

YARGITAY KARARLARINDA "HALKI BİRBİRİNE DÜŞÜRMEK" SUÇU

Av. H. İlker DUMAN (*)

*"Halkı; sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözete-
rek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik eden bir kimse bir yıl-
dan üç yıla kadar hapis ve.....kadar ağır para ceza-
sıyla cezalandırılır. Bu tahrik umumun emniyeti için tehli-
keli olabilecek bir şekilde yapıldığı takdirde faile verilecek
ceza üçte birden yarıya kadar arttırılır.*

*Yukarıdaki fıkra yazılı suçu 311. Maddenin ikinci fık-
rasında sayılan vasıtalarla işleyenlere verilecek cezalar bir
misli arttırılır (Türk Ceza Kanunu md. 312/2-3).*

1- KORUNAN YARAR: Kamu düzeninin, halkı birbirine düşü-
recek eylemlerle bozulmaması gerekir. Bu madde, hukuk düzeni-
nin, kendisini, kamu düzenini ve demokrasiyi korumak için kul-
landığı araçlardan biridir. Genelde hukuk düzenine, özelde kamu
düzenine ve demokrasiye "kendini koruma ve savunma hakkı"nın
tanınmaması durumunda, sistemin temelleri sarsılır. Bu nedenle
bütün demokratik toplumlarda, bireylerin ve toplumun güven ve
sükun içinde yaşamasını, iç huzurun güven altında olmasını ve bu
güvenin hukukça korunmasını sağlayacak önlemler alınmaktadır.
Çünkü yurttaki güven ve düzen bozulduğunda, toplum yaşamı huzur
ve güvenlik içinde yürüme olanağı bulamadığında toplumun mad-
di ve fiziki düzeni bozulur. Yasa koyucu, 312/2'de yazılan eylemle-
ri suç olarak yasada düzenleyerek ve bunları yaptırıma bağlaya-

(*) İstanbul Barosu Avukatı

rak, kamu huzur ve güvenliğinin tehlikeye düşmesini önlemeyi istemektedir.

Hukuk düzeninin yalnız hukuk kurallarıyla korunabileceğini sanmak, büyük bir yanılgıdır. Din, dil, etnik grup ve benzeri farklı unsurlardan oluşan toplumların, hukuk devleti, demokrasi, laiklik, siyasal, toplumsal ve tutumsal istikrar, bireylerin ve toplumun özgüveni, yüksek eğitim düzeyi, yüksek gelir düzeyi, adaletli gelir dağılımı gibi etkenlerin de göz önünde bulundurulması gerekir. Bu etkenler, hukuksal, siyasal, toplumsal ve tutumsal dokuları canlandırır ve birbirine bağlar. O zaman hukuk düzenini korumak daha da kolaylaşır.

2- KAVRAMLAR:

GENEL OLARAK: Düşmanlığa tahrikten maksat, ülkenin kamu güvenliğini ve düzenini tehlikeye düşürebilecek mahiyette fiilleri icra eylemektir. Önemli olan, tahrikin, kamu güvenliğini ve düzenini tehlikeye düşürülmesi ihtimalidir. Düşmanlıktan maksat ise, kin ve nefret duygusunu saçmak, yaymak, telkin eylemektir (8. CD. 18.6.1974, 2/2). TCK'nun 312/2. Maddesinde tanımlanan suç, tehlike suçudur. Halkı kin ve düşmanlığa tahrik etmek, suçun maddi unsurunu oluşturur. Ancak tahrik, sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözetilerek yapılmalıdır. Sınıf, sosyal bir olgudur. Ekonomik nedenlerin dışında oluşan gruplaşmalar da bu kavram içine girer. Irk, genetik açıdan koşullandırılmış, kuşaktan kuşağa geçen bedensel özelliklere sahip birey topluluklarıdır. Bölge ise, idari ve ekonomik birlik, toprak veya iklim koşullarına göre belirlenen toprak parçasıdır (CGK. 27.10.1998, 247/335):

A. HALK: Dini, mezhebi, etnik kökeni, bölgesi ne olursa olsun müşterek duygu, menfaat, ideoloji ve manevi değerlerin bir araya getirdiği veya aynı değerleri paylaşan insanlar grubu halkı oluşturur. Toplumun tüm katmanları halkı meydana getirir. Yasa, sınıf ve katmanları birbirine karşı düşmanca duygular beslemeye, birbirinin kötülüğünü istemeye yöneltmeyi cezalandırmıştır.

B. SINIF: 312/2. Madde anlamında toplumun ana gruplarıdır. Bu bakımdan, yalnız işçi ve işveren sınıfı değil, çiftçi, esnaf, mülk sahibi, tüccar memur gibi ana küme veya katmanlar konumuz bakımından "sınıf" sayılırlar (Bkz. Askeri Yargıtay Daireler Kurulu, 9.11.1973, 54/49).

C. IRK: Bir ailenin, bir halkın soyu; kökünü aldığı kendinden önceki kuşaklarla kendinden sonraki kuşakların tümüdür. Bu bakımdan bir ırka mensup insanlar, genetik bakımından koşullandırılmış beden karakterlerine sahiptirler. Deri, saç, burun, kafatası, boy durumuna göre insan türünün belli başlı ve sürekli çeşitlerinden birini oluşturur. Bu özellikler kalıtım yoluyla geçer ve bu karakterlerle değerlendirilir ve ayırt edilir (Bkz. CGK. 20.4.1999, 77/70).

D. MEZHEP: Bir dinin içinde anlayış ayrılıklarından dolayı ortaya çıkan kollarıdır.

E. BÖLGE: İdari ve ekonomik birlik, toprak ve iklim koşullarına göre belirlenen toprak parçasıdır.

F. DİN: Allah ile kullar arasındaki ilişkileri düzenleyen düzendir. Bu düzende, inanma ve tapınma konusunda Allah'ın insanlara bildirdiği gerçekler, inanç, töre, gelenek, inanma ve bağlanma duygusu gibi ruhi varlıklara inanç ve mutlak itaat duygusu vardır.

Herkesin düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne hakkı vardır; bu hak din ve inanç değiştirme, dini inanç ve kanaatinden dolayı kınanmama ve suçlanmama, dini ayin ve törenlere katılmaya zorlanmama, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanmama, dini veya inancını tek başına veya topluca, açık ya da özel olarak öğretme, uygulama, ibadet ve törenlerle açığa vurma, dinini ve inancını öğrenme ve öğretme...özgürlüklerini kapsar.

Dinde serbestlik ilkesine saygı, inançları nedeniyle ayırım yapmama, resmi din adına inanmayanları veya başka biçimde inananları elememe, zalimce muameleye tabi tutmama, dinleri ve inançları tek biçime sokmama, yasalarla, başka yöntem ve araçlarla

inanma ve inanmama özgürlüğüne baskı yapmama, farklı din, mezhep ve inançlar karşısında yansız olma, resmen bir dini tanıma ve dayanmama, bütün dinlerin mensuplarına eşit ve yansız davranma, din topluluklarıyla devlet kurumlarını ayırma, din kurallarını kamu yönetiminde etkili ve egemen kılmama, ayin ve ibadetlerin serbestçe yapılmasını sağlama, bireylerin Tanrı ve din konusundaki tercihlerine karışmama, nerden gelirse gelsin baskı ve müdahalelere karşı din özgürlüğünü hukuksal koruma altına alma....laik devletin görevidir. Laikliğin, laik hukukun, laik eğitimin...din ve vicdan özgürlüğünün en büyük güvencesi olduğu görülmektedir.

Devletin açıklanan yükümlülüğüne karşılık, bireyin de görevleri vardır. Birey; din özgürlüğümü kullanıyorum diyerek, devletin sosyal, ekonomik, siyasal ve hukuksal temel düzenini din kurallarına dayandırmayacak, kişisel, siyasal çıkar ve nüfuz sağlamak amacıyla dini, din duygularını veya dince kutsal sayılar şeyleri istismar etmeyecek ve kötüye kullanmayacak, halkı din ve mezhep farkı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik etmeyecek, dini, şiddet, terör, tahrik, ayrımcılığı ve düşmanlık gibi şiddet hareketlerine gerekçe yapmayacaktır. Din özgürlüğünün, özellikle din ve inancını açıklama özgürlüğünün, yerleşik hukuk düzeninin sınırları içinde kullanılması gerekir. Hukuk düzeninin dışına çıkan hak kullanımları sınırlanır (Bkz. İlker Hasan Duman. 82 Anayasasında İnsan Haklarına Saygılı Devlet, sf. 121,122, İnkılap Kitabevi, İstanbul-1997)

Din veya inancını açıklama özgürlüğü, demokratik bir toplumda ancak kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlığın, ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olan tedbirlerle ve yasayla sınırlanabilir.

G. KİN: Bir kimseye veya bir şeye karşı duyulan ve öç almayı gerektiren şiddetli düşmanlık ve garezdir.

H. DÜŞMANLIK: Kin ve nefret duygusu saçmak, yaymak, telkin etmektir.

I. KİN VE DÜŞMANLIĞA TAHRİK:

Kin ve düşmanlığa tahrik, maddede sayılan zümre ve grupların biri birine karşı şiddet hareketlerinde bulunmalarını istemeye, kamu düzen ve güvenliğini bozmaya yönelmiş eylemlerdir. Bu konuda önemli olan, tahrikin kamu güvenliğini ve düzenini tehlikeye düşürme ihtimalidir (9. CD. 18.6.1974, 2/2) Bu iradi yöneliş, özel bir kast altında gerçekleşir. Toplum katmanları birbirlerine karşı eylemli olarak tahrik edilirler.

İ. AÇIKÇA: Aleniyettir. Bir şeyin “kolay anlaşılabilir” olmasıdır. 312/2. Maddesindeki suçun oluşabilmesi için, tahrik, tereddüde yer vermeyecek biçimde ve herkes tarafından kolayca anlaşılabilir tarzda olmalıdır. Bunu başkalarının görmesi ve işitmesi şart değildir (CGK. 5.12.1966, 276/456).

3- SUÇUN UNSURLARI:

A- YASAL UNSUR (TİPİKLİK):

Yasal unsur, işlenmiş bir eylemin, ceza yasasında yapılmış bulunan suç tanımına uygun bulunup bulunmadığını anlatır. 312/2 anlamında suçun tipik sayılabilmesi için sanığın; “halkı....ırk veya din farklılığı gözeterek....kin ve düşmanlığa açıkça tahrik etmesi” gerekir. Eylemin, din farklılığı gözetilerek işlenmesi için farklı dinlere mensup halklar arasında, ırk farklılığı gözetilerek işlenmesi için ise, farklı ırklara mensup halklar arasında kin ve düşmanlığın açıkça tahrik edilmesi gerekir.

Bu suç tipi, tehlike suçudur: Failin hareketinin yasanın önlemek istediği tehlikeyi yaratıp yaratmayacağına bakılır. Failin hareketi, yasanın önlemek istediği tehlikeyi meydana getirmeye uygun ve elverişli ise cezalandırılır. Hareketin uygun ve elverişliliği doğrudan doğruya somut verilere dayanılarak belirlenir.

