

DÜŞÜNCE VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ KAPSAMINDA TÜRK CEZA KANUNU'NUN 301. MADDESİNİN DEĞİŞİMİ

The Change of Turkish Penal Code Article 301.in the
Content of the Freedom of Thought and Expression

Aydın TURHAN*

ÖZET

İnsan hakları kavramının kuşaklara göre yapılan ayrımında birinci kuşak haklar içerisinde yer alan düşünce ve ifade özgürlüğü, dinamik bir yapıya sahip olup zamanla değişime uğramaktadır. Düşünce ve ifade özgürlüğü, insanların düşüncelerinden ve düşüncelerinin dışı yansımaları olan ifadelerinden dolayı hukukun genel ilkeleri çerçevesindeki kısıtlamalar dışında sorumlu tutulmamasıdır. Ancak bazen ülkelerin siyasi atmosferi nedeniyle özellikle elinde iktidar gücünü bulunduran kesimler tarafından değişik amaçlarla düşünce ve ifade özgürlüğünü kısıtlayıcı düzenlemeler yapılabilmektedir. Düşünce ve ifade özgürlüğünü demokratik bir ülkede kısıtlayan hükümlerden birisi de ülkemizdeki Türk Ceza Kanunu 301. maddesindeki hükmün benzeri düzenlemeler olduğu ileri sürülmektedir. Ülkemizde bu düzenleme ile Türk milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, devletin bazı kurum ve organlarını aşağılamak suç olarak kabul edilmiştir. Avrupa Birliğine üye ülkelerin bazılarında Türk Ceza Kanunu 301. madde benzeri düzenlemeler olmakla birlikte Türkiye, maddenin uygulamaları yönünden sık sık eleştirilere uğramakta ve kanundan bu maddenin çıkarılması tavsiye olunmaktadır. Bu eleştiriler bazen haklı olmakla birlikte 301. maddenin tamamının kanundan çıkarılmasının, maddenin koruduğu değer ve kurumlara yapılan aşağılayıcı ifadelerin yaptırımsız kalabileceği ve bazı durumlarda toplumda onarılmaz yaralar açabileceğini de göz önünde tutmak gerekir.

Anahtar Kelimeler: Düşünce ve ifade özgürlüğü, Türk Ceza Kanunu 301. madde, Avrupa Birliği, mevzuat, değişim

ABSTRACT

The freedom of thought and expression which is in the first-generation of human rights according to the division of human rights into the generations, has a dynamical structure and varies by the passage of time. The freedom of thought and expression is not making the people responsible for their thoughts and the expressions-which are the reflections of their thoughts-except the restrictions which

* Tatvan Cumhuriyet Savcısı

are within the framework of the general principles of law. But, sometimes because of the countries political atmosphere some restrictive regulations are done about the freedom of thought and expression especially by the groups with different aims who hold the government power. It is alleged that one of the rules which restricts the freedom of thought and expression in a democratical country is Turkish Penal Code article 301. in our country. It is alleged that there are some regulations like the rules which are in article 301. with these regulations, humiliating the Turkish Republic and some foundations and organs of the state recognized as a crime in our country. Although there are some regulations which are like the Turkish Penal Code article 301. in some of the European Union Countries. Turkey often takes criticisms about the application of these article and advised to elicit this article from the code. These criticisms could be right sometimes but it should be considered that eliciting this article (this article protects some values and foundations) could leave the expressions which humiliate the values and foundations without any sanction. And it also should be considered doing that could cause some irrecoverable injuries in the society in some situations.

Key words: The freedom of thought and expression, Turkish Penal Code Article 301., European Union, The body of current law, change.

GİRİŞ

286

İnsan hakları kavramı ile ilgili tartışmalar ülkemizde, Avrupa Birliğine (AB) üyelik sürecinde mevzuattaki değişiklikler ve insan hakları ihlalleri iddiası nedeni ile devam etmektedir. Düşünce ve ifade özgürlüğü de bir insan hakkı olarak bu tartışmalar içinde yer almaktadır. Düşünce ve ifade özgürlüğü diğer çoğu özgürlüklerin temelini oluşturduğundan yapılan değişiklikler her kesimden bireylerin haklarını ilgilendirmektedir.

