden her birinin bağımsız olarak şikayet hakkı bulunduğundan uzlaşmanın sonuç doğurabilmesi için bütün suçtan zarar görenlerle uzlaşmanın gerçekleşmesi gereklidir. Suçtan zarar görenlerden birisiyle yapılacak uzlaşma diğerleri açısından soruşturma veya kovuşturmanın devamına engel olmayacaktır⁹⁰².

CMK' nın 255. maddesi uyarınca aralarında iştirak ilişkisi olsun ya da olmasın birden fazla kişi tarafından işlenen suçlarda ancak uzlaşan kişi uzlaşmadan yararlanabilecektir.

⁹⁰⁰ ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SİRMA, SAYGILAR, ALAN, s. 60.

⁹⁰¹ TARHAN, s. 372.

⁹⁰² YILDIZ, Ali Kemal, "Uzlaşma-Şikayet İlişkisi", <http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/fHm.jsp?pIndxLvl=5>, Erişim Tarihi, 10.08.2011.

B. GÖREVLİ MAHKEME

765 sayılı yasanın 482. maddesinde öngörölmüş sövme suçundan açılan davalara bakma görevi sulh ceza mahkemelerine, 480. maddesinde öngörölmüş hakaret suçu ile 266, 268 ve 175. maddesinde öngörölmüş memura, resmi kurula, dine veya dince kutsal sayılan davalara bakma görevi asliye ceza mahkemelerine ait bulunmaktaydı⁹⁰³.

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 14. maddesi “Mahkemelerin görevlerinin belirlenmesinde ağırlaştırıcı veya hafifletici nedenler gözetilmeksizin kanunda yer alan suçun cezasının üst sınırı göz önünde bulundurulur” şeklinde düzenlenmiştir. 5235 sayılı yasanın 10 maddesi ise, “Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, iki yıla kadar (iki yıl dahil) hapis cezaları ve bunlara bağılı adli para cezaları ile bağımsız olarak hükmedilecek adli para cezalarına ve güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanması, sulh ceza mahkemelerinin görevi içindedir” şeklinde düzenlenmiştir. Bu itibarla 5235 sayılı yasanın 10 ve 14. maddeleri uyarınca, TCK’ nın 125. maddesinde öngörölmüş hakaret ve sövme suçlarına ilişkin olarak açılan davalara bakma görevi sulh ceza mahkemesine aittir.

5187 sayılı Basın Kanunun 27. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, basılmış eserler yoluyla işlenen hakaret ve sövme suçlarına ilişkin olarak açılan davalara bakma görevi asliye ceza mahkemesine aittir.

Radyo ve televizyonlarla ilgili 2954 ve 3984 sayılı yasalarda radyo ve televizyon yayınları yoluyla işlenen hakaret suçlarına hangi mahkemelerde

⁹⁰³ ÖZBEK, s. 277.

bakılacağına ilişkin özen bir görev hükmü bulunmamaktadır. Bu itibarla radyo ve televizyon yoluyla işlenen hakaret ve sövme suçlarına ilişkin olarak açılan davalara bakma görevi genel hüküm uyarınca sulh ceza mahkemesine aittir⁹⁰⁴.

5271 sayılı CMK’ nın 12. maddesinin 1. fıkrasına göre, davaya bakmak yetkisi suçun işlendiği yer mahkemesine aittir. Bu itibarla, hakaret ve sövme suçlarında yetkili mahkeme genel yetki kuralları uyarında suçun işlendiği yer mahkemesidir.

Hakaret ve sövme suçlarının basılmış eser yoluyla işlenmesi halinde Basın Kanunun 11. maddesinde suçun yayım anında gerçekleşeceği öngörüldüğü için, yayının yapıldığı yer aynı zamanda suçun işlendiği yer olacaktır. Ancak, birden fazla yerde yayın yapılması halinde, doğabilecek yetki uyuşmazlıklarını önlemeyi düşünen kanun koyucu, basın yoluyla işlenen suçlar açısından yetkili mahkemeyi özel olarak belirleme gereği duymuştur⁹⁰⁵. Bu itibarla, CMK’ nın 12. maddesinin 3. fıkrası “Suç, ülkede yayımlanan bir basılı eserle işlenmişse yetki, eserin yayım merkezi olan yer mahkemesine aittir. Ancak, aynı eserin birden çok yerde basılması durumunda suç, eserin yayım merkezi dışındaki baskısında meydana gelmişse, bu suç için eserin basıldığı yer mahkemesi de yetkilidir” şeklinde düzenlenmiştir. CMK’ nın 12. maddesinin 4. fıkrasında basın yoluyla işlenen hakaret ve sövme suçlarının kovuşturulması ve soruşturulması şikayete bağlı ise ve eser mağdurun yerleşim yerinde veya oturduğu yerde dağıtılmışsa, yayım merkezinin bulunduğu yer mahkemesinden başka, o yer mahkemesi de yetkilidir. Ayrıca mağdurun suçun işlendiği yer dışında tutuklu veya hükümlü olması halinde, hem eserin yayım

⁹⁰⁴ ÇETİN, s. 326; PARLAR, HATİPOĞLU, s. 30.

⁹⁰⁵ ÇETİN, s. 278.

merkezinin bulunduğu yer hem de mağdurun tutuklu veya hükümlü olduğu yer mahkemesi yetkili kabul edilmiştir⁹⁰⁶.

CMK' nın 12 maddesinin 5. fıkrası, görsel, işitsel yayınlarda aynı Kanunun 12. maddesinin 3. fıkrasının uygulanacağını ve söz konusu yayının mağdurun yerleşim yerinde veya oturduğu yerde işitilmiş veya görülmüş olması halinde o yer mahkemesinin de yetkili olacağını düzenlemiştir.

C. Yaptırım

TCK' nın 125. maddesi uyarınca hakaret ve sövme suçlarının basit şekli için seçenekli ceza öngörülmüştür⁹⁰⁷. Hakim ya 3 aydan 2 yıla kadar hapis cezasına ya da adli para cezasına hükmedecektir.