Yargıtay Kararlarından Örnekler

-Sanığın savunması vesöz edilen gazetede yer alan yazılar incelendiğinde sanığın herhangi bir kişi ya da gruba yönelik açıkça kin ve düşmanlığa tahrikin söz konusu olmadığı, YAZI TUMU İLE ELE ALINDIĞINDA bir dinsel düşüncenin öz eleştirisi çerçevesi içerisinde işlenmesinden öte gitmediği, ayrıca devletin sosyal,, siyasal ve hukuki temel düzenini dini esas ve inançlara uydurmak amacı taşımadığı, böylece söz konusu yazının suç oluşturmadığı gözetilmeden, sanığın mahkûmiyetine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir (8. CD. 2.2.1988, 10688/820).
- Sanığın yazısında; Türkiye’de Devletin, 1900’lerden bu yana ırkçı bir politika izlediğini, 1946 yılına kadar Türkiye’de jandarma ve polis dayaağı yememiş hiçbir köylü kalmadığını, Anadolu insanının böylesine yaklaşımlar yüzünden çok sıkıntı çektiğini, zarar gördüğünü, insan hakları ihlallerinin 12 Eylül dönemi gibi ara rejim dönemlerinde önemli boyutlara ulaştığını, bu dönemde Kürtçe konuşmanın yasaklandığını, Türk Dil Kurumu’nun kapatıldığını, Güneydoğu’da bölücü terör örgütüne karşı güvenlik güçlerinin mücadelesinin savaş olduğunu ve bölünme tehlikesi taşıdığını, beraberinde göç, yoksulluk, orman ve evlerin yanması sonucunu getirdiğini yazması eylemi, TCK’nun 312/2 maddesinde yazılı suçu oluşturur (8. CD. 18.10.1996, 11624/12797).
- Her ne kadar mahkemece, sanığın yayınladığıDestanları adlı kitabında, ana temanın ırk görüşüyle Kürt olarak adlandırılan ayrı bir kültür yapısına sahip bölge halkını Türk toplumuna karşı husumet ve düşmanlığa açıkça tahrik etmek niteliğinde işlendiği belirtilmekte ise de; aynı kararın gerekçesinde, yayıncının Kürt aşireti isyanlarını kahramanlık olarak gösterip mensuplarını mücadelelerinden dolayı kutlama, yaşanan bölgeyi Kürdistan olarak tanımlayıp bölge insanlarını Kürt olarak adlandırma, ayrı bir ırk ve ulus olma bilincinin verilmesini isteme, gibi verileri içeren şiirlere yer verildiğini de kabul etmiş gö-

rünmekle bölücülük unsurlarının varlığını da ifade etmiş, gerçekten kitapta yer alan (koçgiri) şiirinde Kürdistanın Kürtlerin vatanı olduğu, kısmen nazım, kısmen nesir olarak kaleme alınan (kom) da, Kürdistan muhtariyet idaresine izin veren İstanbul Saltanat Hükümetinin kararını Mustafa Kemal Hükümetinin kabul edip etmeyeceği yolunda verilen muhtıra üzerine gönderilen oylama amaçlı kurulun nasıl kovulduğu belirtilip, ardından Ankara Büyük Millet Meclisi Başkanlığına çekilen ve Diyarbakır, Elazığ, Van ve Bitlis illerinde bağımsız bir Kürdistan oluşması gerektiği, aksi takdirde bu hakkın silah zoruyla alınacağı uyarılarını kapsayan batı dersim aşiret reisleri imzalı telgraf metninin övücü sözlerle aynen geçildiği, (şavkıyan şafak) başlıklı deyişte; günü geldiğinde Hozat'ta Kürt bayrağı çekilerek Dersim'den dünyaya Kürdistanın bağımsızlığı ilan edileceği, yurdun kurtarılması için Sivas'a yürüneceği, Ankara Hükümetinden de tanınma isteneceği, dava adamları olmayan hükümet yanlısı Kürt büyüklerinin dışlanması gerekeceği ifadelerinin yer aldığı, (Sivas zindanında) isimli şiirde (Kürdistan denilen büyük anadan doğmaktadır yeniden Hitit güneşi) mısralarının, (yıldız dağının dumanı) isimli de (Türkleşmiş Kürtlerin tümen tümen saflarına katılmakta olduğu) sözlerinin, (sevgili vatan) başlıklı da (Kürdistanın orduları kahrettiler barbarları, vatan için öleceğiz, istemeyiz Moğolları) dörtlüğünün ve Kürt peşmergelerinin büyük ve kutsal davanın özgürlük savaşçıları olduğu anlatımının bulunduğu, Ağrı ve Dersim destanları bölümünde, Şeyh Sait ve Dersim isyanlarının önderlerinin övüldüğü Kürt halkının direniş ve zafer bayramı başlığı altında verilen nevroz bölümünde başlığın bizatihi bölücülük içerdiği, demirci Kürt önderi kawa'nın üç renkli önlüğünün sonradan Kürt bayrağına dönüşecek olduğu, (artık yağ tutmuştur yayık, dava büyük, kavga kanlı, yol uzundur. Bu yolda sevgili vatan uğruna yürüyor halkımız) ve (bir şehidin kanı kurumadan, bir şehit daha, böyle yaklaşıyoruz sabaha) sözleri BÜTÜNÜYLE değerlendirildiğinde ülkenin toprak bütünlüğünün bozulup bir bölümünde bağımsız Kürdistanın kurulması için vaki isyan hareketleri

övölüp, bu amaçla sürdürülmesi uğrunda savaş çıkırtkanlığı yapıldığı, bölücü amaçlı terör örgütüne manevi destek sağlanmak istendiği anlaşılmış, destanlar adı ile özellikle seçilip özenle sıralanan nazım-nesir karışımı deyişlerde yayın yoluyla 3713 sayılı Terörle Mücadele Yasasının 8. Maddesinde hükme bağlanan Türkiye Cumhuriyeti Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı hedef alan propaganda yapıldığı açığa çıkmıştır.

Bu itibarla, yayıncı sanığın eyleminin TCK'nun 312/2-3 değil, 3713 sayılı Yasanın 8. Maddesi kapsamında nitelendirilmesi gerekirken.....(8. CD. 5.1.1994, 11775/5).

- Tahrikin varlığı, sosyal disiplini ağır biçimde bozan, zarar veren veya zarar verme tehlikesini taşıy nitelikteki eylemlere yönelik kışkırtmanın amaçlanması ile saptanmalıdır (8. CD. 20.11.1985, 4937/5298).
- "Furkan" isimli aylık dergide yayımlanan ve islami ağırlıklı bir siyasi partinin kapatılması, ordudan dindar subayların atılması, başörtüsü zulmünün devamı, bahane edilen Sincan olayları anlatıldıktan sonra "bu ülkede gerçek din yaşanıncaya kadar Kur'an kursu, başörtüsü, sarık ve her türlü ibadet özgürlüğü kazanılıncaya kadar mücadele etmeyen, Kemalist, laik bir vatandaşın haklarının yüzde yüzünü kazanıncaya kadar mücadele etmezsen, bu ülkenin kurtuluşu için benim dedem de şehit oldu, onun karısının hakkını istiyorum.demezsene, koyun olursan, ezilirsin, sürülürsün, horlanırsın" cümlesiyle esas amacını ortaya koyan sanığın eyleminde eleştiri sınırlarının çok dışında TCK'nun 312/2. Maddesinde yazılı suç tipinin oluştuğunun kabulü zorunludur (8. CD. 27.4.1998, 3494/5680)

B- MADDİ UNSUR:

Maddi unsurun temeli, eylem'dir. Ceza Hukukunda eylem, hareket, sonuç ve nedensellik bağıını anlatmaktadır.

Halkın sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik suçunda, suçun hareket kısmını "TAHRİK" oluşturur.

Tahrik, bir hususun gerçekleştirilmesi veya gerçekleştirilmemesi ya da bilfiil varolan bir durumun kişi ya da kişilerin iradesi üzerinde etki yapması, iradenin harekete geçirilmesi, belirli bir yöne itilmesidir.

Hareketin "tahrik" sayılabilmesi ve suçun gerçekleşebilmesi için; "itici bir özelliğe, kapsama sahip olması" gerekir. Etkili ve inandırıcı bir çağrı, tahrik kavramı ile birlikte bulunmalıdır. Dolaylı etkilenmeler, tahrik kavramı için yeterli sayılamaz. Tahriki oluşturan hareket, yöneldiği kişilerin suç işlemelerini isteyen, sağlayıcı bir özelliğe ve kapsama sahip olabilmelidir. Bu nedenledir ki, tahriki ortaya çıkaran sözlerde,.....tahrikle ulaşılacak istenen amacın AÇIKLIKLA belirtilmesi ve bunun gerçekleşmesine doğrudan doğruya yönelen bir hareket biçiminin bulunması, güdülen amaç ile tahrik hareketi arasında yakın bağların varolması gerekir.

Kin ve düşmanlığa tahrik, 312. Maddenin ikinci fıkrasında sayılan grupların birbirlerine karşı şiddet hareketlerinde bulunmalarını isteme anlamına gelir. Halk; din ve ırk farklılığı gözetilerek, birbirine karşı, öç almayı gerektiren şiddetli düşmanlığa, nefret ve kötülüğe bilfiil açıkça (herkes tarafından anlaşılabilir tarzda) tahrik edilmiş olmalıdır: "Tahrikin, umumun emniyeti için tehlikeli tarzda olması demek, işlenen tahrik fiil ve hareketlerinin, ülkenin kamu düzenini ve kamu güvenliğini bozacak nitelikte bulunması demektir. Tahrik sonucunda, umumun emniyetinin tehlikeye düşmüş veya bozulmuş olması gerekmez. Bu tehlikenin meydana gelmiş olması yeter sayılır. Suç, tahrik eylemlerinin icra edildiği anda tamamlanır." (9. CD. 18.6.1974, 2/2).

Yargıtay Kararlarından Örnekler:

- Sanıkların, olay günü.....yapmış oldukları konuşmalar, ayrı ayrı ele alınıp değerlendirildiğinde; ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütün olan Türkiye Cumhuriyeti Devleti içerisinde, etnik bir görüşle, ayrı ırklardan oluşan ve ayrı bölgelerde oturan halklar bulunduğu ve bunların bir bölümünün ezilip yok edil-

mek istendiği, ileri sürölmek suretiyle TCK'nun 312/2. Maddesinde belirtildiği şekilde halkı ırk ve bölge farkı gözeterek düşmanlığa açıkça tahrik edildiğinin anlaşılmış bulunduğu gözetilmeden, bu suçtan mahkûmiyetleri yerine beraat kararı verilmesi kanuna aykırıdır (9. CD. 9.11.1995, 6119/5720).