Düşünce ve ifade özgürlüğü ihlalleri iddiası, AB'ye uyum sürecinde Türkiye'nin önüne düzeltilmesi gerekli bir sorun olarak getirilmektedir. Bu özgürlük kapsamında Türk Ceza Kanunu (TCK) 301. maddenin değiştirilmesi hatta kaldırılması tavsiye edilmektedir. TCK 301. madde benzeri düzenlemenin 765 sayılı mülga TCK'da benzeri hükmü olmakla birlikte söz konusu hüküm birçok değişikliğe uğrayarak günümüze kadar gelmiştir. Ancak özellikle son dönemlerde AB sürecinde söz konusu maddenin uygulanması tartışmalara yol açmıştır. Bu maddenin uygulanmasının ifade özgürlüğünü kısıtladığı öne sürülmektedir.

Avrupa Birliğine üye ülkelerin bazılarında TCK 301. maddesine benzer düzenlemeler bulunmaktadır. Avrupa Birliğine üye ülkelerdeki benzer düzenlemeler ile ifade özgürlüğüne TCK 301. maddesi ile müdahale edilip edilmediği bu çalışmanın konularından biri olacaktır. Bu çalışmada

öncelikli olarak bir insan hakkı olan düşünce ve ifade özgürlüğü ele alınacak olup düşünce ve ifade özgürlüğünün anlamı, bu alanda yapılan özellikle felsefi tartışmalar, düşünce ve ifade özgürlüğünün tarihsel gelişim sürecine değinilecektir. Ülkemizde düşünce ve ifade özgürlüğü çerçevesinde yapılan mevzuattaki önemli olarak değerlendirilen değişiklikler ile TCK 301. maddesindeki değişim ayrıntılı olarak incelenip bu değişimin nedenleri ve sonuçları tartışılacaktır. TCK 301. maddesindeki değişim incelenmeden önce söz konusu maddenin hukuki yapısı incelenip suçla korunan değerlere ve suçun unsurlarına yer verilecektir.

I. DÜŞÜNCE VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

İnsan hakları, bireylerin güvenini, huzurunu ve onurunu korumak için tarihsel süreç içerisinde yapılan mücadeleler sonucu elde edilen kazanımlardır. Bu haklar içerisinde en önemlilerinden biri, insanın endişelenmeden düşünmesi ve ifadelerinden dolayı herhangi bir yaptırım tehlikesi ile karşı karşıya kalmamasıdır.

Düşünce ve ifade özgürlüğünün insan hayatındaki önemini bilebilmek için öncelikli olarak onun ne anlama geldiğini bilmek gerekir. Düşünce ve ifade özgürlüğü üzerine yapılan felsefi değerlendirmelerde bu özgürlüğün anlaşılmasında etkili olacaktır. Ayrıca tarihsel temellerinde bilinmesi de bu konudaki elde edilen kazanımların değerini ortaya koyacaktır.

1. Düşünce ve İfade Özgürlüğünün Anlamı ve Felsefi Temelleri

Düşünme, insanın diğer canlılardan ayıran en önemli özelliktir. Düşünmenin değişik biçimleri vardır. Hayal kurma, kavrama, karar verme ve problem çözme düşünce biçimlerinden bazılarıdır. İfade ise düşüncelerin dışa vurumudur. Düşüncelerin dış dünyaya anlamlı bir şekilde aktarılma biçimidir.

Düşünme bir zihinsel süreç düşünce ise onun bir ürünüdür. Düşünme kendiliğinden olan bir süreç değildir. Çaba ve emek isteyip deneylerle beslenir. Sezgi ve duygularla güçlenmektedir. Bilgi gerektirir. Bireyin toplumdaki yeri, dünya görüşü ve kültürüyle ilişkilidir.¹

¹ İNAM, Ahmet, "Düşünce Özgürlüğünden Özgür ve Özgürleştirici Düşünceye..", Hayrettin Ökçesiz (Der), *Düşünce Özgürlüğü*, AFA Yayıncılık, Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arşivi Yayınları 3, İstanbul, 1998, s. 38

Düşüncelerin ve ifadelerin hiçbir baskı altında kalmadan dışavurumu düşünce ve ifade özgürlüğü ile açıklanabilir. Düşünce ve ifade özgürlüğü, insanın özüne aittir. Düşünce ve ifade özgürlüğü birbirine yakın kavramlar olup ikisinden birini engellemek diğerini de engellemek anlamına gelir. Düşünce ve ifade özgürlüğü, insan onurunu ilgilendiren bir kavram olduğu için insanın en doğal haklarından biri olarak kabul edilmektedir. Hukuk tarafından korunması gereken en önemli haklardan biridir.