Adli para cezası TCK' nın 52. maddesinin 1. fıkrasında "...beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hâllerde yedi yüz otuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet Hazinesine ödenmesi" olarak tanımlanmıştır. TCK, hapis cezasının asgari ve azami hadlerini gösterirken, adli para cezasının asgari ve azami haddini göstermemiştir. Bu durumda zorunlu olarak genel hüküm olan TCK' nın 52. maddesi uygulanacaktır. Böyle olunca, hakaret ve sövmeye ilişkin adli para cezası, beş günden az ve yedi yüz otuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısı esas olmak üzere hesaplanacak para miktarıdır⁹⁰⁸. Ancak kanun hükmü çelişkilidir, çünkü, seçenekli cezalar arasında bir denklik bulunmamaktadır. Hakaret ve sövmenin cezasını 3 ay

⁹⁰⁶ TOROSLU, FEYZİOĞLU, s. 66.

⁹⁰⁷ "5237 sayılı TCK' nın 125. maddesinden hüküm kurulurken hürriyeti bağlayıcı ceza ve para cezası seçimlik olduğu gözetilmeden hem hapis hem de adli para cezasına hükmedilerek fazla ceza tayini...", 2. CD. 11.09.2006, E. 3812_K. 17924, PARLAR, HATİPOĞLU, s. 186.

⁹⁰⁸ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 238.

hapis cezasından başlatan bir kanunun, para cezasını beş gün esası üzerinden başlatması düşünülemez çünkü bu, kanunun kendisi ile çelişmesi olur. Bu itibarla, 5560 sayılı yasa ile değişik 5237 sayılı TCK' nın 61. maddesinin 9. fıkrasında “Adli para cezasının seçimlik ceza olarak öngörüldüğü suçlarda bu cezaya ilişkin gün biriminin alt sınırı, o suç tanımındaki hapis cezasının alt sınırından az; üst sınırı da, hapis cezasının üst sınırından fazla olamaz” şeklinde düzenlenen hükmün gözetilmesi gerekir. Bu durumda, para cezasının hesabında esas alınacak asgari gün sayısı, 3 ay itibarıyla doksan günden, iki yıl karşılığı olan gün sayısına kadar olan gün sayısıdır. TCK' nın 52. maddesinin 1. fıkrasında“...aksine hüküm bulunmayan hallerde yedi yüz otuz günden fazla olamaz” denildiğine göre, hakaret ve sövmenin cezasının üst sınırı olan iki yıl, yedi yüz otuz günün içindedir. Bu itibarla, hakaret ve sövme suçlarında para cezasının alt sınırı, doksan gün, üst sınırı, yedi yüz otuz gün üzerinden hesaplanacak para cezasıdır⁹⁰⁹.

TCK' nın 50. maddesinin 2. fıkrası, “Suç tanımında hapis cezası ile adli para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü hâllerde, hapis cezasına hükmedilmişse; bu ceza artık adli para cezasına çevrilmez” şeklinde düzenlenmiştir. Bu itibarla, TCK' nın 125. maddesinde hakaret ve sövme suçlarının basit şekli için öngörülmüş seçenekli yaptırımlardan hapis cezasına hükmedildiği takdirde, bu ceza artık adli para cezasına çevrilemeyecektir.

TCK' nın 125. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen nitelikli haller bakımından, cezanın alt sınırının 1 yıldan az olamayacağı öngörülmüştür. Doktrinde, bu nitelikli haller bakımından, suçun basit şekli için öngörülen seçenekli cezanın, uygulanıp uygulanamayacağı konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Bazı

⁹⁰⁹ ARISOY, s. 202; HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 238-239; TARHAN, s. 378.

yazarlar, suçun basit şekli için öngörölmüş seçenekli cezanın varlığının nitelikli haller bakımından da devam ettiğini kabul etmektedir⁹¹⁰. Diğer bazı yazarlar ise, kanunun suçun nitelikli halleri bakımından cezada seçenekliliğe açıkça yer vermediğini kabul etmektedir. Bu görüşe göre, TCK’ nın 125. maddesinin 3. fıkrasında öngörölen nitelikli haller bakımından adli para cezasına hükmedilebileceği açıkça belirtilmediğinden bu durumda, hakim sadece hapis cezasına hükmedebilecektir. Gerçekten, cezaların türü, süresi ve birim gün miktarı açısından da kanunilik ilkesinin geçerli olduğu gerçeği karşısında hakaret ve sövme suçlarının, Kanunun 125. maddenin 3. fıkrasında öngörölmüş nitelikli halleri bakımından sadece hapis cezasının öngörölmüş olduğunu kabul etmek gerekir⁹¹¹. Yargıtay da “kanunsuz ceza olmaz” ilkesi uyarınca, TCK’ nın 125. maddesinin 3. fıkrasında öngörölmüş nitelikli haller bakımından, hükümde ayrıca para cezasından söz edilmediği için suçun sadece hapis cezası gerektirdiğini kabul etmiştir⁹¹².

TCK’ nın 49. maddesinde, süreli hapis cezasının, kanunda aksi öngörölmeyen hallerde bir aydan az ve yirmi yıldan fazla olamayacağı belirtilmiştir. Hakaret ve sövme suçlarına ilişkin cezanın üst sınırı 125. maddede açıkça belirtildiğinden iki yıldan fazla olamaz. Bu durumda TCK’ nın 125. maddesinin 3. fıkrasında öngörölen nitelikli hallerde suçun yaptırımı bir yıldan iki yıla kadar hapis cezasıdır. TCK’ nın 125. maddesinin 3. fıkrasında öngörölen nitelikli haller için ceza, alt sınırdan 1 yıl hapis cezası olarak tayin edildiği takdirde, TCK’ nın 50. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde öngörölen adli para cezasına çevrilmesi mümkündür. TCK’ nın 50.

⁹¹⁰ ERDAĞ, Ali İhsan, “Hakaret Suçunun Nitelikli Hallerinin Yaptırımı”, Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının Ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 358; ÖZBEK, s. 277; ŞEN, s. 544.

⁹¹¹ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 254; HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 239; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 459; ÜZÜLMEZ, s. 70; YENİDÜNYA, ALŞAHİN, s. 86.

⁹¹² “TCY’ in 125/1-3 (a) madde ve fıkralarında öngörölen görevliye sövme suçunun sadece hapis cezası gerektirmesine karşın adli para cezası olarak belirlenmesi yasaya aykırıdır”, 4. CD. 2006, E. 8657_K. 17529, ÇETİN, S. 92.

maddesinin 2. fıkrası, 1 yıl olarak tayin edilen hapis cezasının TCK' nın 50. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde öngörülen para cezasına çevrilmesine, 125.maddenin 3. fıkrasında öngörülen nitelikli haller bakımından seçenekli ceza öngörülmediği için, engel teşkil etmeyecektir⁹¹³.