- 1 Mart 1994 tarihinde Zeytinburnu Abdi İpekçi Salonunda yapılan "Bosna-Hersek'te katledilen insanları anma" konulu toplantının, 21.5.1997 günlü bant çözümünde amacın saptırılarak, tekbir sesleri arasında "İslam Devleti kurulacak, Türkiye laiklere mezaro olacak" biçiminde sloganların da atıldığı, dini duyguların hakim olduğu ve tansiyonun yükseldiği bir arenaya dönüştüröldüğü, heyecan ve hissiyat potansiyel yoğun bir etkileşme ortamına sürüklenmiş olan bu inançlı topluluğun İsalami duygularını tahrikle ateşleyen konuşmacıların sonuncusu olan sanık M.P'ın etkili hitabet gücüyle Kuran'ı Kerimden arapça sureler okuyup anlamını da yorumlayarak yaptığı konuşmada; özetle, "70 yıldır laik terörün altında inleyen mazlum, müslüman Türk, Kürt, Arap ve Türk halklarının çocukları.....laiklik bitmiştir. Laiklik Allahın iradesini yok sayarak insan iradesini yüceltmek ve buna teslim olmaktır. Çocuklarımıza ilkökoldan itibaren Türküm, doğruyum, çalışkanım diye başlayan Kemalizm dininin amentüsü öğretilmektedir. Ataları, sistemi, müesseseyi ret ve inkar etmedikçe iman sahibi olamayız, laikliği reddetmeyenler müslüman olamazlar. Hem laik, hem müslüman olunmaz. Provakasyonla Müslümanlara yönelik baskıları, zulümleri arttırmak istiyorlar" biçiminde deyimlere yer vererek ve konuşmanın tümünde KAMU DÜZENİNE KARŞI CEPHE OLUŞTURMAK KİŞKİRTİCİLİĞİ YAPTIĞI anlaşılmaktadır. 312. Maddesindeki suç, doktrinde ve uygulamada "kapalı tahrik" veya "dolaylı tahrik" olarak tanımlanan bir tehlike suçudur. Sanığın konuşması, hitap ettiği dini inançları körükleyerek yönlendirilen kitleyi kin ve düşmanlığa kışkırtma ve koşullandırma nitelik ve yoğunluğunda oluştuğu ve müsnet suçun sübutunun kabulü gerektiği halde düşünce özgürlüğü sınırları içerisinde kaldığı gerekçesiyle beraatine hükmedilmesi yanlıştır (8. CD. 12.2.1998, 72/1607).

- Tahriki ortaya çıkaran sözlerden, tahrik ile ulaşılmak istenen amacın açıkça belirtilmesi ve bunun gerçekleşmesine doğrudan doğruya yönelen bir hareket biçiminin bulunması, başka bir anlatımla, güdülen amaç ile tahrik hareketi arasında yakın bağların var olması gerekmektedir (8. CD. 20.11.1985, 4937/5298)

- İnceleme konusu olayda, sanığın konuşması bir bütün olarak ele alınıp değerlendirildiğinde, bölücü ve silahlı terör örgütü PKK'ya karşı yapılan mücadelenin kirli savaş, örgütün ülke bütünlüğüne karşı suç işleyen mensuplarının ise gerilla olarak nitelendirildiği, ülke bütünlüğünü sağlama amacı ile çeteye karşı sürdürülen mücadelenin Kürt halkına karşı yürütüldüğünün belirtildiği, kendi kimliğiyle yaşamak isteyen Kürtlere karşı zulüm yapıldığı, bu kişilere karşı sistematik olarak işkence uygulandığı, Kürt sorununun aynı zamanda Türkiye işçi sınıfının emekçilerinin soruruna dönüştüğü şeklindeki konuşmada bölge halkı veya ırk farklılığı gözetilerek açıkça kin ve düşmanlığa tahrik edilmiştir. Bu nedenle konuşma; halkı ırk veya bölge farkı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik suçunun yasal unsurlarını kapsayan ve bu suçu oluşturan niteliktedir (CGK. 27.10.1998, 247-335).

- TCK'nun 312/2. Maddesi bir tehlike suçunu yaptırıma bağlamıştır. Madde, TCK'nun (Ammenin nizamı aleyhine işlenen cürümler) başlığı altında 5. Babında yer almış, TCK'nun 311. Maddesi (suç işlemeye alenen tahrik), 312. Maddesi (kapalı tahrik, dolayısıyla tahrik, endirekt tahriki) yaptırıma bağlamıştır.

Suç, doktrinde tipe uygunluk, hukuka aykırılık ve kusurluluk niteliklerine sahip bin eylemle ceza normunun ihlali olarak tanımlanmakta, bu niteliklere bir de özel ağırlık özelliğini ekleme gereği ifade edilmekte ve suçun niteliği olarak değerlendirilmektedir. Suç kastı, suçu teşkil eden fiili sonuçlarını bilerek ve isteyerek işleme iradesidir. Kast kavramında iradenin varlığı temel öge olmakla birlikte, failde (yasayı ihlal etme niyeti) koşul kabul edilmemekte, hiç kimsenin kanuna karşı gelme güdüsüyle suç işlemeyeceği, isteminin bizatihi eylem olduğu, ancak

failde bu eylemin gayrimeşruluğu bilincinin bulunması gereği benimsenmektedir.

Sanık konuşmasında, Büyük Türk Milliyetçisi Ziya Gökalp'in eserinden alınan Romanos Diagones arasında yaklaşık bir yıl geride kalmış çağın gereklerine göre yazılmış, atışmayı yansıtan ve Bizans İmparatoru Diojen'in "Yaktırayım Kuran'ı, yıktırayım kabeyi, şarka gelen görmesin, minareli kubbeyi" değişine Alpaslan'ın ağzından karşılık olarak kaleme alınan "minareler süngü, kubbeler miğfer, cami kışlamızdır, müminler asker," şiirinin ilk kıtasını gizleyip, soyutlayarak ikinci kıtayı okumakla başlamıştır.

Bu şiir örneğin 1071 Malazgirt savaşı yıldönümünde bir öğrenci tarafından okunsa, ancak tamamının okunması kaydıyla olağan kabul edilebilir. Sanık, anti laik odaklaması nedeniyle sonradan kapatılan bir siyasi partinin önde gelen isimlerindendir. Siirt'te eşi nedeniyle hemşehrilik beratı almıştır. Yığınları etkileyebilme özelliğinde mevki sahibi bir kişidir. Hitap ettiği kitle, o partinin mensuplarından oluşan (şekilli) kısmen sempatizan ve kısmen de meraklılarından oluşan (şekilsiz) karma bir topluluktur. Adli psikolojide bu topluluk yığın niteliğinde tanımlanmaktadır. Dini duyguları çok güçlü olan bu topluluk, birbirinin etki alanına gireceği gibi, yine Adli Psikolojide belirtildiği üzere lider konumundaki kişinin cesaret ve söylemine hayran kalır. Bazen bir haykırış, kişiyi sarsar, kişinin psikolojik kudreti muayyen noktalarda yoğunlaşır. İradenin (NEHİY) ögesi kaybolur. Bundan sonra yığınların eğilim ve hareketi düşünceden ziyade inşiyaka bağlanır. Yığın artık sürükleyicinin etkisi altındadır. (Publiese) bunu buhar kazanına benzetmekte "yığın büyüdükçe, heyecan arttıkça, buhar basıncının çoğalacağını, artık enerjinin harekete dönüşümünün subap'ın açılmasına kalacağını" ifade etmektedir.

Sanık vekillerinin ilmi görüş olarak sunduğu yazılarda; tehlike suçlarının zarar suçlarından farklı olduğu, tehlike suçunu oluşturan hareketin ceza normu ile yaptırıma bağlanan tehlike şek-

lindeki sonuca vücut verip-veremeyeceği konusunda değerlendirme yapıp, sonucunda tahrik, teşvik, övme gibi hareketlerin tehlikeyi yaratmak bakımından uygun ve elverişli olduğu belirlenebiliyorsa, suçun varlığı kabul edilmelidir görüşü yer almaktadır.

Sanığın, kula küllük edenlerle (Atatürkçü laik kesimi), hakka küllük edenlerle (İslam, şeriat ile bütünleştiren Müslümanları) amaçladığı anlaşılmaktadır.

İslam dini, barış ve kardeşlik dinidir. Müslümanlar arasında ayırım yapmaz. Allah nezdinde kimin daha makbul Müslüman olduğu sanığın takdirinde değildir. Kuran'ın El Hucurat suresinin 8. Ayetinde (Müminlerden iki taraf vuruşacak olursa aralarını bulup, barıştırın) denilmektedir. Sanık bir kesimi, diğeri aleyhine kapalı da olsa kışkırtmaktadır.

Anayasamız, başlangıç bölümünde (Hiçbir düşünce ve mülhazanın, Türk Milli Menfaatlerinin, Türk Varlığının, Devleti ve Ülkesiyle Bölünmezliği Esasının, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğin karşısında koruma göremeyeceği ve laiklik ilkesinin gereği kutsal din duygularının Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı) görüşüyle takdim edilmektedir.

Anayasamızın 24. Maddesi Din ve Vicdan Hürriyetini güvence altına almakla beraber 14. Maddeye atıfta bulunarak, bu özgürlüğün Dil, Irk, Din ve Mezhep ayrımı yaratmak amacıyla kullanılamayacağı, aksine davranışa ve hatta başkalarını bu yolda teşvik ve tahrik edenlere yasal yaptırım uygulanacağı öngörülüp, son fıkrasında da siyasi veya kişisel çıkar sağlama ya da nüfuz sağlamak için, her ne suretle olursa olsun biçimindeki kapsamlı deyiimiyle din ve dini duyguların istismar edilemeyeceği, sınırlamasını getirmiştir.

Diğer yandan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ilke olarak din ve vicdan özgürlüğünün kişisel olacağı, siyasi kuruluş ve

partilerin bu hakka sahip bulunmadığını benimsediği, ülke bütünlüğü, kamu düzeni, ulusal güvenlik, suçun önlenmesi, yargı erkinin otorite ve saygınlığının sağlanması amacıyla ifade özgürlüğünün kısıtlanabileceğini öngördüğü bilinmektedir.

Her rejim gibi demokratik rejimin de kendini savunma hakkı vardır.

Uygulamada demokratik özgürlükçü düzenin savunma hakkı evrensel ilke bazında ele alınmaktadır.

Bu ilke 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 30. Maddesinde yer almıştır.

Özgürlüklerin, özgürlüğü yok etme amacıyla kullanılmasını yasaklayan diğer Uluslararası Belge (İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi)'dir. 17. Maddesinde benzer hüküm vardır.

1976 tarihli (Kişisel ve Sosyal Haklara İlişkin Uluslar arası Sözleşme)'nin her türlü ayrımcılığı, düşmanlığı, şiddete yol açacak Ulusal, Irksal, Dinsel nefret savunuculuğunu ve propagandasını yasakladığı görülmektedir.