Düşünce ve hukukun kesişmesini üç aşamada değerlendirmek mümkündür. Birinci aşama, düşüncenin oluşum öncesi aşamasıdır. İlk bakışta bu aşamanın hukuku ilgilendirmediği söylenebilir. Ancak gerek uluslar arası sözleşmelerde gerekse anayasalarda düşüncelerin serbestçe edinilebilmesinden ve kişilerin düşüncelerinden ötürü kınanmayacağından, bunları açıklamak zorunda kalmayacakları belirtilmektedir. Bu aşamada hukuka düşen, düşüncelerin serbestçe oluşumunu, edinilmesini sağlayacak özgürlükçü ortamın gereklerini yerine getirmektir. İkinci aşama, oluşmuş fakat açığa vurulmamış kanaatlerin söz konusu olduğu saf düşünce aşamasıdır. Bu aşamada hukukun ödevi, kişilerin açıklamadıkları kanaatlerinden dolayı veya kanaatlerini açıklamadıkları için kınanmalarına, inanç veya inançsızlıklarını açıklamayı zorlanmalarına engel olmaktır. Üçüncü aşama dışa vurma aşamasıdır. Bu aşamada düşünce sahibinin bazı sınırlar içinde kalmak şartıyla hem düşüncesine uygun eylemde bulunabilmesi hem de bunları serbestçe açıklayıp yayabilme sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu alan ifade özgürlüğü olup bu aşama düşünce özgürlüğü açısından özel bir korumanın gerektiği aşamayı oluşturmaktadır.²

Düşünce açıklama özgürlüğünün kabul edilebilir ancak toplumların ölçütlerine göre değişkenlik gösteren üç kırmızı çizgisi vardır. Bu çizgiler, cebir ve şiddet çağrısı içeren düşünce açıklamaları, kişilik hakları konusunda eleştiri sınırını aşan düşünce açıklamaları ve toplum bakımından korunması gereken ortak değerlere yönelik aşağılayıcı ifadeler olarak sıralandırılabilir.³

² SANCAR, Türkan Yalçın, *Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s.194

³ ŞEN, Ersan, "Türk Ceza Kanunu m.301", *Ceza Hukuku Dergisi*, S.3, 2007, s.21

Düşünce ve ifade özgürlüğü hakkı, Tanrısal akıldan pay almış bir insan doğası anlayışını esas alan felsefi bir görüş (ilahi hukuka dayanan doğal hukuk görüşü) tarafından desteklenebileceği gibi antropolojik ve tam anlamıyla laik bir insan doğası yaklaşımı ile de temellendirilebilir. Nihayetinde, düşünce ve ifade özgürlüğü, insan doğasından veya buna bağlanan ihtiyaçlardan ayrı olarak gerçeğin ortaya çıkması veya demokrasinin iyi bir şekilde işleyebilmesi için bir araç olması nedeniyle yahut benzer gerekçelerle, bütünüyle faydacı veya genel olarak enstrumentalist bir tezle desteklenebilir. Düşünce ve ifade özgürlüğü hakkı, bütün enstrumentalist argümanlardan bağımsız olarak insanı başlı başına bir değer olarak kabul eden salt bir insan onuru anlayışı ile de savunulabilir.⁴

Düşünce özgürlüğü bazıları için bir ideal, bazıları için ise ideale ulaşmanın vazgeçilmez temel unsuru, insan olmanın ve insan olduğunun farkında olmanın temel şartıdır. Aristo'nun da belirttiği gibi insanı hayvandan ayıran belirgin özelliştir. Düşünce özgürlüğü içeriğinin genişliği nedeniyle diğer temel hak ve özgürlüklerinden ayrılır. Düşünce özgürlüğü, diğer pek çok özgürlüğe kaynaklık etmekte olup düşünce ve kanaatlerin basılmış bir şekilde yayımlandığında basın özgürlüğü, bilim ve sanat araçları ile açıklandığında bilim ve sanat özgürlüğünü adını alır.⁵