TCK' nın 125. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen suçun alenen işlenmesi hali için öngörülen ceza, temel ceza üzerinden yapılacak bir artırıma tabi tutulmuştur. Yani 125. maddenin 1. fıkrasına göre belirlenecek ceza, 4. fıkra da öngörülen 1/6 oranında artırıma tabi tutulacaktır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken suçun alenen işlenmesi halinde öngörülen cezasın seçenekli olduğudur⁹¹⁴.

Basın Kanunun 28. maddesi, “18. ve 22. maddelerdeki suçlar dışında bu Kanunda öngörülen suçlar için hükmedilen para cezaları, hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrilemez” şeklinde düzenlenmiştir. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 106. maddesinin 3. fıkrasında ise, “Hükümlü, tebliğ olunan ödeme emri üzerine belli süre içinde adli para cezasını ödemezse, Cumhuriyet savcısının kararı ile ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarınca hapsedilir” hükmüne yer verilmiştir. Görüldüğü üzere Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 106. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen genel kurala, özel kanun niteliğindeki 5187 sayılı Basın Kanunun 28. maddesi ile bir istisna getirilmiştir. Buna göre, Basın Kanununun 18 ve 22. maddelerinde düzenlenen suçlar

⁹¹³ “... Suçun nitelikli hallerine ilişkin 3. fıkrasındaki hükmün en az 1 yıl hapis cezası olarak anlaşılması gerektiğinin ileri sürülmesi halinde, bu bir zorunluluk olarak kabul edildiğine göre, alt sınırdan 1 yıl olarak belirlenen hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesinin olanaklı olduğunu düşündürmek gerekir BU durum TCY’ in 50/2. maddesi gereği engellenemez. Dolayısıyla hapis cezasının paraya çevrilebilmesi olanaklı ise önce hapis cezası verip sonra bu cezayı paraya çevirmek yerine, 1. fıkra uyarınca doğrudan adli para cezasına hükmedilmesi yasal ve hukuka uygundur...”, 4.CD. 2008, E. 3635_K. 8577, YURTCAN, s. 64.

⁹¹⁴ “... 5237 sayılı TCY’ in basın yoluyla (alenen) sövme suçuna ilişkin 125/1-4 maddeleri uyarınca seçenekli ceza öngörülmesi karşısında, bu husus tartışılmadan hüküm kurulması yasaya aykırıdır”, 4. CD. 17.04.2007, E. 1092_K. 3553, ÇETİN, s. 92; Aksi görüş için bkz. ÜZÜLMEZ, s. 71. (Yazara göre hakaret suçunun alenen işlendiği hallerde hakim sadece hapis cezasına hükmetmek zorundadır.)

dışında kalan fiiller için hükmolunan para cezalarının, hapis cezasına çevrilmesi mümkün değildir Ancak hakaret ve sövme suçları, Basın Kanununda değil, TCK’ da düzenlenen birer suç tipi olduğu için, Basın Kanununun 28. maddesi hakaret ve sövme suçları bakımından uygulanmaz. Bu sebeple hakaret veya sövme suçunu işlediği için para cezasına mahkum edilen kişi Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 106. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, tayin olunan miktarı belli bir süre içinde devlet hazinesine ödemezse, Cumhuriyet savcısının kararı ile ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarınca hapsedilir⁹¹⁵.

D. Dava Zamanaşımı

Hakaret ve sövme suçlarına ilişkin olarak yasada öngörülen cezanın üst sınırı “iki yıl” dikkate alındığında dava zamaanaşımının TCK’ nın 66. maddesinin 2. fıkrasında yer alan 18 yaşından küçüklere özgü hükümler saklı kalmak kaydıyla sekiz yıldır.

TCK’ nın 67. maddesinin 1. fıkrasına göre soruşturma ve kovuşturma yapılmasının bir izne, karar alınması veya diğer bir mercide çözülmesi gereken bir meselenin sonucuna bağlı bulunduğu hallerde, izin veya kararın alınmasına veya meselenin çözümüne veya kanun gereğince hakkında kaçak olduğu hususunda karar verilmiş olan suç faili hakkında bu karar kaldırılincaya kadar dava zaman aşımı durur.

TCK’ nın 67. maddesinin 2. fıkrasına göre şüpheli veya sanığın savcı huzurunda ifadesinin alınması veya sorguya çekilmesi, tutuklanması, suçla ilgili iddianame düzenlemesi, hükümlülük kararı verilmesi hallerinde ise zamaanaşımı kesilir. Dava zamaanaşımı kesildiğinde, zamaanaşımı süresi yeniden işlemeye başlar.

⁹¹⁵ YENİDÜNYA, ALŞAHİN, s. 86-87.

Dava zamanaşımını kesen birden fazla nedenin bulunması halinde, zamanaşımı süresi son kesme nedeninin gerçekleştiği tarihten itibaren yeniden işlemeye başlar. Kesilme halinde, zamanaşımı süresi suça ilişkin sürenin en fazla yarısına kadar uzar, yani hakaret suçu bakımından bu süre ancak on iki yıldır.

Takibi şikayete bağlı hakaret ve sövme suçlarında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi halinde geri bırakma, yani sanığın denetim süresi içerisinde, dava zamanaşımı işlemez. Ayrıca uzlaşma sürecinde de uzlaştırmacının raporunu düzenleyip Cumhuriyet savcısına verdiği tarihe kadar dava zamanaşımı ile muhakeme şartı olan dava süresi işlemez. Yani, zamanaşımının işlemesi durduğu gibi ayrıca Basın Kanununda öngörülen 2 ve 4 aylık dava açma süreleri de durur. Uzlaşma girişiminin semeresiz kalması durumunda ise süre yeniden işlemeye başlar⁹¹⁶.

⁹¹⁶ TARHAN, s. 378.

SONUÇ

Kişinin onur, şeref ve saygınlığı tarih boyunca tüm hukuk düzenleri tarafından korunmuştur. Başlangıçta özel hukuk normları ile koruma altında olan insan onuru, daha sonraki dönemlerde ceza hukuku normlarıyla da teminat altına alınmıştır.

Hakaret ve sövme suçları, TCK' nın ikinci kitabının “Kişilere Karşı Suçlar” adını taşıyan ikinci kısmının sekizinci bölümünde “Şerefe Karşı Suçlar” başlığı altında, kanunun 125. maddesinde düzenlenmiştir. 126. maddede mağdurun belirlenmesi, 127. maddede isnadın ispatı, 128. maddede iddia ve savunma dokunulmazlığı, 129. maddede cezanın indirilmesi veya ceza verilmemesi gereken haller, 130. maddede kişilerin hatırasına hakaret ve 131. maddesinde soruşturma ve kovuşturma usulleri düzenlenmiştir.