Sanık vekilleri her ne kadar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine dayanarak her kesin düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahip olduğunu savunmakta iseler de, bu sözleşmenin 9 ve 10. Maddelerinde, (Liberte D'expression) olarak tanımlanan anlam özgürlüğünün kullanılmasının görev ve sorumluluk gerektireceğini, özellikle kamu güvenliği, düzenin korunması açısından yasal koşullara ve yaptırımlara bağlanabileceğini de ifade etmektedir.

Anayasamız laik cumhuriyeti demokrasinin olmazsa olmaz koşulu kabul etmiştir. Demokratik sistemin karşıtı olan her türlü totaliter rejimin kişi hak ve özgürlüklerini benimsemeyip bireyi dışlayarak toplumu esas aldığı bir gerçektir. Bu nedenle laiklik esasına dayalı demokratik sistemin insan doğasına ve onuruna en uygun sistem olduğu ve hiç kimsenin bu sistemin kendine ta-

nıdığı hak ve özgürlükleri bireyi kul durumuna düşüren totaliter rejimin gelmesi uğrunda kullanma hakkı yoktur. Başka bir deyişle (demokratik hak ve özgürlükler demokrasiyi yok etmek için kullanılamaz).

Sanık savaş çağrısı yapmaktadır.

TCK'nun 312/2. Maddesi, antidemokratik boyutta görülebilir.

Ancak hakimın iyi yasa, kötü yasa ayırımı yapma yetkisi yoktur. Hakim yasayı uygular. Yasalar hakkında siyasi platformda tartışmalar varsa çözümünü sağlamak yasama görevini üstlenen anayasal merciidir.

Sanık vekillerinin suç öğelerinin oluşmadığına ilişkin temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde görülmemiştir (8. CD.23.9.1998, 10296/11672)..

(Üye M. Mıhçak'ın KARŞI OY YAZISI: 6.2.1997 GÜNÜ Siirt İlinde yasal olarak tertip edilen açık hava toplantısında, İ.....B.....Belediye Başkanı olan sanık Recep'in konuşmasında, Ziya Gökalp'in "minareler süngü, kubbeler miğfer, camiler kışlamız, müminler asker" mısralarıyla başlayıp, ".....imânıyla övündüğümüz ecdadımızı hiçbir şeyin sindiremeyeceğini, Türk'ün ecdadını zaferden zafere koşturan şeyin inanç birliği olduğunu, yalnız zihniyetlerin ülkeyi sıkıntıya soktuğunu, Siirt'te açlık, işsizlik olduğunu, bunun uygun olmayan kişilere seçimlerde oy verilmesinden kaynaklandığını, Siirt'lileri kendilerinin eniştesi, damadı olarak değil, Allah yarattığı için sevdiğini, referansının İslam olduğunu, zira kendisinin insan olup tornadan çıkmış demir parçası olmadığını, bu nedenle inancını rahatlıkla söylemesi gerektiğini" belirttikten sonra, İstiklal Marşımızın "Bu ezanlar ki şahadetleri dinin temeli/Ebedi yurdumun üstünde benim inlemeli/ Kim bu cennet vatanın uğruna olmaz ki feda/ Şüheda fışkıracak, toprağı sıksan şüheda/ Canı, cananı bütün canımı alsa da hüda/ Etmesin beni tek vatanımdan dünyada cüda" mısralarını okuyup, "kardeşler, İstiklal Marşımız bi-

zim manifestomuzdur, kuvvetimizi İstiklal Marşının ruhundan alıyoruz, bu nedenle İstiklal Marşındaki (hakkıdır hakka tapan milletimin istiklal) dendiği gibi, kula kul değil hakka kul olacağız” diyerek, yapılan zamlardan kendisinin sorumlu olmadığını, zam sorumlusunun Ankara olduğunu, ülkede meydana gelen selden dahi bir kısım grupların kendisini sorumlu tutmaya kalktığını, bunların yanlış olduğunu, zihniyetler ne olursa olsun, düşünceler ne olursa olsun, insanların doğrularda birleşmelerini, beraber olup, bütün olup, ülkedeki yanlışları defetmeleri gerektiğini, kendisinin Belediye Başkanı olarak 27500 öğrenciye eğitim yardımı yaptığını, bu yardımın halkın parası olduğunu, muhaliflerinin demokrasiye inanmadıklarını ve yalan konuştuklarını, artık sözlerinin sonuna geldiğini, Türk-Kürt, Laz-Çerkez, Arap-Beyaz, Doğulu-Batılı, Kuzeyli-Güneyli şeklinde ayırım yapmayıp birlik ve beraberlik içinde olmaya mecbur bulunduklarını, zira birbirlerini bağlayan bağlar olduğunu, bu toplumda 70 milyonu ayırt etmeksizin sevdiğini, hepimizin Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olduğunu, inançlara, fikre, düşünceye kimsenin müdahale etmemesi gerektiğini, 780 bin kilometre karelik vatanın bir bütün ve parçalanmaz olduğunu, dünyanın yeniden yapılanma dönemine gireceğini, herkesin fikrinde, düşüncesinde, inancında hür ve serbest olacağını, kula kul olmayan, hakka kul olan, beraberce, bütün olarak, barışa, sevgiye, kardeşliğe dayalı bir Türkiye kurmaya hazır olmaları gerektiğini, belirterek, Necip Fazıl'ın, (Mihraptan ilahi kalem geliyor yere düşmüş/ Selam geliyor ne para ne pul ne makam ne mevki/ Savulun kalplere adil düzen geliyor) şeklindeki şiirini okuyarak konuşmasını tamamlamış bulunmaktadır.

Davaya ve mahkûmiyete konu olan yukarıda belirtilen bu konuşmada TCK'nun 312/2. Maddesinde belirtilen (Halkı sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik eden kimse.....cezalandırılır) suçunun yasal unsurları bulunmamaktadır. Çünkü;

A. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ YÖNÜNDEN YAPILAN İNCELEMEDE:

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. Maddesinde yer alan ifade özgürlüğü bakımından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yerleşmiş içtihatlarına göre, bir beyanın 10/2 kapsamında cezalandırılabilir sayılabilmesi için, sürekli olarak aranan koşullar şunlardır:

1- İfade hürriyeti demokratik bir toplumun temel unsurlarından biridir ve kişileri sarsan, rahatsız eden fikir ve düşüncelerin ifade edilebilmesi 10. Maddenin güvencesi altındadır.

2- Her özgürlük için olduğu gibi, ifade hürriyetinin kullanımı da 10/2'de belirtilen istisnalara girdiğinde kısıtlanabilir ve ihlaller cezalandırılabilir. Ancak ikinci fıkranın istisnalarının dar yorumlanması gerekir.

3- 10/2'deki kısıtlamaların meşru sayılabilmesi için demokratik bir toplumda kabul edilebilecek zorunlu, mübrem, hemen tatmini gereken bir sosyal ihtiyacı karşılar nitelikte olması gerekir. Acil ihtiyacı belirleme bakımından Devletlerin bir takdir payı olduğu kuşkusuzsa da, bu takdir ve değerlendirmeyi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi denetlemekte ve kararlar bağımsız millî mahkemelerce verilse bile açıklanan esaslar geçerli sayılmaktadır.

4- AIHM'nin içtihatlarına göre. Düşünceyi ifade eden konuşma veya yazı bütünüyle ele alınmalı ve ikinci fıkranın koruma imkanının verdiği yani izlediği meşru amaçlarla orantılı olup olmadığı, yazı veya sözlerin olaylarla doğrudan doğruya ilgili ve müeyyidelendirmek bakımından yeterli bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir.

Bu açıklamalar ışığında, Türk İç Hukukunun ayrılmaz parçası haline gelen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde konuşma metni incelendiğinde; 10. Maddenin 1. Fıkrasının verdiği özgürlük içerisinde kaldığı, aynı maddenin ikinci fıkrasında belirtilen (demokratik bir toplumda zorunlu önlemler niteliğin-

de olarak ulusal güvenliğini, Türkiye'nin toprak bütünlüğünü, kamu güvenliğini, düzeni korumayı, suçun önlenmesini, sağlığını, ahlakın ve başkalarının ün ve haklarının korunmasını, gizli haberlerin açıklanmasının engellenmesini, yargı erkinin üstünlüğünün ve yansızlığının sağlanmasını) ihlal edecek herhangi bir hususu içermeyi, sosyal ve siyasi kanaatleri ifade ve dini düşünceleri açıklama çerçevesi içerisinde kaldığı görülmektedir. Bu nedenlerle; sanığın suça konu konuşması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine göre suç teşkil etmemektedir.

b) TCK'NUN 312/2. MADDESİ BAKIMINDAN YAPILAN İNCELEMEDE;

TCK'nun 312/2'deki suçu "TEHLİKE SUÇU" olup, maddi suçlarda olduğu gibi, suçun oluşması için failin kastettiği sonucun meydana gelmesi aranmaz. Gerek Türk, gerek yabancı öğretide, tahrik, teşvik eylemlerinin normun önlemek istediği tehlikeyi yaratmaya uygunluğu halinde suç sayılacağı kabul edilmektedir. Normun önlemek istediği "TEHLİKE" halkın kin ve düşmanlığa AÇIKÇA TAHRİK edilmesidir.

Bu durumda suçun işlenmesi yani suçun varlığının kabulü için, failin özel kasıtle değinilen tehlikeyi yaratmaya uygun "AÇIKÇA AYRIMCI" hareketler yapmasına bağlıdır. Aksi takdirde, tehlike suçlarında hareketin tehlike neticesi yaratmaya uygunluğu saptanmadan, salt "BEYAN" şeklindeki hareket nedeniyle hüküm verilmesi, sadece düşüncenin suç sayılması anlamına gelir.

1982 Anayasasının 24. Maddesinde "Herkes, vicdan, dini inanç ve kanat hürriyetine sahiptir" denilerek, Anayasanın 25. Maddesinde de "kişinin düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamayacağını ve suçlanamayacağını" belirtilmektedir. Ayrıca Anayasa Mahkemesinin 4.11.1986 gün ve 11/26 sayılı kararında aynen: "Laik Devlette herkes dinini seçmekte ve inançlarını açığa vurabilmekte, tanınmış olan din ve vicdan özgürlüğünün sınırları içerisinde serbest kalmaktadır. Hiçbirini itikadı olmayanlar

için de durum aynıdır. Laik bir toplumda herkes istediği dine ya da inanca sahip olabilir. Bu husus yasa koyucunun her türlü etki ve müdahalesinin dışındadır. Gerçek vicdan hürriyetinden ancak laik olan ülkelerde söz edilebilir. Dinlerden birini devlet dini olarak tercih fikri, ayrı dinlere mensup vatandaşların kanun önünde eşitlik ilkesine aykırıdır. Laik Devlet din konusunda inancına bakmaksızın yurttaşlara eşit davranan, yan tutmayan devlettir" denilmektedir.