Düşünce ve ifade özgürlüğünün korunduğu devlet, demokratik, sosyal, hukuk ve kültür devletidir. Özgürlükleri sağlamak ve korumak devletin görevleri arasında olup siyasi iktidarın koşulsuz bir şekilde yasa koyma yetkisi kabul edilemez. Hobbes'a göre, yasayı yapan devlet gücü değil onun doğruluğudur. Safi bir hukuk devletine dünyanın hiçbir yerinde rastlamak mümkün değildir. Bu siyasi iktidarın fiili (de facto) ölçütlerinin varlıklarını sürdürdüklerini gösterir. Buna göre devlet aykırı düşünmeyi zorlaştıran veya olanaksızlaştıran suç kalıpları koyuyorsa özgür düşünmenin gereksinim duyduğu hukuk ve devlet düzeninin gerçekleşmesinde bir davranış modeli olarak sivil itaatsizlik ortaya çıkmalıdır. Sokrates tutumu denilebilecek bilinçli bir davranışla uysal itaatli birey durumuna düşürülmek istenen insan sivil itaatsizlikle özgür düşünen ve sorumluluk yüklenen birey konumuna gelir. Kaufmann'ın

⁴ ŞAHİN, Kemal, *İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü Gerekçeleri ve Sınırları*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2009, s.7

⁵ GELGÖR, Burhan, "Basın Özgürlüğü", *Adalet Dergisi*-26. Sayı, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2006, s.129

söylemi ile hukukun özü direnme hakkıdır.⁶ Bir hukuk devleti düzeninde aykırı düşünmek, o toplumda siyasi gücü elinde bulunduranların özeleş-tiri yapmalarını sağlar.

Düşünce özgürlüğü ilahi-tabii hukukta sınırsızdır. Kendi kavramsal çerçevesi içinde sınırlanmış değildir. Düşünce açıklama hürriyeti de böyledir. Açıklama için zorunlu olmayan gerçekleştirme eylemlerine girildiğinde düşünce açıklama özgürlüğü alanından taşılarak eylem özgürlüğü alanına girilmiş demektir. Eylem özgürlüğü de, İslam Hukuk Metodolojisinin yasaklandığı belirtilmeyen şey kural olarak serbesttir ilkesinin güvencesi altındadır. İslam hukukunda eylem özgürlüğü başkasına zarar vermeme şartına bağlanmıştır. Düşünceyi açıklama özgürlüğü ilke olarak sınırsız iken eylem özgürlüğü zarar vermeme şartına bağlanmıştır.⁷

2. Düşünce ve İfade Özgürlüğünün Tarihsel Süreci

Düşünce ve ifade özgürlüğü diğer özgürlükler gibi belli bir mücadelenin ürünüdür. İnsan onurunun korunması için gerekli olan bu özgürlüklerin kazanılması da pek kolay olmamıştır. Bu özgürlüğün bütün dünyada bir anda kabul edildiğine ilişkin olarak herhangi bir bulgu yoktur. Düşünce ve ifade özgürlüğü kapsamındaki hakların kabul edilmesi ve yaygınlaşması uzun bir tarihsel süreci kapsamakla birlikte bu süreç günümüzde halen devam etmektedir.

İfade özgürlüğünün baskı altına alınmasının yasaklanmasının bir kanaat olarak benimsenmesi Avrupa'da bile birkaç yüz yıl almıştır. 12. yüzyıl skolastik felsefenin savunucularından filozof Petrus Abaelardus, Yahudiler, Hıristiyanlar ve Müslümanlar arasında inanç sorunlarına ilişkin kanaat kavgalarını gerçeğin bulunması açısından gerekli görmesine karşılık yaklaşık yedi yüzyıl sonra Abaelardus'un din kardeşi

⁶ ÖKÇESİZ, Hayrettin, Özgür Düşünmenin Hukuk ve Devlet Felsefesi, Hayrettin Ökçesiz (Der), *Düşünce Özgürlüğü*, AFA Yayıncılık, Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arşivi Yayınları 3, İstanbul, 1998, s.124

⁷ HATEMİ, Hüseyin, Düşünce Özgürlüğünün İlahi-Tabii Hukuk'ta Temellendirilmesi ve Kavramsal Sınırları, Hayrettin Ökçesiz (Der), *Düşünce Özgürlüğü*, AFA Yayıncılık, Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arşivi Yayınları 3, İstanbul, 1998, s. 110

olan Papa dokuzuncu Pius, ifade özgürlüğünü lanetlemesi gereken bir kavram olarak değerlendirmiştir.⁸