TCK' nın gerekçesinde de belirtildiği üzere, doktrinde de TCK ile yapılan en önemli değişikliğin hakaret ve sövme ayrımının kaldırılmış olması ve hakaret suçunun seçimlik hareketli bir suç haline getirildiği ve dolayısıyla suçun somut bir fiil veya olgu isnat etmek veya sövmek seçimlik hareketleri suretiyle işlenebileceği kabul edilmektedir. Ancak bu iddiaya katılmak mümkün değildir. Her şeyden önce bu iddia tutarlılıktan yoksundur. Gerekçede hakaret ve sövme ayrımının kaldırıldığının ifade edilmesi, hakaret ve sövme suçlarının klasik yapıları gözetilmeyerek “hakaret” başlığı altında tek bir madde hükmü olarak düzenlenmesi hakaret ve sövme ayrımının kaldırıldığı iddiasını destekler nitelikte değildir. Hakaret ve sövme suçları birbirine benzeyen ancak esas itibarıyla birbirinden farklı olan suçlardır. Kaldı ki, TCK' nın hakaret suçunu “somut bir fiil veya olgu isnat etmek” şeklinde tanımlamıştır. Bu tanım dahi göstermektedir ki kanun koyucunun hakaret ve

sövmeye suçları ayırımı kaldırdığı iddiası tutarlı bir gerekçeye dayanmamaktadır. İfade özgürlüğünün teminatlarından birini teşkil eden isnadın ispatı kurumu bakımından hayati bir önem taşıyan hakaret ve sövmeye suçu ayırımının kaldırıldığı iddiasını kabul etmek mümkün değildir. Isnadın ispatı kurumunun sadece hakaret suçları bakımından öngörülmüş olması da göstermektedir ki hakaret ve sövmeye suçu ayırımı oldukça açık bir biçimde varlığını sürdürmektedir. TCK’ nın hakaret ve sövmeye suçları için getirmiş olduğu tek yenilik her iki suç bakımından da aynı yaptırımın öngörülmüş olmasıdır.

Hakaret ve sövmeye suçlarının hukuki konusu, hakaret veya sövmeye maruz kalan kişinin toplum içindeki onur, şeref ve saygınlığıdır. Isnat edilen somut fiil veya olgunun ya da sövmenin kişinin onur, şeref ve saygınlığını rencide edici niteliğe sahip olması gerekmektedir. Ancak, hakaret ve sövmeye suçlarının oluşumu açısından somut bir fiil veya olgu ya da sövmenin kişinin onur, şeref ve saygınlığını somut olarak rencide etmesi gerekmez; fiilin objektif olarak onur, şeref ve saygınlığı rencide edici niteliğe sahip olması yeterlidir. Bu itibarla, hakaret ve sövmeye suçları “soyut tehlike” suçlarıdır.

TCK’ nın hakaret ve sövmeye suçlarının faili bakımından herhangi bir özellik aramamış olması sebebiyle, yaşayan herhangi bir gerçek kişi bu suçların faili olabilecektir. TCK’ nın 20. maddesinin açık ifadesi karşısında, hakaret ve sövmeye suçlarının failinin tüzel kişi olması mümkün değildir. Kanun, hakaret ve sövmeye suçlarının mağduru bakımından da herhangi bir özellik aramamıştır. Ancak bu suçların mağduru bakımından önemli olan nokta, tüzel kişilerin hakaret ve sövmeye suçlarının mağduru olarak kabul edilip edilemeyeceğidir. Doktrinde bütün tüzel kişilerin özellikle ticaret şirketlerinin kendine özgü bir itibarı olduğu bu nedenle

hakaret ve sövme suçlarının mağduru olabilecekleri kabul edilmektedir. Doktrindeki bu kabule karşın, kanun koyucunun aksi yönde bir irade sergilediği görülmektedir. TCK, 125. maddesinde hakaret ve sövme suçlarında mağduru gerçek kişileri ifade eden “kimse” ibaresiyle belirlemiştir. Ayrıca 125. maddenin son fıkrasında, 765 sayılı yasanın aksine kurulların dahi hakaret ve sövme suçlarının mağduru olamayacakları, suçun kurulu oluşturan üyelere karşı işlenmiş sayılacağı, ancak bu durumda tek bir hakareten dolayı ceza verilebileceği ve bunun 43. maddeye göre artırılacağı öngörülmüştür. Bütün bu düzenlemeler Ceza Kanununa göre tüzel kişilerin bu suçların mağduru olamayacaklarını ortaya koymaktadır. Hakaret ve sövme suçlarının oluşabilmesi için isnat edilen somut fiil veya olgunun ya da sövmenin belirli bir kişiye yönelmiş olması gerekmektedir. Aksi halde, mağdurun belirlenemediği durumlarda, hakaret veya sövme suçu oluşmayacaktır.

Hakaret suçunun maddi unsuru somut bir fiil veya olgu isnadı şeklinde belirlenmişken, sövme suçunun maddi unsuru ise sövmek suretiyle şerefe saldırı hali olarak tanımlanmıştır. Hakaret ve sövme suçlarının huzurda veya gıyapta gerçekleşmesi mümkündür ve her iki hal için de 765 sayılı yasanın aksine, aynı yaptırım öngörülmüştür. Huzurda hakaret ve sövme suçlarının oluşumu bakımından fail ile mağdurun yüz yüze gelmeleri şart değilse de, mağdurun fail tarafından isnat edilen somut fiil veya olgu ya da sövmeyi bizatihi duymuş olması gerekmektedir. Gıyapta hakaret ve sövme suçlarının oluşabilmesi için failin, en az üç kişiyle ihtilat etmiş olması gerekmektedir. İhtilat, gıyapta hakaret ve sövme suçlarının unsurunu oluşturmaktadır. Somut bir fiil veya olgu ya da sövmenin en az üç kişi tarafından öğrenilmiş olması gerektiği için, failin iki kişiyle ihtilat etmesi halinde suç oluşmayacaktır. Gerekçede, hakaret fiilinin iki kişi tarafından öğrenilmesi halinin de

esasen bir haksızlık içerdği ancak izlenen suç siyaseti bakımından suç olarak kabul edilmediği açıklanmıştır. Kanun, hakaret veya sövme fiilinin mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi halini huzura eşit kabul etmiştir. Huzura eşit sayılan vasıtalar teknolojik gelişmeler göz önünde bulundurulmak suretiyle belirlenerek, konuya ilişkin olarak yapılabilecek kıyas girişimlerinin önü kapatılmıştır. Hakaret ve sövme suçlarının huzura eşit vasıtalarla işlenmesi halinde, 765 sayılı yasada öngörülmüş olan “gönderilme” koşulu aranmamakta, huzura eşit sayılan vasıtanın mağduru muhatap almış olması yeterli kabul edilmektedir.

