

TÜRK CEZA KANUNU'NUN 312/II. MADDESİNİN MEVCUT HALİYLE MUHAFAZASI ÜZERİNE

*Doç. Dr. Ersan ŞEN**

Madde metnine göre, halkı; sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik eden kimse cezalandırılır. Bu tahrik, kamunun emniyeti için tehlikeli olabilecek bir şekilde yapıldığı takdirde, faile verilecek ceza fazlalaştırılır.

Suçta tahriki düzenleyen madde metni, suçun unsurlarına açık ve anlaşılabilir bir şekilde yer vermediğinden, keyfi uygulamaya sebebiyet verdiğinden, düşünce açıklama hürriyeti ile bilimsel araştırmaların yapılmasını ve açıklanmasını engellediğinden ve muhtemel tehlike suçunu düzenlediğinden bahisle eleştirilmekte, kaldırılması veya en azından değiştirilmesi önerilmektedir.

Öncelikle madde metninin düzenlediği ve suç sayılan fiilin koruduğu hukuki yararı ve unsurları incelemek, ortaya çıkan sonuca göre açıklamada bulunmakta fayda vardır.

Ceza hukuku, sırf toplumda düzenin olması amacıyla düzeni sağlamaz, aksine kişilerin, anayasal güvence altındaki temel hak ve hürriyetlerini kullanabilmeleri ve bu hak ve hürriyetlerin geliştirilebilmesi amacıyla düzeni sağlar. Bir başka ifadeyle, yasakçı ve cezalandırıcı gibi gözükse de ceza hukuku, esasında kişilere huzur verme ve rahatça davranabilme imkanı sağlar. Elbette kişiler için bu imkan, hukuk kurallarıyla belirlenmiş sınırlar içerisinde mümkündür. Herkesin dilediğini yapabilmesi ve başkalarının temel hak ve hürriyetlerine tecavüze yol açabilecek davranışlarına izin verilmesi gibi bir durumun, “hukuk devleti” ilkesi kapsamında barınabilmesi söz konusu olamaz. Bu nedenle, “suçta ve cezada kanunilik” ilkesine uyulmak kaydıyla öngörülen emredici normlara herkes uymak zorundadır. İşte bu uymanın karşılığında, toplumda huzur ve düzen sağlanabilir ve davranışlarının serbestliğindeki sınırları bilen bireyler temel hak ve hürriyetlerini kullanabilirler.

* İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Ceza Hukuku ve Ceza Yargılaması Hukuku Öğretim Üyesi

Hukuk devleti olmanın belli başlı genel ölçütleri vardır:

Devletin organlarıyla birlikte yürürlükteki hukuk kurallarına önce kendisinin bağlı olması,

Yürürlükteki hukuk kurallarının kağıt üzerinde yazılı kalmayıp, herkese eşit olarak uygulanması,

Yürürlükteki hukuk kurallarının anlaşılabilir olması, yasakçı zihniyetten ziyade kamunun ve bireyin menfaatlerini koruyucu amaçlara hizmet etmesi,

Bağımsız yargının sağlanması, devlet dahil sadece şekli olarak değil, gerçek anlamda kararlarına herkesin uyması ve bu kararların uygulanmasının takip edilmesi,

Toplum düzeninin, kişi hak ve hürriyetlerinin kullanılabilir halde tutulması, korunması, haksız saldırıların önlenmesi ve faillerinin ayırım yapılmaksızın cezalandırılması.