Yukarıda açıklanan yasal ve hukuki düzenlemeler açısından, sanığın konuşması; yerleşmiş Yargıtay içtihatları ve doktrinin de kabul ettiği üzere bir bütün olarak ele alınıp incelendiğinde;

Sanık seçimle İ.....B.....Belediye Başkanlığına girmiş olup, siyasi bir kişiliği bulunmakla, bütün vatandaşların sahip olduğu "ELEŞTİRİ HAKKI" öncelikle siyaset adamı kişiliği itibarıyla sanığın hakkı olduğu inkar edilemez. Hakkını kullanan kişinin sorumluluğunun olamayacağı da hukukun ana kuralıdır.

Sanık Recep konuşmasının başında, Mustafa Kemal Atatürk'ün (benim ilham kaynağım) dediği ve Türkiye Cumhuriyeti Devletinin resmi ideolojisinin fikir babası olarak tanınan ünlü şair Ziya Gökalp'in Milli Eğitim Bakanlığınca da kabul edilen (Türk ve Türklük) adlı kitabında bulunan Romen Diogen ile Alpaslan arasında geçtiği tahayyül edilen şiirden alınan iki mısrayı okuması,, şiirin tamamını okumaması karşısında bütününden soyutlanmış söz ve yazılara dayanılarak hüküm verilemeyeceğinden, şiirin tümü bilinmeden ve sanığın kendisine ait olmayan okuduğu bu iki mısraya dayanılarak sonuç çıkarmak hukuken uygun bulunmadığı gibi, değinilen mısralar bütün konuşma ile birlikte ele alındığında da, dinsel duyguların dile getirilmesinden öte bir anlam taşımamaktadır. Sanık evrensel bir hak olan dini duygu ve düşüncelerini açıklamasının yanında, referansının İslam olduğunu, bunun da insan olmaktan doğan bir hak bulunduğunu belirtmesi, İstiklal Marşının bazı kıtalarını okuyarak İstiklal Marşı manifestomuzdur demesi, siyasi kişiliği nedeniyle yaptığı hizmetleri belirten bir kısım açıklamalardan

sonra insanların fikir, düşünce, inanç özgürlüğünün bulunması gerektiğini ve bütün insanlar arasında ayrım yapmaksızın birlikten, bütünlükten yana olduğunu belirtip birleştirici, barışa, sevgiye dayalı Türkiye arzuladığını dile getirerek tanımladığı konuşmasının TCK'nun 312/2'deki suçu oluşturmadığı gibi herhangi bir suç da teşkil etmediği kesinlik kazanmıştır.....).

- Sanık belediye başkanının genişletilmiş İl Divanı toplantısında yaptığı konuşmada: 10 Kasım Atatürk'ü anma gününe istemeyerek katılma nedenini gerekçe alıp "mecburiyet karşısında gittiğim yerde, inancımıza küfredilirken, değerlerimize küfredilirken, içimize kan akıyor, ama resmi görevimiz icabı orada bulunmak zorundayız", "bu zulüm rejimi değişmelidir, tek parti rejiminin kalıntısı, çağdışı olmuş, insanları köle gibi gören, rey verip de yöneticisini seçen insanlara, hiç muamelesi yapan bu düzen mutlaka değişmelidir..... Müslümanlar! sakın ha! İçinizden bu hırsı, bu kini, bu nefreti ve bu imanı eksik etmeyin" tarzındaki sözleriyle konuşmanın bütününde demokratik cumhuriyet rejimine karşıt düşünceler üreten ve taşıdığı sıfat itibarıyla ve özellikle dini duyguları coşkulu biçimde ateşleyerek kendi alt kültürüne bağlı toplumunu etkileme ve yönlendirme gücüne sahip olacağı tartışmasız bulunan sanığın halkı, laik sistemi savunanlara karşı kin ve düşmanlığa alenen tahrik ettiği, hukuka aykırı, kusurlu davranış biçiminin TCK'nun 312/2. Maddesindeki suçu oluşturur (8. CD. 10.12.1997, 15582/17413).
- Sanık Müslüm, haftalık (T.....) dergisinin 17-24 Haziran 1994 ve 24 Haziran- 1 Temmuz 1994 tarihli 2. Ve 3. Sayılarında "Bombayla geldiler, bombayla gidecekler" başlıklı röportajda; kendisinin "Said-i Nursi'nin gerçek takipçileri" Aczimendilerin lideri olduğu belirtilerek Kemalist düşünceyi benimseyenleri kastetmek suretiyle ".....Müslümanların içinden bir babayiğit çıkıp bunların o yumuşak karınlarına bir iki bıçak, bir iki süngü saplayıp, bunların ne kadar kof olduğunu göstermesine bağlı iş!..... Bir adam imanı olduğu halde ahkam-ı ilahiye tabi

şerif nizamına, Kur'an nizamına tarafgirlik göstermiyorsa o adam imanı olan bir gayrimüslimdir.....Tövbekar olun..... Meclise milletin önüne çıkın, deyin ki, ey Kemalizm dinindeki adamlar, biz 70 senedir yanlış yoldaymışız. Biz Kur'an'ı kaldırdık, çarşafı yırttık, peçeleri paramparça ettik. Biz Kuran'ları meydana koyup üzerlerine bastık, yaktık. Şer'i mahkemeleri kaldırdık. Yanlış ettik. Töybe biz Müslüman olduk..... O zaman belki, Allah onların inine, dinine bomba koymayı nasip etmez. Çünkü eğer öyle bir şey yapacak olursa cezadan kurtuluyorlar.....Bunlar bomba ile geldi bomba ile gidecekler.....Şeyh Sait Efendi olsun, İskilipli Atıf Hoca olsun, Muhammet Esat olsun ve daha ismi şöreti duyulmayan nice mücahit Müslümanlar olsun bu Kemalist rejimin zulmüne karşı durdular, vuruştular..... Niye şehit oluruz dediler ve şehit oldular. Bütün pisliklerin yuvası, anası, merkezi bu Kemalizm dedikleri şeydir. Onun için inşallah bunların sonu geldi ve bitti. Bir adam ben Laik-Kemalist biriyim diyorsa, İslam'a göre konuşuyorum, o adam dinsiz, kiptapsız, ahlaksız, rezil, kepaze bir adam demektir. Bir kimse hem Kemalizme sempati duysun, hem de Müslüman olsun bu mümkün değildir. Ey Kemalistler, rahat uyumayın, gideceksiniz, ama bu biraz sürer.....Bir tavuğun bile kafasını koparsan üç beş dakika kafası bir yerde gövdesi bir yerde çırpınır. Tabi bu nihayetinde bir devlet tavuğa göre biraz daha uzun sürer..... Bu rejim Allah düşmanı bir rejimdir. Müslümanların bunlarla cihat etmesi, eliyle gücü yetiyorsa eliyle, diliyle gücü yetiyorsa diliyle, kalbiyle gücü yetiyorsa kalbiyle cihat etmesi farz-ı ayn olarak her Müslüman'ın üzerine farz mı? Farz. Bitti." Şeklinde açıklamaları yazının bütünlüğünde ele alındığında; TCK'nun 312/2'de yer alan halkı din farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik etme suçunun oluştuğuna yönelik mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir (8. CD. 4.2.1998, 19078/1127).

- Müstakil Sanayici ve İşadamları Derneği (MÜSİAD)'nin 4.10.1997 tarihinde Ankara'nın Kızılcahamam ilçesinde yapmış olduğu toplantıda sanık Erol Mehmet adı geçen derneğin başka-

nı sıfatıyla yaptığı konuşmada; hükümetin icraatını değerlendirdikten sonra, 8 yıllık kesintisiz eğitimin kesin dinsiz eğitim olduğu, bu yasayı hazırlayanların mümin olmayıp olsa olsa sünetsizlerin işi olabileceğini, kesin dinsiz eğitimden kesin dinsiz hayata nasıl geçileceğini tartışılır hale getirdiklerini, böyle tartışmaların sosyal ahengi bozup inanmadığı halde inanır gibi görünüp dinsiz hayata geçişin kanunlarının çıkarılmaya çalışıldığını, kendilerine düşen görevin böyle kanunları ortaya koyanlara karşı demokratik istiklal mücadelesi başlatmak olup, bunun üzerine farz olduğunu, ülkede sünnet düğünü yapmaya hapis cezası veren zihniyetin sünetsizliğin ürünü olduğunu, bu zihniyetin dünyada neler olduğunu kendilerinden gizlemeye çalıştığını belirterek bu kafaların değiştirilmesi için mücadele etmeleri gerektiğini, tüm gayretlere rağmen değişmezse bu kafaların koparılması gereken kafalar olduğunu vurgulayarak halkı sınıf ve din farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik ettiği sabit görülmekle uygulama maddesi olan 312/2'de tanımı yapılan suç tipinin olduğu mahkemece dosya içeriğine uygun gerekçelerle değerlendirilmiş, suç niteliği isabetle tayin edilmiş, ceza uygulaması yerinde görülmekle.....hükümün onanması gerekmiştir (8. CD. 6.10.1999, 12306/13187).

- 3.9.1997 tarihinde Kayseri ilinde düzenlenen "Türkiye Demokrasinin neresinde" konulu konferansa konuşmacı olarak katılan sanığın "biz o tankları halktan toplanmış vergilerle alınmış, o tankları halkın, milletin göğsüne yönelmiş namlularla, halkın milletin ortasında gezerken sevmiyoruz. İşte o zaman tank severliğimiz biter, tanksavarlığımız gelir, yerine oturur.... o zaman biz o tankın üstüne çıkmayı biliriz, siz de gelir misiniz beraber? Bilirim gelmezsiniz... Türkiye gerçekten o tankları Ordumuza alıp hediye edecek fedakarlığı gösterecek bizlerin, görevinin dışında kullanıldığı zaman da üzerine çıkacak cesaret, celadet ve şuuru göstermelerinin günü yakındır... Bizim Milletimiz hiç Ordusuna karşı çıkar mı?..... Ama o müessese bazı kötü ellerde ise, bazı kötü eler cunta şeklinde yuvalanmışlarsa, bir takım ayırmacı mülahazalarla irtica tehdidi ve faaliyetleri bahane edile-