Hakaret ve sövme suçları doğrudan kastla veya olası kastla işlenebilen bir suçtur. Failde hakaret etme, aşağılama özel kastı aranmamaktadır. Kanun bu suçların taksirli şekillerinin cezalandırılabilmesini öngörmemiştir.

TCK’ nın 125. maddesinin 3 ve 4. fıkralarında, suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri düzenlenmiştir. 765 sayılı kanunda farklı bölümlerde bağımsız suç olarak düzenlenen özel hakaret ve sövme suçları TCK’ da hakaret ve sövme suçlarının nitelikli halleri olarak düzenlenmiştir. Kanun koyucu AİHS ve Anayasa ile teminat altına alınmış olan din ve vicdan özgürlüğü hukuki menfaatini cezai himayenin konusu yapmamıştır. 765 sayılı yasa ile din ve vicdan özgürlüğüne karşı ihlaller bağımsız “din hürriyetine karşı suçlar” başlığı altında düzenlenmişken, kanun koyucu din ve vicdan özgürlüğüne karşı ihlallerin bir kısmını “Kişilere Karşı Suçlar” arasında düzenlemiş ve herkes için ortak değer olarak kabul edilen şerefın cezai himaye konusu yapıldığı hakaret ve sövme suçlarının nitelikli hali olarak 125. maddenin 3. fıkrasının b ve c bentlerinde düzenlemiştir. Bu düzenlemeyle din, ancak şeref gibi herkes için ortak olabilecek bir değer gibi kişinin niteliği olarak kabul edilerek Anayasanın 2. maddesiyle teminat altına alınmış laik hukuk devleti ilkesi ve

10. maddesiyle teminat altına alınmış eşitlik ilkesi ihlal edilmiştir. Oysa din ve inanç gibi kavramlar her insan için farklılık arz etmektedirler. Kanun koyucu bir çok konuda Alman hukuk sisteminden etkilenmiş olmasına karşın din ve vicdan özgürlüğüne karşı ihlalleri “Kişilere Karşı Suçlar” arasında düzenlemeyerek eşitlik ilkesini ihlal etmemiş ve bu özgürlüğe karşı bağımsız bir başlık altında düzenlemiş olmasını görmezden gelmiş olmasını anlamakta güçlük çekilmektedir.

765sayılı yasadan farklı olarak aleniyet, hem huzurda hem de gıyapta işlenen hakaret ve sövme suçları bakımından nitelikli hal olarak kabul edilmiştir.

Hakaret suçunda fiil, bir düşünce açıklamasından ibarettir. Düşüncenin söz, yazı, resim, müzik, hareketler gibi vasıtalar yoluyla açıklanması mümkündür. İnsanı diğer canlılardan ayıran düşünebilme yetisi ve hakaret suçunda fiilin esasen bir düşünce açıklamasından ibaret olması sebebiyle hakaret suçu ile ifade özgürlüğü arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. İfade özgürlüğü AİHS’ in 10. maddesiyle teminat altına alınmıştır. AİHM de ifade özgürlüğüne ilişkin geniş bir içtihat sistemi oluşturmuştur. AİHM kararlarında ifade özgürlüğü, kişinin kendini geliştirebilmesi ve toplumun ilerleyebilmesini sağlayan, demokratik toplumun temel taşı olarak kabul edilmiştir. Bu itibarla, ifade özgürlüğü hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni kapsamında ele alınmaktadır. Bunun yanında ifadenin ortaya çıkış biçimleri olan haber verme ve alma, toplantı, ilmi ve edebi eserler ve bunlara ilişkin olarak yapılan eleştiriler de hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni kapsamında ele alınmaktadır. İfade özgürlüğünün uzantısı ve ayrılmaz tamamlayıcısı olan, basın özgürlüğü de AİHM kararlarında, demokratik toplumun temel taşlarından biri olarak kabul edilmiştir. Basın özgürlüğü, haber alma ve verme hakkının teminatını oluşturmaktadır. Haber verme hakkı, inceleme, yorumlama, görüş açıklama ve

eleştiriri hakkını da kapsar niteliğe sahiptir. Demokratik toplumlarda özgürlüklerinin serbestçe kullanılmasının ön koşulunu oluşturan kamuoyunun oluşması basının haber verme hakkının sonucu olarak gerçekleşmektedir. Bu itibarla, ifade özgürlüğünün ayrılmaz ve tamamlayıcı unsurunu oluşturan haber verme ve alma hakkı da, hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni kapsamında ele alınmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki ifade özgürlüğü ve ayrılmaz bütünleyicisi olan basın özgürlüğünün doğal sonucu olan haber verme hakkı ile eleştiri haklarının kullanımı sövme suçları bakımından hukuka uygunluk nedeni teşkil etmemektedir.

İspat hakkı, Anayasada kişinin temel hakları arasında düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere isnadın ispatı hakkı bir hukuka uygunluk nedeni teşkil etmektedir. Kanun koyucu, 765 sayılı yasada olduğu gibi ispat yasağını kabul etmiş ancak kanunda sayılan istisnai durumların varlığı halinde isnadın ispatına izin vermiştir. Ancak isnadın ispatının kapsamı 765 sayılı yasaya nazaran daraltılmıştır. Anayasanın 39. maddesinde kamu görev ve hizmetlerinde bulunanlara karşı bu görev ve hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olarak yapılan isnatlardan dolayı açılan hakaret davasında sanığa mutlak ispat hakkı tanınmışken, TCK' nın 127. maddesinde konuya ilişkin bir düzenleme öngörülmemiştir. TCK, sanığın Anayasanın 39. maddesi uyarınca sahip olduğu mutlak ispat hakkını fail aleyhine olacak biçimde daraltmıştır. Bu itibarla TCK' nın 127. maddesinin Anayasaya aykırı olduğunu kabul etmek gerekir. TCK' nın 127. maddesi uyarınca isnat edilen fiilin suç oluşturması, isnat edilen fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunması ve şikayetçinin ispata razı olması halinde isnadın ispatı mümkündür. Isnadın doğruluğu ispat edildiği takdirde faile ceza verilmeyecektir. Isnadın ispatı ifade özgürlüğü ve ayrılmaz tamamlayıcısı basın özgürlüğünün gerçekleşmesi bakımından öngörülmüş

dahiyane bir kurum olmasına rağmen 127. maddenin 2. fıkrası basın özgürlüğünü sekteye uğratacak bir düzenlemedir. Esasen, isnadın ispatının genel kural olarak benimsendiği sistemin kabulünün daha uygun bir yaklaşım olacağını kabul etmek gerekir. Isnadın ispatı sadece hakaret suçları bakımından hukuka uygunluk nedeni teşkil etmektedir.