Yukarıdaki açıklamalarımız ışığında, yasama organı ceza hukukunun emredici normları vasıtasıyla kanunlar ortaya koyar, bu noktada yürütme organı olan cumhuriyet savcıları ve zabıta kanunlarda öngörülen emir ve yasakları ihlal edenlerin takibini yapar, yargı organı da eğer normun ihlal edildiği sonucuna varır ise, failer hakkında cezaya hükmeder. Bu süreç, keyfi olmayan, duyulan toplumsal ihtiyaca cevap veren bir süreçtir. Ülkemizde TCK'nun 312. maddesinin II. fıkrasına ihtiyaç duyulmuş ve duyulan bu ihtiyaç nedeniyle bazı kesimlerce eleştirilse dahi bugüne kadar yaşayabilmiştir. Bu ceza normunu, sırf otoritenin baskısı ve kişi hak ve hürriyetlerini engelleyici, bu kapsamda düşünce açıklama hürriyetini sınırlayıcı bir madde olarak görmek ve anlamak doğru değildir.

Madde hükmünün, bir tehlike suçunu düzenlediği, yani zarar ortaya çıkmadan önleyici amaç taşıdığı ve koruduğu hukuki yararın da, kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığını koruma, kişi hürriyeti ve güvenliğini sağlama, düşünce açıklama, din ve vicdan özgürlüğünün korunması olduğu aşıkardır. Temelde ise, kamu düzeninin bozulmaması ve bu sayede kişilerin biraz önce belirttiğimiz hak ve hürriyetlerinin korunması esas alınmıştır. Madde hükmü, 1982 Anayasası'nın 10. maddesi ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 14. maddesinde ortaya konulan ve "eşitlik" ilkesini, yani "ayırımcılık yasağı" nı korumakta ve "eşitlik" ilkesine bireylerin de saygılı olmasını sağlamaya çalışmaktadır. Madde, sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözetmek suretiyle kin ve düşmanlığa açıkça tahrik eden kimseyi cezalandırmaktadır. Örneğin, "din ayırımı yaparak halkı Hristiyanlara karşı kötülük yapmaya açıkça tahrik etmek" veya "bölge farklılığı gözetmek sure-

tiyle B bölgesinden olanların asalak olduğunu ve ortadan kaldırılmaları gerektiğini söylemek” gibi fiiller, madde kapsamında cezalandırılabilirler. Bunun dışında sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözetilse bile, halkın kin ve düşmanlığa açıkça tahrik edilmediği açıklamalardan dolayı kimsenin cezai sorumluluğu olmayacaktır. 312. maddenin II. fıkrasında yasak kapsamına alınan fiil, halkın kin ve düşmanlığa açıkça tahrik edilmesi ve bunun da sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözetilerek yapılmasıdır. Madde, kişileri, dinleri, mezhepleri korumakta, bölgeler arasında ayırım yapılmamasını sağlamayı amaçlamaktadır.

312. maddenin II. fıkrasında, sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözetilerek ayırımın yapılmış olması aranmıştır. Maddenin ayırım için kabul ettiği kavramlar, 1982 Anayasası'nın 10. maddesinde öngörülen “ayırım yasağı” kapsamına göre dar ele alınmıştır. Kanaatimizce, 312/II. maddesindeki “ayırım yasağı” kapsamını genişletmek, 1982 Anayasası'nın 10. maddesi ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 14. maddesindeki kavramları da güvenceye alan düzenleme yapmak gerekmektedir. Dil, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa mensup olmak, mülkiyet gibi kavramlar da 312/II. maddesinde öngörülen suç kapsamına alınmalı ve kişiler arasında bu hususlardan herhangi birisi nedeniyle ayırım yapılması müeyyide ile desteklenmek suretiyle yasaklanmalıdır. Maddenin bu şekilde geniş tutulması, korunmak istenen hukuki yarar açısından daha faydalı olacaktır.

Düşünce açıklama hürriyeti ve sınırları için, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 10. maddesi ile 1982 Anayasası'nın muhtelif hükümlerini dikkate almak gerekir. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 10. maddesinin 2. paragrafı uyarınca ifade özgürlüğü, milli güvenlik, ülke bütünlüğü ve kamu güvenliği, suçun veya düzensizliğin önlenmesi gibi nedenlerle demokratik bir toplumda gerekli olan somut durumlarda kanunla sınırlandırılabilir. 1982 Anayasası'nın 10., 13., 14., 17., 19., 26., 28. maddeleri, TCK'nun 312/II. maddesinin dayanakları arasında yer alırlar.