rek milletimin dini, imanı üzerinde baskı yapılmasına vesile oluyorsa, elbette karşı çıkarım, elbette karşı çıkmalıyız.....Şu andaki A.....Partisinin ara rejim iktidarı, M.....Onbaşının hükümeti, Devlet millet için vardır demiyor. Biz cuntacılar al-
dığımız kuvvetle milletin sırtına bineriz, milletin okulunu kapatırız, milletin Kuran kursunu kapatırız, milletin başörtüsünü açarız, milletin ezanını sustururuz diyor. İşte biz bu Devlet anlayışına karşıyız, olmaz olsun böyle Devlet. Biz bu Devleti kabul etmeyiz.... İşte Türkiye Büyük Millet Meclisinden çalınmış millet-
vekilleriyle yapılarak çıkartılan bu kesintisiz kanunu, sevgili dostum şair Abdurrahim'in tabiriyle, kesin dinsiz kanunu diyor o da; bu kesin dinsiz kanunu neticesinde onlar aksini de iddia etse İmam Hatip Okulları kapatıldıktan sonra İmam Hatip Liselilerin kaynağı kesilmiş olacak, kaynağı kurumuş olacak.....Hafızlık kurutulmak istenmektedir. Bu milletin daha doğrusu milleti, İbrahim'in 1400 küsur senedir hafızasına naksetmiş o mukaddes ayetleri silmeye uğraşanlar vardır. Onu unutturmak için bunu yapmaktadırlar.... Kuran Kursu diye 12 yaşından önce Kuran-ı Kerim'i okumayı yasaklamış duruma düşürmüşlerdir.... Neler olması gerekiyor, okullarımızı kapatıyorlar. Kuran Kurslarımızı kapatıyorlar, öğrenci kızlarımızın başını açıyorlar, artık başı açık öğrenciniz olacak yahut da göndermeyeceksiniz.... Hacı Bayram Veli Hazretlerinin Camii'nde dün sabah ezan okutmadılar, sabah namazını da kıldırmadılar. 550 senedir ilk defa oluyor bu. Ben Gaziantep'liyim. Fransız gavuru bile Gaziantep'te, Kahramanmaraş'ta bunu yapmamıştır. Peki neyi bekliyorsunuz o zaman? Sadece biz mi konuşacağız? Gene buğum mu yapacaksınız? Mantıları yedikten sonra evinizde, hiç dininizde mi yok sizin? Yoksa siz dinsiz şeytanlardan mı çıktınız? Bunu sormak lazım. Onun için bu zulmün karşısında susuyorsunuz.... Bu milletin dinini, imanını çalanların karşısında eğer susarsanız, sükut ederseniz yarın huzur-u ilahide nasıl hesap verirsiniz?.....Biraz haysiyetiniz varsa, biraz şerefınız varsa, insansanız eğer, hayvan değilseniz, ayağa kalkın artık, ayağa kalkın....." diyerek sekiz yıllık kesintisiz eğitimi bir şairin

deyimiyle sekiz yıllık kesin dinsiz eğitim olarak niteleyip laikliği korumak amacıyla alınan önlemleri, Kuran Kursları ve İmam Hatiplerin kapatılması olarak değerlendirerek ve Ankara’ın Sincan ilçesinde yapılmış olan ve Kudüs Gecesi olarak bilinen toplantı ile bu toplantı sonrası Türk silahlı Kuvvetlerine bağlı bazı tank birliklerinin intikal işlemini ilişkilendirip, devletin irticai faaliyetlerin önlenmesi amacıyla yaptığı yasal düzenlemeleri ve Diyanet İşleri Başkanlığının kamuoyuna açıklanan belirlenecek merkezi camilerde ezanın hoparlörle, diğerlerinde ise sesi güzel vaizler tarafından minareye çıkılarak ve hoparlörsüz okunması şeklindeki uygulama düşüncesini Türkiye Cumhuriyeti Devletinin ve Devleti idare edenlerin İslam Dinine ve ezana karşı bir saldırısı olarak vasıflandırdığı ve halkın masum din duygularını alet ederek onları yönetenlere ve Ordu’ya karşı alenen ve açıkça tahrik ettiği ve bu şekildeki eylemleri TCK’nun 312/2. Madde ve fıkrasında tanımlanan suç tipine uyar nitelikte olduğu dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmış olup, bu nedenle mahkemenin kabul ve uygulamasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır (8. CD. 24.6.1999, 7181/10820).

- İddianame ve hüküm konusu olan konuşma metni tümü ile incelendiğinde; şeriat özentisi kimliğinde olan sanığın, Türkiye’nin doğulu-güney doğulu, Türk-Kürt, alevi-sünni, inanan-inanmayan ayrımı yapmayan yöneticiler tarafından yönetiliyor olması gibi bir problemi olduğunu, en büyük eşkıyanın Ankara’da bulunduğunu, hukukun ve yasaların Ankara’da ayrı Tatvan’da ayrı uygulandığını, terör bölgesi gerekçesine sığınıldığını, anayasal hakların kullanımında fırsat eşitliği bulunmadığını, tatbikatın bölgeden bölgeye, şahıstan şahısa değiştiğini, etnik kökenlilere farklı muamele yapıldığını, laik diktatörlük kurulduğunu, bu diktatörlüğe kanun, nizam hakkı diyorum diye karşı çıkılması gerektiğini, Kürt olmanın, Müslüman olmanın suç sayıldığını, düzenin baş belası olarak görülen insanların cesaretlerini göstermesi zorunluluğunu, yönetim kadrolarındaki iş imkanlarının çalışanın dinsel kimliğine göre kullanıldığını, Türkiye’nin bir kurtuluş savaşı verdiğini, ancak düşmanların

topraklarımızdan sökülüp atılamadığını, düşman ruhunun ve emperyalizmin sürdürüldüğünü, etnik kökenlilere ve değişik inançlara farklı muamele yapan bir düzen ve laik diktatörlük kurulduğunu, bu düzene ve emperyalist zorbalara karşı inanların daha güçlü, daha kararlı olmaya mecbur bulunduğu anlamındaki deyimlerle TCK'nun 312/2. Madde ve fıkrasındaki suç tipini oluşturan halkı, din ve etnik köken gözetip kin ve düşmanlığa kışkırtma eylemini işlediği, mahkemece konuşmanın bütünü ele alınıp hukuki kalıpları içerisinde değerlendirilmiş, suç niteliği ve ceza uygulaması yerinde görülmüş olmakla.....usul ve yasaya uygun olan hükmün onanmasına karar verilmiştir (8. CD. 3.11.1999, 12715/14981).

- Sanık Yavuz Özdemir'in 23.6.1994 günü Kanal 6 Televizyonunda Şeyda Açikkol tarafından sunulan "Baskın" isimli programın "Şok Haber" bölümünde konuşmacı olarak katılıp ülke halkını laik ve laik olmayanlar diye ikiye ayırıp, laik olanları dinsizlikle suçlayıp, Müslümanlığa davet ettiği, Allahın kendilerini intikama davet etmesini de dua kabul ettiklerini açıkladığı konuşma metninde yer alan diğer söylem ve deyimler göz önüne alınıp, bu metin tümüyle değerlendirildiğinde halkın bir kesimini diğer kesimine karşı inançlarından dolayı **genel güvenliği bozup toplumsal tehlike yaratacak boyutta kin ve düşmanlığa tahrik ettiği**, böylece TCK'nun 312/2 maddesinde tanımlanan suçu işlediği dosyada mevcut bant çözüm tutanağı ve diğer kanıtlardan anlaşıldığı gözetilmeden beraat kararı verilmesi yanlıştır (8. CD. 26.12.1996,14840/17127).
- Sanığın, genel yerel seçimler nedeniyle Kırıkkale İlinde 14 Mart 1993'de yaptığı konuşmada; Ulusal Kurtuluş Savaşından sonra başlayan Lozan sürecinde Türkiye yararına yapılan faaliyetleri ve imzalanan anlaşmayı ihanet olarak niteleyip, Cumhuriyet Yönetimini hasım yönetim olarak göstermeye çalışarak, Demokratik Laik Cumhuriyet rejimini de kendisi gibi düşünenlerin rejimi olmadığını belirtip; hilafetin kaldırılması kararını veren ve Cumhuriyeti kuran kadroları ve Meclisi aşağılayarak Devrimle-

re karşı olan tarikat şeylerinin faaliyetlerini övüp, ülkedeki insanları kendi dini görüşü ve inancı doğrultusunda ve yoğunluğunda inanca sahip olanlarla, olmayanlar biçiminde ayrıma tabi tutarak şeriat kurallarının egemen kılınmasından yana olanların iktidarı ele geçirmeleri durumunda, karşı düşüncedekileri öldüreceklerini belirtip, cihat çağrısında bulunarak halkı, din ve inanç farklılığı gözeterek açıkça kin ve düşmanlığa tahrik etmek suretiyle TCK'nun 313/2. Madde ve fıkrasında tanımı yapılan suç işlemiş olduğu, incelenen konuşma metnine ilişkin 38 sayfalık bant çözümü ve dosyadaki diğer bilgi ve belgelerden anlaşılmış, mahkemenin kanıtları değerlendirilmesinde ve suç vasfının tayininde bir isabetsizlik görülmemiştir (8. CD. 10.3.1999, 1140/3117).

- Sanık Akin, (B.....Partisi) tarafından düzenlenen barış şenliğinde yaptığı konuşmada; "emperyalist ve sosyalist dünyanın bulunduğu bir düzende, dünyada savaşlar sürüyor. Bu savaşların en kanlısı kendi coğrafyamızda Bosna Hersek'te yaşanan Sırp vahşetinin Bosna halkı üzerinde yarattığı insanlık dramını yaşatıp ve bunun devamı olarak tepki gösterdik, Ama insanlık onuruna karşı gelişme gösteren kirli savaşı ne yazık ki bazılarımız görmezlikten geldi. Ülkede haksız ve o denli kirli bir savaşın sonuçlarını izledik... bu da Kürt insanımıza tanınmayan haklardan ileri geliyor. Ülkemizde kirli savaşın sonunda 20.000 kişi öldü, 118 köy yakıldı, Kürt halkı köyünden, yurdundan kovuldu... barış istiyoruz. Kürtlerin de yaşamları anayasa güvencesi altına alınarak barış istiyoruz." Şeklinde açıklamalarda bulunmuştur.

TCK'nun 312/2. Maddesi; sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik eden kimse..... cezalandırılır" hükmünü içermektedir.

Maddede tanımlanan suç, tehlike suçudur. Halkı kin ve düşmanlığa tahrik etmek suçun maddi unsurunu oluşturur, ancak tahrik sınıf, ırk, din, mezhep ve bölge farklılığı gözetilerek yapılmalıdır. Sınıf, sosyal bir olgudur. Ekonomik nedenlerin dışın-

da oluşan gruplaşmalar da bu kavram içine girer. Irk, genetik açıdan koşullandırılmış, kuşaktan kuşağa geçen bedensel özelliklere sahip birey topluluklarıdır. Bölge ise, idari veya ekonomik birlik, toprak veya iklim koşullarına göre belirlenen toprak parçasıdır. Toplumunu oluşturan bireylerin arasında sınıf, bölge, ırk, din ve mezhep farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa tahrik etme doğrultusunda açıklamalar düşünce özgürlüğü kapsamında değerlendirilemez.