İngiliz Belgelerinden olan 1689 tarihli İnsan Hakları Bildirisi, ifade özgürlüğüne açıkça yer vermiştir. Bildiri’de ifade özgürlüğünün dava konusu yapılamayacağı belirtilmiştir. Virginia Haklar Bildirisinde, ifade özgürlüğüne açık bir atıf mevcut değilse de basın özgürlüğüne açıkça değinilmesi önemli bir gelişme olarak kabul edilebilir. Bildirinin yayınlandığı dönemlerde basın özgürlüğü ile ifade özgürlüğü özdeş olarak görülmekteydi. 1787 ABD Anayasasına yapılan ilk değişiklikle eklenen on maddenin (Bill of Rights) ilk maddesinde ifade özgürlüğüne değinilmiştir. 1789 Fransız Ulusal Bildirisinin 11. maddesinde de ifade özgürlüğüne açıkça yer verilmiştir. Bu maddeye göre, “düşüncelerin ve görüşlerin özgürce iletimi, insanın en değerli haklarından biridir. Bu nedenle her yurttaş serbestçe konuşabilir, yazabilir ve yazdıklarını yayımlayabilir. Ancak yasada tanımlanan biçimde kötüye kullanılmasından ötürü sorumlu tutulur.”⁹ Fransız Bildirisi düşünce ve ifade özgürlüğü bakımından genel bir sınırlama öngörmüştür.

10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 19. maddesinde düşünce ve fikir özgürlüğüne yer verilmiştir. Bu madde de düşüncelerin açıklanması ve yayılması basın özgürlüğünü de içerir şekilde ifade edilmiştir. 4 Kasım 1950’de Roma’da imzalanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesinde ifade özgürlüğüne yer verilmiştir. Haber almak ve vermek, bir görüşe sahip olmak, fikir ve kanaatlerin açıklanması hürriyeti bu madde de düzenlenmiş olup maddenin ikinci fıkrasında ifade özgürlüğünün sınırlandırma sebepleri genel olarak belirtilmiştir.

Osmanlı Devleti döneminde, düşüncüyü açıklama özgürlüğünün bir görünümü olan basın özgürlüğü tartışma konusu olmuştur. Osmanlı Devleti, devlet anlayışına uygun olarak ve çok uluslu yapısından kaynaklanan zorluklar dolayısıyla gücünün ve otoritesinin basın yoluyla içte ve dışta tehlikeye düşürülmemesi için basın alanındaki düzenlemeleri esas olarak sınırlandırma şeklinde gerçekleştirmiştir. 1876 Anayasası’nda

⁸ KLENNER, Herman, İfade Özgürlüğünün Tarihi ve Sorunları Üzerine, Çev: (Nihat Ünler), Hayrettin Ökçesiz (Der), *Düşünce Özgürlüğü*, AFA Yayıncılık, Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arşivi Yayınları 3, İstanbul, 1998, s. 98

⁹ ŞAHİN, s.15

basın özgürlüğünü özünü oluşturan ifade özgürlüğüne yer verilmemiş ancak 12. maddesinde kanuni sınırlarla basını özgür bırakmıştır. Bu düzenleme, basını yasama organı karşısında savunmasız bırakmıştır. İkinci meşrutiyetin ilanı ile birlikte kısa süreli olsa da basın özgürlüğü gerçekleşmiştir. İttihat ve Terakkinin gücünü pekiştirmesi ile birlikte basın sansüre tekrar uğramıştır.¹⁰

II. DÜŞÜNCE VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ KAPSAMINDA YAPILAN MEVZUAT DEĞİŞİKLİKLERİ

Avrupa Birliği sürecinde Türkiye'de özellikle insan hakları alanında yapılan mevzuat değişiklikleri ile insanlara daha huzurlu ve mutlu bir yaşam sağlanmak istenmektedir. Birinci kuşak insan haklarının içerisinde yer alan düşünce ve ifade özgürlüğü kapsamındaki mevzuat, hem Anayasal hem de yasal olarak değişime uğramıştır.

1. Düşünce ve İfade Özgürlüğü Çerçevesinde Yapılan Anayasal Değişiklikler

Türkiye'de düşünce ve ifade özgürlüğünün gelişiminin değerlendirilmesini, her anayasal döneme göre değerlendirmek uygun olur. Çünkü söz konusu hakların gelişimi, her dönemde farklı bir şekilde olmuştur.

1921 Anayasası olağanüstü koşullarda hazırlanan bir anayasa olup geçiş dönemi anayasasıdır. 1921 Anayasası ile egemenliğin kaynağında köklü bir değişim getirilmiş olmakla birlikte insan haklarına ve bu kapsamda düşünce ve ifade özgürlüğüne ilişkin olarak herhangi bir düzenleme yapılmamıştır.