Kanun koyucu Anayasa ve AİHS ile teminat altına alınmış hak arama özgürlüğünün uzantısını oluşturan iddia ve savunma dokunulmazlığını hakaret suçu bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlemiştir. Sövmeye suçu bakımından iddia ve savunma hakkının hukuka uygunluk nedeni teşkil ettiği kabul edilemez. Bu düzenlemenin amacı kişilerin cezai takibata uğrayacakları korku ve endişesi taşımadan iddia ve savunma haklarını kullanabilmeleri olarak ifade edilebilirse de esas amaç savunma ve tartışma özgürlüğünü korumaktan ibarettir. İddia ve savunma dokunulmazlığı kurumu da ifade özgürlüğünün gerçekleşmesini sağlayabilecek bir niteliğe sahiptir. TCK' nın 128. maddesi, 765 sayılı yasadan farklı olarak, iddia ve savunma dokunulmazlığından yararlanacak kişiler bakımından herhangi bir sınırlama öngörmemiştir. Bunun yanında, TCK' nın 128. maddesi yargı mercileri nezdindeki iddia ve savunmalar yanında idari makamlar nezdinde yapılan iddia, savunma ve başvuruları kapsamına alarak hükmün uygulama alanını genişletmiştir. Bu itibarla adli ve idari makamlar nezdinde yapılacak iddia, savunma ve başvurular hakaret teşkil etse dahi gerçek ve somut olaylara dayandığı ve uyuşmazlıkla bağlantılı olduğu takdirde, hakkın kullanımı hukuka uygunluk kapsamında değerlendirilecektir. 128. madde 765 sayılı yasadan farklı olarak isnadın veya olumsuz değerlendirmelerin uyuşmazlık bakımından faydalı olması ölçütünü kabul etmemiştir.

TCK’ nın 129. maddesinde 765 sayılı yasada olduğu gibi, hakaret ve sövme suçları bakımından cezanın indirilmesi veya ceza verilmemesinin gerektiği halleri düzenlemiştir. 129. maddenin 1. fıkrası uyarınca hakaret veya sövme haksız bir fiile tepki olarak işlendiği takdirde failin cezası indirilebileceği gibi, 765 sayılı yasadaki farklı olarak ceza vermekten de büsbütün vazgeçilebilecektir. TCK’ nın 129. maddesinin 1. fıkrası, TCK’ nın 29. maddesinde düzenlenen genel haksız tahrik hükmünün özel bir uygulamasından ibarettir. Bu itibarla, 129. maddenin 1. fıkrasının uygulanabileceği hallerde, TCK’ nın 29. maddesinin uygulanması söz konusu olamayacaktır. 129. maddenin 2. fıkrasında ise, hakaret veya sövmenin kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi halinde faile ceza verilmeyeceği öngörülmüştür. TCK’ nın 129. maddesinin 1. ve 2. fıkrası hukuki nitelik bakımından özel bir haksız tahrik hali olarak kabul edilebilirse de, 129. maddenin 3. fıkrasında düzenlenmiş karşılıklı hakaret veya sövme kurumunun hukuki niteliğini tayin oldukça güçtür. Karşılıklı hakaret veya sövme kurumunun hukuki niteliğine ilişkin olarak farklı görüşler ileri sürülmüş, çeşitli tartışmalar yapılmış olmasına rağmen, karşılıklı hakaret veya sövme kurumunun bir cezasızlık nedeni olarak kabul edilmesi daha doğru bir yaklaşım olarak kabul edilmektedir. Fail, kendisine karşı yapılan haksız hakaret veya sövmeye karşı, hakaret veya sövme suçu işlediği takdirde, olayın mahiyetine göre, taraflardan her ikisi veya biri hakkında verilecek ceza indirilebileceği gibi ceza vermekten de büsbütün vazgeçilebilecektir. 765 sayılı yasa döneminde, taraflardan biri hakkında ceza indirimi söz konusu olacaksa, bu kişinin karşılıklı bulunan olacağı kabul edilmekteydi. Ancak TCK’ nın 129. maddesinin 3. fıkrası bakımından hakim dikkate alacağı ölçüt “olayın mahiyeti” olduğuna göre, tarafların her ikisinin bakımından indirim söz konusu olabilecektir. Özellikle

karşılıklı bulunanın, ilk hakaret edene veya sövene nazaran daha ağır karşılıklı bulunduğu durumlarda, karşı tarafın cezası indirilmiş veya ortadan kaldırılmış olmasa bile, ilk hakaret eden veya sövenin cezasının indirilebileceğini kabul etmek gerekir.

Hakaret ve sövme suçları, takibi şikayete bağılı suçlardır. Ancak, kamu görevlisine görevinden dolayı yapılacak hakaret suçunun takibi şikayete bağılı değildir. TCK hakaret ve sövme suçlarına ilişkin olarak seçenekli yaptırımlar öngörmüştür. Hakim hapis cezasına hükmedebileceğı gibi, adli para cezasına da hükmedebilecektir. Ancak, kanun koyucu, 125. maddenin 3. fıkrasında öngörülen nitelikli haller bakımından sadece hapis cezası öngörmüştür. 125. maddenin 4. fıkrasında düzenlenen suçunun alenen işlenmesi nitelikli halinde ise cezanın seçenekliliğı devam etmektedir.