İnceleme konusu somut olayda; sanığın konuşması bir bütün olarak ele alınıp değerlendirildiğinde bölücü ve silahlı terör örgütü PKK'ya karşı yapılan mücadele, bölge insanımıza karşı yapılan bir mücadele gibi gösterilmiş, bu mücadele haksız ve kirli savaş olarak değerlendirilmiş, terörle mücadele eden güvenlik güçlerinin mücadelesi, Bosna-Hersek'te yaşanan Sırp vahşetine benzetilmiş, Kürt halkının köyünden ve yurdundan kovulduğu, köylerinin yakıldığı belirtilmiş, örgütün mücadelesinin Kürt halkının tanınmayan haklarından kaynaklandığı ileri sürülmüş; her vatandaşımızın yaşamı anayasal güvence altında olmasına rağmen ayrı bir halk olarak nitelendirdiği Kürt vatandaşlarımızın yaşamlarının anayasal teminat altına alınması istenilmiş, bu şekilde yapılan konuşmada halk bölge veya ırk farklılığı gözetilerek açıkça kin ve düşmanlığa tahrik edilmiştir. Bu nedenle konuşma; halkı ırk veya bölge farkı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik suçunun yasal unsurlarını kapsayan ve bu suç oluşturan niteliktedir (CGK. 20.4.1999, 77/70).

C. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU:

Hukuka aykırılık, işlenen ve yasadaki tanıma uygun bulunan eyleme hukuk düzenince cevaz verilmemesi, bir fiilin mübah sayılmaması, yalnız ceza hukuku ile değil, bütün hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde bulunması demektir. Ceza Yasasının suç saydığı bir eylemin işlenmesine başka bir kural –bu kural ceza yasasında veya başka bir hukuk dalında yer alabilir- izin veriyorsa, o fiilin hukuk düzeni tarafından yasaklanmadığı, yani suç olmadığı sonucuna varılır. Bu şekilde ceza kuralının yasakladığı bir fiilin

işlenmesine izin vererek, onun hukuka aykırı olmasını önleyen kurala "hukuka uygunluk nedeni" denir. Hukuka uygunluk nedenleri, hukuka aykırılığı ortadan kaldırıp fiili hukukun meşru saydığı bir hareket haline getirirler. Söz gelimi, anlatım özgürlüğü ile eleştirme hakkı bir hukuka uygunluk nedenidir.

Anayasa anlatım özgürlüğünü 26. Maddede düzenlemiştir. Anlatım özgürlüğünün temelinde, kişinin karşılaştığı bütün sorunlara vermek istediği cevapları bizzat seçebilmesi, kişisel ve toplumsal davranışlarını da bu cevaplara göre uydurabilmesi, belirli konularda, yine belirli düşüncelere ve bu düşüncelerini başkalarına aktarabilme, yayabilme olanağını güvence altına almaktadır. Anlatım özgürlüğünün bir türü olan eleştirme hakkı kullanılırken, çeşitli olaylar açıklanmakla yetinilemez, olaylar ve bunların içinde adı geçen kişilerin tutum ve davranışları hakkında da değerlendirmelerde bulunulur. İfade eleştirisi niteliğindeyse onun övücü değil, yericisi, sert ve haşın olması doğal bir sonuçtur. Bir açıklamanın ya da eleştirinin 312. Maddede yer alan suçu oluşturabilmesi, söz konusu suçun unsurlarına yönelik tahriki içermesi halinde mümkündür. Şayet açıklanan düşüncelerde ya da yapılan eleştirilerde halkı din ve ırk ayrımı gözeterek kin ve düşmanlığa tahrik edici ve yöneltici bir özellik ya da etki bulunmuyorsa, müsnet suçun unsurlarının olduğundan söz edilemez. Düşünceler, dinleyicide suç işlemek veya itaatsizlikte bulunma yönünde bir etki yaratabiliyorsa, düşünceler muhatabı harekete getirici bir güce sahip bulunuyorsa, artık eleştirisi hakkının sınırları içinde kaldığından söz edilemez. Buna karşılık ileri sürülen düşünceler ya da yapılan eleştiriler, muhatabı üzerinde sadece bir değerlendirme meydana getiriyor ve belirli bir görüş açısı oluşturuyorsa, söz konusu hakkın sınırları dahilinde kalınmış olunduğunu kabul zorunludur.

Yargıtay Kararlarından Örnekler

- (Y.K.) yapıtlarında; toplumsal çelişkileri ve çatışmaları, bunların insanların yaşamlarına yansımalarını konu alan, özellikle Çukurova Bölgesindeki feodal yapının doğurduğu insan sorunlarını sergileyen, bu kimliği ile yurt içinde olduğu kadar yurt dışında da büyük ün kazanmış olan bir yazardır.

Yazarın bu kimliği ülkede yaşanan ya da yaşanması olası bulunan sorunlara ilgisiz kalması düşünülemez. Suça konu edilen ve yayıncısı (E.Ö.) olan.....Yayınları tarafından yayımlanan "Düşünceye Özgürlük ve Türkiye" adlı kitapta yer alan "Türkiye Üzerinde Kara Gökyüzü" başlıklı 14 sayfalık yazısında; Türkiye'de Devletin, 1900'lerden bu yana ırkçı bir politika izlediğini, özellikle tek parti dönemini kastederek 1946 yılına kadar Türkiye'de jandarma ve polis dayığı yememiş hiçbir köylü kalmadığını vurgulayarak, Anadolu insanının böylesine yaklaşımlar yüzünden çok sıkıntı çektiğini, zarar gördüğünü, insan hakları ihlallerinin 12 Eylül dönemi gibi ara rejim dönemlerinde önemli boyutlara ulaştığını; bu dönemde Kürtçe konuşmanın yasaklandığını, dahası Türk Dil Kurumu'nun bile kapatıldığını belirtip, ülkenin güneydoğusunda yıllardır süren bölücü terör örgütünün eylemlerine karşı güvenlik güçlerinin yürüttüğü mücadeleyi bir savaş olarak niteleyip, bu uygulamanın yanlış olduğunu, çünkü; yanında göç, yoksulluk, sefalet, ormanların ve evlerin yanması gibi bir çok sorunu da birlikte getirdiğini vurgulayarak savaşın bölünme tehlikesini de taşıdığını ve bu nedenle durdurulması gerektiğini belirtmiş, yönetimlerin tutumlarının ve bu yöndeki politikalarının ülkeye zarar verdiğini açıklamıştır.

Demokratik bir ülkede yazarların ve düşünürlerin ülke sorunları üzerinde kafa yorması, düşünce üretip bunları yazılarıyla ve söylemleriyle dile getirmeleri kadar doğal bir yaklaşım biçimi düşünülemez. Yazarlar ve düşünürler bu işlevlerini ortaya koyarlarken, yönetimlerin istekleri doğrultusunda düşünmek, yazmak ya da söylemler üretmek zorunda değildirler. Aksine aykırı düşünceleri de onların en doğal hakkıdır. Dahası bu düşünceler çoğunluk tarafından paylaşılmayan düşünceler de olabilir. Bunun tek yaptırımı benimsenmemek olabilir. Kuşkusuz, özgürlükler sınırsız değildir. Ancak bunların sınırlanmaları, çağdaş demokrasilerde olan kurallara göre çizilmelidir. Özetlemek gerekirse; bir ülkenin yazarı, düşünürü ve aydını Devletin iç ve dış güvenliğini tehlikeye sokmak amacıyla somut olarak suç sayılan eylemlere çağrıda bulunmak ve bunları teşvik et-

mek gibi düşünceler dışında her türlü düşünceyi özgürce ifade edebilmelidir.

Anayasamızın 2. Maddesinde Devletimizin demokratik hukuk devleti olduğu yazılıdır. Türkiye, yurttaşlarına Batı ülkelerinde var olan demokratik hak ve özgürlükleri sağlamak ve bunlara işlerlik kazandırmak vaadiyle birçok uluslar arası sözleşmeye taraf olmuş ve imza koymuş bir ülkedir. Bu Sözleşmelerin öngördüğü doğrultuda iç hukukta gerekli düzenlemeler yapılmamış olmakla birlikte, Meclislerin onayından geçen sözleşmeler Anayasamıza göre yasa hükmünde bulunduğu göz önüne alındığında, bunların yok sayılamayacağı açıktır.

Kaldı ki yazar (Y.K.) hakkında uygulanan TCK'nun 312/2'nci maddesinde tanımlanan suç tipinin, (Y.K.)'in sözü edilen yazısında oluşmadığını görmekteyiz.

TCK'nun 312 nci maddesinin 2'nci fıkrası "Halkı; sınıf, ırk, din, mezhep ve bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik" eylemlerinin cezalandırılacağını öngörmektedir. Yazar (Y.K.), yukarıda da açıkladığımız gibi suça konu yapılan yazısında, bir Türk ve Kürt düşmanlığına rastlanmamaktadır. Bu yazıda; gelmiş geçmiş yönetimler suçlanmakta, eleştirilmekte ve kınanmaktadır. Ülkenin bölünmesi yerine kendi nitelemesine göre Güneydoğu'da süren savaşın bölünme tehlikesi doğuracağını dolaylı yoldan vurgulayarak, bölünmeye karşı olduğunu göstermektedir.

Yazı tümüyle incelendiğinde, hiç kuşkusuz bir çoğumuzun katılmadığı ve duygusallığın egemen olduğu görüşlere de yer verdiğini görmekteyiz. Dahası, kimi konulara yaklaşımında abartılar da söz konusudur.

Ancak bunlar, maddedeki yazılı suçun tanımını içinde yer alan düşünceler değildir.

Yukarıdan beri açıkladığımız tüm bu nedenlerden dolayı, yazar (Y.K.)'ye ve buna bağlı olarak yayıncı (E.Ö.)'ye yüklenen suçun

oluşmadığı ve mahkemenin mahkûmiyet hükmünün bozulması gerektiği görüşüyle, çoğunluğun onama düşüncesine karşıyız (8. CD. 18.10.1996, 11624/12797, Necati Ünver ile Nevzat Tankut'un KARŞI OY yazısı).

* Bir suça ilişkin olarak söylenmiş sözler, ileri sürülen beyanlar, düşünce özgürlüğü ve eleştiri çerçevesinden taşılmadıkça ve övüldüğü iddia olunan suç nedenleri, failin yaşantısı, suçun hangi koşullarla işlendiği ve etkenlerinin neler olduğunun ortaya konulmasında, sözü edilen sınır içerisinde bulunuldukça, hukuka aykırılıktan söz edilemez. Övme suçunun ister sözle ve ister ağırlaştırıcı neden olan yayın yoluyla olsun, manevi ögesinin (kastın), iletilmek istenilen mesajla belirlenmesi gerekir (8. CD. 3.4.1985, 872/1682).