TCK'nun 312/II. maddesi, düşünce açıklama hürriyetini sınırladığı, maddede düzenlenen suçun unsurlarının açık olmadığı ve keyfi kullanıldığı için eleştirilmektedir.

Kanaatimizce, madde hükmünde suçun unsurları açık bir şekilde gösterilmiş ve hangi fiilin cezalandırılacağı belirtilmiştir. Suçun maddi ve manevi unsurları öngörülmüştür. Maddede, yargı makamını keyfi davranmaya ve bu madde kapsamına girmeyen fiilleri de cezalandırmaya imkan verebilecek bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Buradaki sorun, düşünce açıklama hürriyeti-

nin sınırlandırılması gerekip gerekmediği veya sınırının ne olacağının tespiti-
tidir. Kimilerine göre düşünce açıklama hürriyeti sınırsız olmalı, eyleme
düşünmesi şartıyla cebir ve şiddeti çağrıştıran ve hatta kamu düzenini bozma
çağrısıyla yapılan açıklamaların, sistemi veya kişileri eleştiriyi aşan ve haka-
ret teşkil eden ifadelerin serbest olması gerekmektedir. Bu anlayışı kabul
edecek olursak, hakaret ve sövme suçlarını, kanunun suç saydığı bir fiilin
işlenmesinin övülmesini de uygun görmek gerekir, çünkü mantık aynıdır,
henüz eyleme dönüşmemiş olan düşünce açıklamalarının kimseye bir zararı
olmadığı gibi, kamu düzenini bozan bir tarafı da yoktur! Örneğin, bireyin
kişilik haklarını hiçe sayarak annesine küfredebilme, ona hırsız diyebilme
veya adam öldürme suçunun iyi olduğunu ve hatta A ırkından olanların öldü-
rülmesinin doğru olacağını ve öldürenin sevap kazanacağını söyleyebilme
imkanını hukuka uygun saymak söz konusu olacaktır!

Kanaatimizce, eyleme dökülmemiş ve maddi anlamda henüz sonuç do-
ğurmamış olsa bile, düşünce açıklama da bir fiildir ve kullanımının elbette
sınırı olmalıdır. Bireye yapılan küfür veya hakaret, onun kişilik haklarına
saldırıdır, yine ırk ayırımı yapılarak halkın kin ve düşmanlığa tahrik edil-
mesi, o ırka ve o ırktan olanların kişiliklerine tecavüzdür, kamu düzeninin
tehlikeye düşürülmesi ve hatta bu düşünce açıklamalarının eyleme dönüş-
mesi ihtimaline binaen bozulması söz konusudur. Devlet, zarar ortaya çıktığı
anda müdahale eden bir anlayışla asla hareket etmez. Elbette zorunlu olan
durumlarda, kamu ve bireyler için zarar ortaya çıkmadan, tehlikeli durum-
larda da önleyici tedbirler alabilir ve faillerinin cezai sorumluluklarını gün-
deme getirebilir, fakat cezai sorumluluk çizgisi keyfi değildir ve olmamalı-
dır. Bir başka ifadeyle, sebepsiz yere, sırf otoritenin ve belli bir düşüncenin
hakimiyeti amacıyla emir ve yasaklar getirilmemelidir. Bununla birlikte,
“demokratik ortamda her düşünce serbesttir” diyebilmek ve eyleme dönüştü-
rülmemesi kaydıyla önünü açık tutmak da doğru bir seçim olamaz. İşte bu
mantıktan yola çıkan 312. maddenin II. fıkrası, kamunun ve bireylerin ko-
runması amacını taşımaktadır. Bugün getirilen eleştiri, neyin doğru ve neyin
yanlış olduğuna birilerin karar vermemesi gerektiği ve her şeyin serbestçe
tartışılabilmesi için söylenebilmesi gerektiği, söz konusu maddenin ise bu
serbestliği engellediği şeklindedir. Adı geçen madde yasak getirmektedir,
ama keyfi ve sebepsiz değildir. Toplum halinde yaşayan bireylerin hak ve
hürriyetleri arasında yer alan düşünce açıklama hürriyetinin de mutlaka bir
sınırı olmalıdır ve buna da elbette birileri, mevcut sistemde yasama organı
ihtiyaca göre cevap verecektir. O sınır, başkalarının hak ve hürriyetlerine
sağlanan ve taahhüt edilen güvenceler ile hak ve hürriyetlere saldırılamama-
sıdır. Bunun dışında demokrasi demek, herkesin her istediğini yapabilmesi