1924 Anayasası, devletin kuruluş ve teşkilatlanmasında kişi hak ve özgürlüklerini doğal hukukçu ve bireyci bir yaklaşımla anayasaya taşıyan bir metindir. 1924 Anayasasının 70. maddesi ile düşünce özgürlüğünün Türklerin tabii hakları arasında olduğundan bahsedilmiş, 75. maddesi felsefi görüş ve dini inancından dolayı kınanamama, 77. maddesi ile basının serbest olduğunu ve ön denetime tabi olmayacağını düzenlemiştir.¹¹ 1924 Anayasasının bu hürriyetçi anlayışına rağmen genel olarak 1924 Anayasasında özgürlükler geniş ve ayrıntılı şekilde

¹⁰ ÖZKORKUT, Nevin Ünal, "Basın Özgürlüğü ve Osmanlı Devletindeki Görünümü", Ankara Üniversitesi Dergisi, 2002, s.71, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/285/2604.pdf>, Erişim Tarihi: 08.12.2010

¹¹ <http://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa24.htm>, Erişim Tarihi: 10.11.2010

düzenlenmemiş, çoğunlukla bunların sadece adını saymak ve sınırlarını kanunla çizileceğini belirtmekle yetinilmiştir. Böylece, özgürlüklerin sınırlandırılması Meclis'in takdirine bırakılmıştır.¹²

1961 Anayasası, temel hak ve özgürlüklere 1924 Anayasası'na oranla daha geniş ve güvenceli yer vermiştir. Sınırlamalar Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olmak zorundadır. 1961 Anayasası ile kanunların Anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi kabul edilmiştir. 1971 yılında yapılan değişiklikle temel hak ve özgürlüklerle ilgili olarak genel bir sınırlandırma getirilmiştir.

1982 Anayasası, otorite-özgürlükler dengesini otorite lehine bozmuştur. Yürütme erki yasama ve yargı erki karşısında güçlendirilmiştir. 1982 Anayasası ile devletin bireye karşı korunması amaçlanmıştır. 1982 Anayasası düşünce ve ifade özgürlüğü ile ilgili olarak 25. maddesi düşünce ve kanaat özgürlüğünü, 26. madde açıklama ve yayma özgürlüğünü düzenlemiştir. Düşünce ve kanaat özgürlüğü ile düşünceleri açıklama ve yayma özgürlüğü yani ifade özgürlüğü farklı maddelerde düzenlenmiştir. Düşünce ve ifade birbirlerine bağımlı iki kavram olup bunların farklı maddelerde düzenlenmesi yerine aynı madde içerisinde düzenlemesi daha uygun olacaktır.

1982 Anayasası'nda 2001 yılında yapılan değişiklikle Anayasa'da genel sınırlama sebebi kaldırılmış olup ifade özgürlüğünü içeren 26. maddede özel sınırlandırma sebepleri getirilmiştir. Bu düzenlemeler yerinde olup temel hak ve özgürlüklerin bazen gereksiz yere sınırlandırılmasının önüne geçilmek istenmiştir. Bu düzenlemeler ile düşünce özgürlüğü kapsamında herhangi bir sebeple kısıtlama yoluna gidilemeyecektir. Ancak düşüncelerin dışı vurumu olan ifade özgürlüğünün kısıtlanması maddede belirtilen kamu düzeni, kamu güvenliği, özel hayatın korunması gibi nedenlerle sınırlandırılabilir.

2. Düşünce ve İfade Özgürlüğü Çerçevesinde Yapılan Önemli Yasal Değişiklikler

Düşünce ve ifade özgürlüğü kapsamında yapılan kanuni değişiklikler mevzuatımızda çok geniş bir alanı kapsamaktadır. Bu değişikliklerin hepsini aynı anda incelenmesi farklı bir çalışma konusu olabilecek derecede geniştir. Bu nedenle düşünce ve ifade özgürlüğü ile ilgili olarak,

¹² ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998, s.11

TCK ve Terörle Mücadele Kanunu (TMK), toplumun tüm kesimini ilgilendirdiği ve toplum düzeni ile ilgili hassas olan konuları düzenledikleri için bu kanunların önemli olarak görülen ilgili maddelerine değinilecektir.