- Sanık Münir Ceylan'ın İstanbul'da yayımlanan "demokrasi" adlı günlük gazetesinin 2 Ocak 1996 günlü 22. Sayısının 4. Sayfasındaki Münir Ceylan köşesinde; "Emekçiler ve Kürtler" başlığı altında kaleme aldığı yazı, Kürtler ve emekçilerin zor sosyo-ekonomik koşullar altında yaşadıkları, bu yönden yaşam koşulları açısından aralarında benzerlik bulunduğu ve bunun dışında Kürtlerin özgürlük sorunları olduğu, Kürtlerin ve emekçilerin hem kendileri için hem de Türkiye için önem taşıyan savaş ve şiddete karşı barışı, milliyetçi ve şoven ayrımcılığa karşı kardeşliği birlikte ve eşit şartlarda yaşamayı savunduklarını vurgulayarak, Kürt halkının geçmişten sömürü, işkence ve savaş nedeniyle ağır bedeller ödediği belirtildiğine göre, yazı tümüyle değerlendirildiğinde bir eleştiri ve yazarın kendi dünya görüşüne göre emekçilere ve Kürtlere yönelik sorunlara ilişkin kimi saptamalardan öteye, TCK'nun 312/2. Madde ve fıkrasında tanımı yapılan halkı sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farkı gözeterek kin ve düşmanlığa tahrik niteliğinde kabul edilmeyeceği, üstelik Kürt kökenli yurttaşlarla emekçilerin savaş ve şiddete karşı barışı ve birlikte eşit şartlarda yaşamayı savunduklarını vurguladığı göz önüne alınarak, sanığın atılı suçtan beraatine

karar verilmesi gerekirken, dosya içeriğine uymayan bir gerekçe ile mahkûmiyet kararı verilmesi yanlıştır (8. CD. 1.5.1997, 4306/6539).

- Özgür Ülke Gazetesinin 11-12-13 Eylül 1994 tarihli sayısında Yaşar Kaya imzasıyla "Kim Kirli" başlığıyla yayımlanan yazıda geçen "Kürt savaşı onbeş yıldır devam etmektedir, Kürtler gözlerini dört açmalıdırlar, yüzyıllardır bize dayatılan, ya işbirlikçilik, ya kölelik veya ölümdür, bizlerin ölüm fermanını herkes hazırlayabilir, öldüren yeter ki Kürt olsun, Kürt kellesi getireni ödüllendiriyorlar" sözlerinin yer aldığı yazı, bütünlüğü, kaleme alınış biçimi ve amacı itibarıyla haber boyutlarını aşan ve TCK'nun 312/2. Maddesinde tanımlanan, toplumun bir kesimini ırk ve bölge farklılığını gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik vasıf ve unsurlarını taşımaktadır (8. CD. 12.3.1997, 1046/3254).
- Toplumı oluşturan bireyler arasında sınıf, bölge, ırk, din ve mezhep bakımından farklılıklar bulunabilir. Ancak bu farklılıkların kin ve düşmanlığa neden olması, buna olanak sağlaması düşünülemez. Bu bakımdan halkı sınıf, bölge, din ve mezhep farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa tahrik etme doğrultusundaki açıklamalar düşünce özgürlüğü kapsamında değerlendirilemez (CGK. 27.10.1998, 247/335).

C- MANEVİ UNSUR:

TCK'nun 312/2'de yer alan; ".....ırk, din... farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa tahrik suçunun manevi unsuru "kasıt"tır: Failin kastı, suçun unsurlarında yer alan tüm hususları kapsamalıdır. Bu suç taksirle işlenemez. Fail, muhatap üzerinde kin ve düşmanlık şuurunun meydana gelmesini, hareketinin kamu huzurunu rahatsız edeceğini subjektif bakımdan bilmeli ve istemelidir. Yaptığı hareketin kötülüğünü bilen failin amacı, halkı; sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek, kin ve düşmanlığa tahrik etmeye yönelik olmalıdır; özel kasıtle hareket edilmelidir.

Yargıtay Kararlarından Örnekler

- Yazının bütünü itibariyle, halkın etnik köken ve bölge ayrımı gözetilerek,.....kin ve düşmanlığa açıkça tahrik edecek biçimde özel kasıtlı yayımlanmış olduğu gözetilmeden.... (8. CD. 10.6.1994, 6163/7188).
- İslamda Cihat başlığı ile yayımlanan gazetede halkı açıkça kin ve düşmanlığa kışkırtmak suçunun işlendiği iddia edilmişse de,.....samğın herhangi bir kişi ya da gruba yönelik açıkça kin ve düşmanlığa tahrikin söz konusu olmadığı, yazı tümü ile ele alındığında bir dinsel düşüncenin öz eleştirisi çerçevesinde işlenmesinden öteye gitmediği.....gözetilmeden mahkûmiyet kararı verilmesi bozmayı gerektirir (8. CD. 2.2.1998, 10688/820).

SONUÇ:

1. 312/2'deki düzenleme, Anayasanın 13 veya başka maddelerinde öngördüğü "hak ve özgürlüğün kullanım alanını" belirlemektedir: "Halkı sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farkı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik" fiili hiçbir özgürlüğün kullanım alanı içinde olamaz.

2. Bu suç tehlike suçudur: Tahrik sonucunda, umumun emniyetinin tehlikeye düşmüş veya bozulmuş olması gerekmez. Bu tehlikenin meydana gelmiş olması yeter sayılır. Yasanın önlemek istediği tehlike, halkın kin ve düşmanlığa açıkça tahrik edilmesi olup, failin hareketinin bu tehlikeyi yaratıp yaratmayacağına bakılır. Failin hareketi, yasanın önlemek istediği bu tehlikeyi meydana getirmeye uygun ve elverişli ise cezalandırılır. Hareketin tehlike meydana getirmeye uygunluğu ve elverişliliği, doğrudan doğruya somut verilere dayanılarak belirlenir.

3. Bu değerlendirme yazı veya konuşmanın "bütünü" dikkate alınarak yapılır.

4. Kamu düzenini ve güvenliğini tehlikeye düşürme olasılığı bulunan tahriki önlemek gerekir. Bütün demokratik toplumlarda,

anılan tahrik önlenmektedir. Ancak, Kin ve nefret duygusu saçmayan, kamu düzen ve güvenliğini tehlikeye düşürme olasılığı bulunmayan eylemlerin yasaklanmaması gerekir.

5. TCK'nun 312/2. Maddesine göre verilen cezanın aynı fıkranın ikinci cümlesiyle arttırılabilmesi için, bu tahrikin ülkenin genel güvenliği bakımından ağır ve ciddi tehlike boyutlarına erişmiş yoğunluk ve özellikte olması gerekir. Gerçekte, halkı sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farkı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik tanımlamasının özünde sosyal tehlike olgusunun bulunduğu göz önüne alınmaksızın, temel ceza genel tehlike gerekçesiyle arttırılamaz (8. CD. 1.4.1996, 1864/4864).

6. Tahriki ortaya çıkaran sözlerden, tahrik ile ulaşılmak istenen amacın açıkça belirtilmesi ve bunun gerçekleşmesine doğrudan doğruya yönelen bir hareket biçiminin bulunması, başka bir anlamla, güdülen amaç ile tahrik hareketi arasında yakın bağların var olması gerekir: Hareket tehlikeyi yaratmak bakımından **SO-MUT, AÇIK VE YAKIN TEHLİKE** teşkil etmiyorsa, suç oluşmaz.

7. Suçun işlenmesi yani suçun varlığının kabulü için, failin **ÖZEL KASITLA** değinilen tehlikeyi yaratmaya uygun "açıkça ayırıcı" hareketler yapmasına bağlıdır.

8. "Hukuk, toplumsal savaşımın, çeşitli katman, kesim ve kümeler arasında yerleşik ve devamlı bir kin ve düşmanlığa dönüşmesine seyirci kalmaz." Bireyler, kümeler ve katmanların ulus yaşamının her türlü oluşumunda ortak olmaları, birbirinin hak ve özgürlüklerine saygı göstermeleri, kardeşlik duyguları taşımaları, toplum huzuru ve ulusal dayanışmayı gözetmeleri, başka bir anlamla, kin, düşmanlık ve nefretten kaçınmaları gerekir. Bireyleri, kümeleri ve katmanları kin ve düşmanlığa tahrik edenleri, hukuk düzeni korumaz. Anayasanın 14. Maddesi, hak ve özgürlüklerin her türlü kötüye kullanılmasını yasaklamıştır.

9. Demokratik bir ülkede yazarların ülke sorunları üzerinde kafa yorması, düşünce üretip bunları yazılarıyla ve konuşmalarıyla

dile getirmeleri kadar doğal bir yaklaşım biçimi düşünülemez. Yazarlar ve düşünürler, bu işlevlerini ortaya koyarlarken, yönetimlerin istekleri doğrultusunda düşünmek, yazmak ya da konuşmak zorunda değildirler. Farklı, aykırı, muhalif, uymaz, çoğunluk tarafından paylaşılmaz, rahatsız ve şok eden ifadeye bulunmak da bir haktır. Bunun tek yaptırımı benimsenmemek olabilir. Bütün özgürlükler gibi, anlatım özgürlüğünün de sorumluluk duygusuyla kullanılması gerekir. Düşünür, aydın, siyaset adamı, bilim adamı başta olmak üzere tüm bireyler Devletin iç ve dış güvenliğini tehlikeye sokacak somut olarak suç sayılan eylemlere çağrıda bulunmadıkça, terör, savaş, isyan, ihtilal, ayrılıkçılık özendirmedikçe ve desteklemedikçe, onların anlatım özgürlükleri sınırlanmamalıdır. Anlatım özgürlüğünün bireylerin ve toplumun ilerlemesinin temeli olduğu esas alınmadığı için, 312/2'nin uygulaması, demokratik hukuk devletini yaralamaya devam etmektedir. Başka bir anlatımla, sorun, tek başına, 312/2'den kaynaklanmıyor. Asıl sorun, yargının kafa yapısından kaynaklanıyor. O kadar ki, 312/2 değiştirilerek, (umumun emniyetini tehlikeye düşürecek biçimde) veya benzer ibarelere yer verilse bile bu kafa yapısıyla, uygulamanın yönü değişmeyecektir. Kafa yapısı derken, çifte standardın ve konjonktüre uymanın geliştiğini, insan hakları, demokratik toplum gerekleri, hukukun üstünlüğü, laiklik, uluslar arası hukuku yeri ve zamanı geldiğinde doğru biçimde uygulama.... bilincinin yargıda gelişmediğini kastediyoruz.

10. 312/2'nin asıl sorununun uygulamadan kaynaklandığını vurgulamaktayız. Yine de, "özel kasıt", "eylemin tehlikeyi yaratmaya uygun ve elverişli olması", "tahrikin somut ve yakın tehlike doğurma ihtimali", "umumun emniyetini tehlikeye düşürme olasılığı" gibi kavramlarla 312/2. Madde yeniden yazılmalıdır. Ortadan kaldırılması değil, değiştirilmesi veya yeniden yazılması söz konusu olabilir. Bu durum belki, uygulamaya az da olsa bir yön verebilir. "Umumun emniyetini tehlikeye düşürme olasılığı" ağırlaştırıcı neden değil, suçun unsuru olmalıdır.

11. Hukuk düzeninin yalnız hukuk kuralları ve yaptırımlarıyla korunamayacağı unutulmamalıdır. Hukuk kurallarının yanında, yüksek eğitim ve gelir düzeyi, adaletli gelir dağılımı, bireylerde ve toplumda özgüven, eşitlik, adalet, kardeşlik anlayış ve duyguları, insana ve bilime yatırım, demokrasi, laiklik, hukukun üstünlüğü gibi etkenleri ciddiye almak ve bunların gerektirdiği sistemi kurmak gerekir.