veya söyleyebilmesi demek değildir. Eleştiri olarak denilebilir ki, “istediğin kadar kısıtlama getir, kişinin içindeki düşünceyi öldüremezsin”. Bu düşünceye göre, herkes adam öldürmeyi, Türk Ceza Kanunu’nda yazılı olan birçok suç işlemeyi iç dünyasında düşünebilir, fakat yapamaz, eğer yapacak olursa cezalandırılacağını bilir. Bu sebeple, birtakım sözde masum açıklamalarla herkesin her şeyi söyleyebilmesine imkan tanınmaz. Aksi halde, düzenin sağlanması mümkün olamaz.

Bugün yapılan açıklamalara baktığımızda, maddenin yeniden düzenlenmesi önerilmekte, “somut tehlike”, “gerçek ve yakın tehlike”, “cebir ve şiddet çağrısıyla yapılması” gibi maddenin uygulamasını daraltabilecek kelimelerin hükme ilave edilmesi istenilmektedir. Böylece, TCK’nun 312/II. maddesinin keyfi ve geniş uygulamasının önüne geçilebileceği ve düşünce açıklama hürriyetinin önündeki engellerin kalkabileceği ileri sürülmektedir. Düşünmek gerekir, acaba bu ilaveler madde metninin keyfi kullanıldığı iddialarını önleyecek midir veya düşünce açıklama hürriyetinin sınırlarını mı genişletecektir? Cevap, hayır. Bu kelimeleri değerlendirecek ve her somut davada karar verecek olan hakimdir. Maddenin keyfi uygulandığı eleştirisinde bulunanlar, yine aynı eleştirilerine devam edeceklerdir. Madde, zaten bu değişiklikleri kapsayacak açıklıktadır, çünkü maddede düzenlenen cürüm bir “tehlike suçu” olup, suç sayılabilecek bir açıklamanın “tehlike” doğurması şartı, zaten bu cürümün oluşabilmesinde aranan unsurlardan olan maddi ve manevi unsurlar içinde bulunmak zorundadır. Bizce önemli olan, maddenin amacına uygun ve kişiler arasında ayırım yapılmadan uygulanabilmesidir. Bunun haricinde, madde metni toplumun duyduğu ihtiyaç nedeniyle aynı şekilde muhafaza edilmelidir. Hele, şu veya bu sebeple din istismarının fazlaşığı ve birtakım kişilerin farklı amaçlarla siyasallaşmaya çalıştığı bir dönemde, bu maddeyi kaldırmanın veya iyi düşünülmeden değiştirmenin ağır faturasını herkes ödeyecektir. Elbette yasak savunulmaz, mecbur kalındığı için uygulanır ve elbette her şey tartışılmalıdır, fakat sınırı ve düzeyi vardır, o sınırdaki başkalarının hak ve hürriyetleridir.