5237 sayılı TCK'nın 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmesi ile birlikte 765 sayılı TCK hükümleri ortadan kalkmıştır. 5237 sayılı Kanun, Avrupa Birliğine uyum çerçevesinde çıkarılan kanunlardan biri olup düşünce ve ifade özgürlüğüne ilişkin koruyucu hükümlere yer verilmişse de kısıtlayıcı hükümler de içermektedir. TCK'nın 115. maddesi koruyucu bir madde olup cebir veya tehdit kullanılarak bir kimseyi düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlayan veya bunları açıklanması için engelleyen kişinin üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmasını düzenlemektedir. TCK. 301. maddenin ifade özgürlüğünü kısıtladığı ileri sürülmekle birlikte söz konusu bu madde ile Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, devletin kurum ve organlarını aşağılamayı suç olarak kabul edilmiş olup sonraki bölümlerde geniş kapsamlı olarak bu madde incelenecektir.

294

3713 sayılı TMK'da ifade özgürlüğünü ilgilendiren hükümlere yer verilmekte birlikte özellikle son zamanlarda terör örgütü propagandası yapma suçunun düzenlendiği 7/2 maddesi eleştirilmektedir. Bu maddenin ifade özgürlüğünü kısıtladığı öne sürülmektedir.¹³ Özellikle ülkemizdeki bazı belediye başkanlarının bu maddenin kapsamında cezalandırılması söz konusu maddeyi gündemde tutmaktadır. 3713 sayılı Kanun 7/2. maddesini ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilip eğer bireylerin ifadeleri sadece düşünce açıklamaya yönelik olup herhangi bir şiddet unsurunu veya şiddete yöneltecek ifadeler içermediği takdirde ceza verilmemesi şeklinde değiştirilmesi eleştirileri engelleyebilir.

III. TCK 301. MADDESİNİN HUKUKİ YAPISI VE AB'YE ÜYE ÜLKELERDEKİ BENZER UYGULAMALAR

Düşünce ve ifade özgürlüğü kapsamında, özellikle son zamanlarda TCK 301. maddesinin uygulanmasına ilişkin olarak eleştiriler ön plana çıkmıştır. Bu eleştirileri anlamak ve değerlendirmek için öncelikle TCK 301. maddesinin hukuki alt yapısını incelenmesi gerekir. Ayrıca Avrupa

¹³ Kazan, Turgut, İfade Özgürlüğü ve Terörle Mücadele Yasası,
<http://www.tchd.org.tr/MenuContent.aspx?id=140>, Erişim Tarihi:28.03.2011,
Tarihlendirme:2002

Birliğine üyelik sürecinde, üye ülkelerdeki benzer maddelerin yapıların bilinmesi konunun anlaşılması açısından faydalı olacaktır.

1. TCK 301. Maddesi Kapsamında Korunan Hukuksal Değer ve Kurumlar

TCK 301. maddesi aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

“(1) Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ve Devletin yargı organlarını alenen aşağılayan kimse altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Devletin askerî veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır.

(3) Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz

(4) Bu suçtan dolayı soruşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır.”¹⁴

TCK 301. madde, devletin egemenlik alametlerine ve organların saygınlığına karşı suçlar başlıklı bölümünde düzenlenmiştir. TCK 301. maddenin mağduru kişi veya kişiler olmadığından dolayı, kişi veya kişi topluluklarına karşı işlenen hakaret suçları bu madde kapsamına girmemektedir.¹⁵

TCK 301. maddesinde korunan değer ve kurumlar maddeden de anlaşılacağı üzere değişiklik göstermektedir. TCK 301. maddesi ile Türk Milleti, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM), Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, devletin yargı organları ile askeri veya emniyet teşkilatı korunmak istenmiştir.

5237 sayılı TCK'dan önce yürürlükte olan mülga 765 sayılı TCK kapsamında 301.maddeye karşılık gelen hüküm 159. maddeydi. Bu maddeye göre “Türk Milleti” ibaresi yerine “Türklüğü” ibaresi yer almaktaydı. Hatta 08.05.2008 yılında 5759 sayılı Kanundaki değişiklikten önce de “Türklüğü” ibaresi yer almaktaydı.

¹⁴ <http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=1.5.5237&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=Erişim Tarihi: 11.10.2010>

¹⁵ CAN, Osman, “ “Kutsallar” ve Düşünce Özgürlüğü - TCK 301. Madde”, *Ceza Hukuku Dergisi*, S.5, 2007, s.327

Türklük kavramının açıklanmasından önce Türk kavramının açıklamak gerekir. Türk'ün tanımında esas alınacak kritere göre veya hareket noktasına göre kavramın içeriği farklı olabilecektir. Tanım, sosyolojik, hukuksal veya tarihi olabilir. Kültür esasına veya etnik esasa dayandırılacak tanımlar yapılabileceği gibi sadece hukuk eksenli tanımlamalar da yapılabilir. Bu nedenle böyle muğlak olan kavramların ceza kanunlarında yer almaları tehlikeli sonuçlar doğurabilir. Türkiye gibi etnik açıdan kozmopolit ülkelerde kimlik sorunlarını çözmek kolay olmayabilir.¹⁶