İfade özgürlüğü kişinin yaşama hakkından sonra sahip olduğı en önemli haktır. Bu itibarla ifade özgürlüğü ve uzantısı; basın özgürlüğü, hem ulusal hem de uluslar arası hukuk metinleriyle teminat altına alınmıştır. AİHM, içtihatlarında ifade özgürlüğü ve uzantısı; basın özgürlüğüne ilişkin uyuşmazlıklarda, menfaatler dengesini, ifade özgürlüğü ve basın özgürlüğüne üstünlük tanıma suretiyle dengelemektedir. Mahkeme sadece ifadeleri değil ifadelerin açıklanış biçimlerini de teminat altına almıştır. AİHM içtihatları uyarınca, iç hukukta, kişinin şerefi ile ifade ve basın özgürlükleri arasındaki uyuşmalıklarda menfaatler çatışması ifade ve basın özgürlüklerine üstünlük tanınması suretiyle dengelenmelidir. Bunun yanında, uluslar arası hukuk alanında, devletlerin bir kısmının, hakaret ve sövme suçlarını ceza kanunlarından çıkardığı ve sadece özel hukuk kapsamında haksız bir fiil olarak koruma altına aldığı, bir kısmının ise bu suçları ceza kanunlarında bulundurmaya

devam etmekle birlikte, suça ilişkin yaptırım olarak sadece para cezası öngördüğü görülmektedir. Uluslar arası bu eğilimin nedeni, kuşkusuz, hakaret ve sövme suçlarının ifade özgürlüğünün korunmasına ilişkin bir tehlike olarak kabul edilmesidir. Gerçekten ifade özgürlüğü ve ayrılmaz tamamlayıcısı; basın özgürlüğünün yaşamsal önemi ve özellikle basının, yönetilenler ile yönetenler arasında iletişim ve denetim organı niteliğine sahip olması sebebiyle dördüncü kuvvet olarak kabul edilişi, hakaret ve sövme suçlarına ilişkin yasal düzenlemelerin ifade ve basın özgürlükleri lehine hükümler içermesi zorunluluğunu ortaya koymaktadır. TCK, bakımından hakaret ve sövme suçlarının ceza kanunundan çıkarılması ülke koşulları bakımından mümkün görünmemektedir. Ancak hakaret ve sövme fiilleri kanunda suç olarak kalmaya devam etmekle beraber, bu suçlara ilişkin yaptırımın sadece etkin ve caydırıcı olabilecek nitelikte para cezası olarak düzenlenmesi AİHM içtihatları doğrultusunda daha uygun bir yaklaşım olarak kabul edilebilir.

KAYNAKÇA

- ALACAKAPTAN, Uğur, “Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar”, Hukuk Kurultayı, Ankara Barosu Yayını, Ankara 2000, C. 2.
- ARIKAN, Baha, “Hakaret Suçlarında İhtilat ve Aleniyet, Ankara Barosu Dergisi, Y. 1954.
- ARISOY, Mine, “Hakaret”, TBBD, S. 72.
- AYDIN, Öykü Didem, “Ceza Hukukunun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu”, TBBD, S. 53.
- CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Beta Yayınevi, İstanbul 2007.
- ÇETİN, Erol, Yeni Türk Ceza Yasasındaki Hakaret Suçları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008.
- DEMİRBAŞ, Timur, Türk Ceza Kanununda Özel Haksız Tahrik Halleri, Üçdal Neşriyat, İstanbul 1985.
- DONAY, Süheyl, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Beta Yayınevi, İstanbul 2007.
- DÖNMEZER, Sulhi, ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C.II, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1981.
- DÖNMEZER, Sulhi “Yeni 481. Madde Üzerinde Bazı Mülahazalar”, İHFM, C. 29, S. 1-2.
- DÖNMEZER, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Beta Yayınevi, İstanbul 2001.

DÜLGER, İbrahim, “Türk Ceza Kanunu’nun 127. Maddesinin Anayasaya Uygunluğu Sorunu”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 2.

ERDAĞ, Ali İhsan, “Hakaret Suçunun Nitelikli Hallerinin Yaptırımı”, Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının Ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009.

ERDEM, Fazıl Hüsnü, “Düşünce Özgürlüğü ve Demokrasi”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 1998, S. 1.

EREM, Faruk, Müdafaa Masuniyeti, Ajans- Türk, Ankara 1956.

EREM, Faruk, Hakaret ve Sövme, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara 1958.

EREM, Faruk, TOROSLU, Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Savaş Yayınevi, Ankara 1983.

EREM, Faruk, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, C.III, Seçkin Yayınevi, Ankara 1993.

EREM, Faruk, “Ceza Hukuku Bakımından Vicdan ve Din Hürriyeti”, AÜHFD, C.8, S. 3-4.

EREM, Faruk “Anayasa ve Savunma Hakkı”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 1963, S. 1.

ERİŞ, Uğur, “Avukatın Savunma Dokunulmazlığı”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, C. 3, Ankara 2004.

ERMAN, Sahir, Hakaret ve Sövme Suçları, Prof. Dr. Nazım Terzioğlu Basım Atölyesi, İstanbul 1989.

ERMAN, Sahir, ÖZEK, Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Ofset, Hazırlık ve Baskı Dünya Yayıncılık, İstanbul 1994.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitapevi, Ankara 2009.

GÜNGÖR, Devrim, 5237 ve 5271 Sayılı Kanunlar Işığında Şikayet Kurumu, Yetkin Yayınevi, Ankara 2009.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, Ankara 2010.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, “Türk Ceza Hukukunda Şerefe Karşı Suçlar”, <http://www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/makale.htm>, Erişim Tarihi, 31.05.2010.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, “Liberal-Demokratik Toplum, Hukuk ve Devlet Düzeninde İfade Hürriyetinin Sınırı”, <http://www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/makale.htm>, Erişim Tarihi, 31.05.2010.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, Türk Ceza Hukuku Ders Notları, <http://www.zekihafizogullari.com/CezaHukuku%20Ders%20Notlari.pdf>, Erişim Tarihi, 03.09.2010.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, “Türk Ceza Kanununun Suçları Tasnifi”, <http://www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/makale.htm>, Erişim Tarihi, 31.05.2010.

İÇEL, Kayıhan, ÜNVER, Yener, Kitle Haberleşme Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 2007.

KABOĞLU, İbrahim, Özgürlükler Hukuku, İmge Kitapevi, Ankara 2002.

KARAYALÇIN, Yaşar, “Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması”,
AÜHFD, C. 19, S. 1-4.

KAYANÇİÇEK, Murat, Şerefe Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2008.

KILIÇOĞLU, Ahmet, Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından
Hukuksal Sorumluluk, AÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara
1993.