Tehlike suçunu düzenleyen maddenin (Madde metni dikkate alındığında bizce, hakkında ayırım yapılan sınıf, ırk, din, mezhep veya bölgeye yönelik suç işlendiği, rencide edildikleri ve somut tehlike içine düşürüldükleri kabul edilebilir.), somut tehlike düzenleyen bir suç maddesi haline getirileceği ve bu şekilde madde açıklığının sağlanabileceği fikri ileri sürülmekte ve bunun için de maddede geçen kelimelerin daha somutlaştırılacağı belirtilmektedir. Ceza hukukunda tehlike doğuran suçlar arasında; somut tehlike (belirli), soyut tehlike (genel, yani toplumu tehdit edebilecek) ve muhtemel tehlike (henüz ortada tehlikenin belirtisi bulunmamakta iken) doğuran suçlar ayırımı

yapılır ve bunlardan muhtemel, yani ileride tehlike doğurması söz konusu olabilecek fiillerin suç sayılmaması gerektiği kabul edilir. Bizce de bu ayırım doğru yapılmıştır (Bkz., Ersan ŞEN, Çevre Ceza Hukuku, İstanbul, 1994, s. 144-151). Mevcut haliyle madde, birtakım ayırımlar yaparak halkı kin ve düşmanlığa tahrik eden kimsenin doğuracağı tehlike ve zararlardan korumak için düzenleme yapmış ve unsurlarını göstermiştir ki, bu duruma soyut tehlike doğuran suç adı verilir. Somut tehlike suçlarında ise, tehlikenin somut olarak birileri için doğmuş olması ve hatta zararın ortaya çıkma aşamasına gelmiş olması gerekir. Bu ayırım nasıl yapılacak ve somut durumda kıstas nasıl ortaya konulacaktır. Düşünelim ki, fail basın yoluyla veya topluluğa hitaben yaptığı birtakım konuşmalarda din veya bölge farklılığı gözetmek suretiyle halkı açıkça kin ve düşmanlığa tahrik etmiş olsun. Örneğin, A dininden olanlar veya B bölgesinden olanların kötü kişiler olduğunu ve A dine inanan insanlar oldukça ülkenin düzelemeyeceğini, bu kişilerin ortadan kaldırılması gerektiği söylenmiş olabilir. Somut tehlike doğuran bir suç tipinde, kamu düzeninin tehlikeye düşmüş olması ve toplumda huzursuzluğun ortaya çıktığının somut şekilde tespit edilmesi gerekir. Örneğin, çevreye karşı işlenen suçlarda yapılan somut tehlike-soyut tehlike ayırımını (her ikisi de suç sayılabilmektedir), 312. maddenin II. fıkrası için yapmaya çalışmak ve sadece somut tehlike halini suç saymaya çalışan ölçütler öngörmek, hem imkansız ve hem de belirsizdir. O zaman bu ölçüt, kime ve neye göre belirlenecektir. Çevreye karşı işlenen suçlar bu ayırma imkan tanımakta, ancak 312/II. maddesinde öngörülen suç bu şekildeki bir ayırma uygun değildir. Halkı kin ve düşmanlığa açıkça tahrik eden ifadelerden, hangisinin kamu düzeni için somut tehlike doğurduğunu belirleyebilmek mümkün olmadığı gibi, devletin bu açıklamalara karşı, “efendim somut tehlike bir ortaya çıksın sonra bakarız” denilebilme lüksü de olamaz. Herkes düşüncelerini açıklarken, başkalarına saygılı olmak ve bireyleri kin ve düşmanlığa açıkça tahrik eden ifadelerden kaçınmak zorundadır.

Somut tehlike doğuran suç haline çevirmek gerektiği gibi bir bahaneyle, maddenin mevcut halinin uygulama alanını daraltmaya çalışmak ve nasıl tespit edileceği belirli olmayan alıntı birtakım ölçütlerle kamu düzenine yönelik tehdidin zarar verme aşamasına gelinceye kadar ayırıcılık yapmak suretiyle halkın kin ve düşmanlığa açıkça tahrik edilmesine izin vermek, 1982 Anayasası'nın “BAŞLANGIÇ”ında ve devam eden maddelerinde yer alan birlik ve beraberliği tam manasıyla tehlike içine koymak, bu birlik ve beraberliği tartışılır hale getirmek ve hatta kamu düzenini bozabilecek zararların doğmasına rıza göstermek anlamına gelecektir.