MACOVEI, Monica, İfade Özgürlüğü, Adalet Bakanlığı Avrupa Konseyi İnsan
Hakları Genel Müdürlüğü, Ankara 2003.

ÖKTEM, Emre, BATUR, Melike, “Karikatür Krizi ve AİHM Önünde Dine Hakaret
Olgusu”, Güncel Hukuk Dergisi, Mart 2006, S. 3.

ÖNDER, Ayhan, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, Filiz
Kitapevi, İstanbul 1994.

ÖZBEK, Veli Özer, “Şerefe Karşı Suçlar”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi,
Nisan 2005, S. 5.

ÖZEN, Muharrem, “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Haksız Tahrik Halleri”,
AÜHFD, C. 51, S. 3.

ÖZEN, Muharrem, “TCK Tasarısının Tüzel Kişilerin Sorumluluğuna İlişkin
Hükümlerine Bir Bakış”, AÜHFD, C. 52, S. 1.

ÖZEN, Muharrem, “Hakaret Suçlarında Haber Verme Ve Eleştiri Hakkı”, Hukuk
Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları
Sempozyumu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009.

- ÖZEN, Muharrem, “Savunma Hakkı Bağlamında Savunma Dokunulmazlığı”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, C. 3, Ankara 2004.
- ÖZEN, Mustafa, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun Özel Hükümlerine İlişkin Düşünceler”, TBBD, S. 63.
- ÖZEN, Mustafa, “Hakaret Suçu ve İnternet Yoluyla İşlenmesi”, TBBD, S. 75.
- ÖZGENÇ, İzzet, ŞAHİN, Cumhur, “İddia ve Savunma Hakkı”, GÜHFD, C. 5, S. 1-2.
- ÖZSOY, Şule, “ABD Hukukunda Düşüncüyü Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar”, TBBD, S. 56.
- ÖZTÜRK, Bahri, TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, SIRMA, Özge, SAYGILAR, Yasemin, ALAN, Esra, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009.
- PARLAR, Ali, HATİPOĞLU, Muzaffer, Ceza Hukuku ve Özel Hukukta Hakaret Suçları ve Tazminat Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2008.
- SANCAR, Türkan, Müteselsil Suç, Seçkin Yayınevi, Ankara 1995.
- SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınevi, Ankara 2005.
- SÖZÜER, Adem, Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1996.
- ŞEN, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.
- TARHAN, Emine Ülker, Yeni Türk Ceza Yasasında Tehdit ve Hakaret Suçları, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s.274.

TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, ÖNOK, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008.

TOROSLU, Nevzat, FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2006.

TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2007.

TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2008.

ÜNAL, Nevin, “Basın Özgürlüğü ve Osmanlı Devletindeki Görünümü”, AÜHFD, C. 51, S. 3.

ÜNVER, Yener, HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.

ÜZÜLMEZ, İlhan, “Hakaret Suçu”, CHD, S. 12.

YAZICIOĞLU, Yılmaz, “Haber Verme Hakkının Hakaret Suçları Bakımından Sınırları”, Prof. Dr. Sulhi Tekinay’ ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999.

YENİDÜNYA, Caner, ALŞAHİN, Mehmet, “Bireyin Şerefine Karşı Suçlar”, TBBD, S.

YENİSEY, Feridun, PLAGEMANN, Gottfried, Alman Ceza Kanunu, Beta Yayınevi, İstanbul 2009, s. 235.

YILDIZ, Ali Kemal, “Uzlaşma-Şikayet İlişkisi”,
<http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/fHm.jsp?pIndxLvl=5>,
Erişim Tarihi, 10.08.2011.

YURTCAN, Erdener, Yargıtay Kararları Işığında Hakaret Suçları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2009.

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=2515&content=, Erişim Tarihi, 31.05.2010.

<http://tdkterim.gov.tr/bts/>, Erişim Tarihi, 29.10.2010.

ÖZET

Kişinin şeref ve saygınlığı tarih boyunca tüm hukuk düzenleri tarafından korunmuştur. Başlangıçta özel hukuk normları ile koruma altına alınan insan onuru, daha sonraki dönemlerde ceza hukuku normlarıyla da teminat altına alınmıştır.

Kanunlar kişinin maddi varlığı yanında manevi varlığını da korumaktadır. Kişinin manevi varlığını oluşturan önemli değerlerden biri de kişinin şerefidir. Kişinin şerefi, kişinin sırf insan olması sebebiyle sahip olduğu kişilik haklarından biridir. Bu hak ulusal ve uluslar arası hukuk metinleriyle teminat altına alınmıştır.

Kişinin şerefine saldırı niteliğine sahip fiiller hakaret suçunu oluşturur. Bu fiillerin cezalandırılmasında hem bireysel hem de toplumsal menfaat bulunmaktadır. Hakaret suçunda, fiilin bir düşünce açıklamasından ibaret olması sebebiyle, hakaret suçu ile ifade özgürlüğü arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. İfade özgürlüğü ve uzantısını oluşturan basın özgürlüğü, AİHM kararlarında toplumun ilerleyebilmesi için gerekli olan zorunlu unsurlar olarak kabul edilmiştir. İfade özgürlüğü kişinin yaşama hakkından sonra sahip olduğu en önemli hak, demokratik toplumun temel taşıdır. Bu doğrultuda kişinin şerefi ile ifade özgürlüğü arasındaki menfaatler çatışması, ifade özgürlüğüne üstünlük tanınmak suretiyle dengelenmektedir.

ABSTRACT

The honour and dignity of the human is preserved throughout history by all legal adjustments. Initially, the honour of the human is protected under the norms of private law, later guaranteed by criminal law norms.

Legislation preserves the spiritual existence of the human alongside the physical presence of the human. The honour of the human is one of the significant values of the spiritual presence. The honour of the human is one of the human rights, just because of being a human. This right is guaranteed by national and international legal texts.

Acts have acquired the quality of an assault against the honour of the human, constitute the crime of insult. The penalization of these acts have existed both individual and social interests. There is an imminent affair between the crime of insult and the freedom of expression as a result of the crime of insult' s act consist of an announcement of a thought. In the European Court of Human Rights judgements, the freedom of expression an the extension of this freedom has been known as the freedom of the press, have been accepted as imperative items for the improvement of the society. The freedom of expression, the cornerstone of democratic, is one of the most significant right after the right to life. In this respect the conflict of interests between the human' s honour and the freedom of expression, has been compensated by recognition excellence to the freedom of expression.