Adı geçen madde hakkında Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuş, fakat Yüksek Mahkeme bu talebi reddetmiştir (Anayasa Mahkemesi, 29.01.1964, 1963/193 E., 1964/9 K.-Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, Sayı: 2, Ankara, 1965, s. 46), Yüksek Mahkemeye göre, "davacı partinin suç unsurlarının seçik ve ayrıntılı olarak belirtilmediği, keyfi uygulamaya yer verecek ve bilimsel araştırmaları engelleyecek nitelikte bulunduğu ve Anayasaya aykırı olduğu yolundaki iddiasının aksine, "cemiyetin muhtelif sınıflarını umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda kin ve adavete (düşmanlığa) tahrik"ten ibaret olan suç unsurları TCK'nun 312. maddesinde açık bir şekilde belli edilmiştir. Bu maddenin Anayasanın teminat altına aldığı temel hakları ortadan kaldırdığı yolundaki iddia yersizdir. Cemiyetin muhtelif sınıflarını umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda kin ve düşmanlığa tahrike müsaade etmek, vatandaşlar arasında huzur ve ahengin bozulmasını istemek olur. Anayasayı hazırlayanlar, cemiyetin muhtelif sınıflarını umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda kin ve düşmanlığa tahrik etmeyi değil, yurttaki güven ve düzenin bozulmasına yer verilmemesini istemişlerdir. Bütün bu açıklamalar gösteriyor ki, cemiyetin muhtelif sınıflarını umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda kin ve düşmanlığa tahrike müsaade etmeye Anayasanın hiçbir hükmü elverişli değildir. Bu bakımdan da 765 sayılı TCK'nun 312. maddesinde yer alan ve "veyahut cemiyetin muhtelif sınıflarını umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda kin ve düşmanlığa tahrik"i suç sayan hüküm Anayasaya aykırı olmadığından, buna ilişkin iptal isteğinin reddi gerekir".

29.01.1964 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı, TCK'nun 312. maddesinin değiştirilmesinden önceki dönemde verilmiş bir karardır. Madde metni 1981 yılında 2370 sayılı Kanunla değiştirilmiş ve maddeden "umumun emniyeti için tehlikeli olabilecek bir şekilde" ibaresi metinden çıkarılmış ve suçun tamamlanması için halkın kin ve düşmanlığa tahrik edilmesinin yanında, bu tahrikin sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözetilerek yapılması unsuru madde metnine eklenmiştir. "Umumun emniyeti için tehlikeli olabilecek şekilde" şartı, suçun kurucu unsuru olmaktan çıkartılmış ve ağırlatıcı sebep sayılmıştır. Böylece, kamunun emniyeti için tehlikeli olabilecek bir şekilde yapılması aranmaksızın, sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözetilerek halkın kin ve düşmanlığa açıkça tahrik edilmesi suçun oluşmasında yeterli görülmüş ve kamu emniyeti için tahrikin yapılaş şeklinin tehlikeli olması durumu ağırlatıcı sebep sayılmıştır.

Esasında 312/II. maddenin bütünü, hukuki yarar itibarıyla kamu düzeninin tehlikeye konulmasını, ayırım yapılmasını ve en önemlisi halkın kin ve düşmanlığa açıkça tahrik edilmesini suç kabul etmiştir. Bizce, ayrıca bir de

kamu güvenliğinin tehlikeye düşürülüp düşürülmediği incelemesi yapılmayacaktır ki, bu tespiti yapmak zaten çok zor ve keyfi olurdu. **Yüksek Mahkemenin kararında önemli olan, iptal talebini reddetmesindeki gerekçedir. O da, birtakım ayırımlar yapmak suretiyle halkı kin ve düşmanlığa tahrike izin vermenin, bireyler arasında huzur ve ahengin bozulmasını istemek olacağı ve bunun da “hukuk devleti” ilkesi, güvenlik ve düzen kavramlarıyla bağdaşmasının mümkün olmayacağıdır.**