Türk terimi sözlükte; 1. Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde yaşayan halk ve bu halktan olan kimse, 2. Asya ve Doğu Avrupa'da yaşayan Türkçenin çeşitli lehçelerini konuşan soy ve bu soydan olarak kimse diye tanımlanmıştır. Türklük ise, Türk olma durumu, Türklerin meydana getirdiği topluluk olarak tanımlanmıştır.¹⁷ Tarihte ilk Türk adı Orhon yazıtlarında "Türük" yani devletine bağlı halk olarak geçmektedir.

TCK 301. maddesinin değişiklikten önceki gerekçesinde Türklük kavramı ile ilgili olarak, "dünyanın neresinde yaşarlarsa yaşasınlar Türklere has müşterek kültürün ortaya çıkardığı ortak varlık anlaşılır.

296

Bu varlık Türk Milleti kavramından geniştir ve Türkiye dışında yaşayan ve aynı kültürün iştirakçileri olan toplulukları da kapsar" denmektedir.¹⁸

TCK 301. maddesinin koruduğu ikinci değer Türkiye Cumhuriyeti Devletidir. 5759 sayılı değişiklikten önce Türkiye Cumhuriyeti ibaresi vardı. Cumhuriyet, egemenliğin halka ait olduğu devlet yönetimi biçimidir. 1982 Anayasası'nın 1. maddesine göre Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir. 2. madde ise Cumhuriyetin nitelikleri belirlenmiştir. Ayrıca Anayasanın 4. maddesi ile devletin şekli hakkındaki hüküm ile 2. maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri değiştirilemez olarak düzenlenmiştir.

Korunan birinci kurum TBMM'dir. 1982 Anayasasının 7. maddesine göre yasama yetkisi Türk Milleti adına TBMM'dedir. TBMM'nin ne şekilde oluştuğunun bir önemi yoktur. Anayasa tarafından yasama organı olarak kabul edilen organ korumanın konusunu oluşturmaktadır.

¹⁶ SANCAR, s.72

¹⁷ <http://tdkterim.gov.tr/bts/> , Erişim Tarihi: 11.12.2010

¹⁸ YALVAÇ, Gürsel, *Karşılaştırmalı-Gerekçeli TCK-CMK-CGTİK ve İlgili Kanunlar ve Yönetmelikler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2005, s.479

Korunan ikinci kurum Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti'dir. Hükümet sözcüğü, gerek mevzuatta gerekse uygulamada değişik biçimlerde kullanılır. Devlet, devlet otoritesi, siyasal rejim, hükümet konağı, yürütme yetkisini temsil eden kuvvetin bütünü, siyasi bir topluluğun haiz olduğu kudret ve egemenliğin faaliyet hali, idare, resmi makam, yürütme kuvveti, bakanlar kurulu gibi anlamlar hükümet sözcüğüne yüklenmektedir. TCK 301. maddesi ile söz edilen Hükümet, Bakanlar Kurulu'nun bütününe ifade eder.¹⁹

Korunan üçüncü kurum devletin yargı organlarıdır. Kişilerden bağımsız olarak devletin yargı organlarına karşı olan aşağılayıcı ifadeler için koruma sağlanmaktadır. Burada korunmak istenen yargı erkinin bütün olarak prestijidir. Yargı gücünün temsilcileri olan heyet ve kişilerden bağımsız olarak yargının bütünü korunmak istenmiştir. Bu nedenle genel olarak adalet kavramının, hâkimlerin ve cumhuriyet savcılarının bir kısmının veya bir mahkeme heyetine yönelik ifadeler bu kapsamda değerlendirilmemektedir.

Korunan dördüncü kurum ise devletin askeri ve emniyet teşkilatıdır. Devletin askeri kuvvetlerinden anlaşılması gereken Türk Silahlı Kuvvetleri (TSK), emniyet teşkilatından da anlaşılması gereken polis ve jandarmadır. Polis kuvveti adli, idari ve siyasi olarak bölünmüştür. Bu bölünme faaliyetin niteliğine yönelik olup sadece organik açıdan bir bölünme değildir.²⁰ Bu nedenle sadece bunlardan birinin hedef alınması suçun oluşması için

yeterli olmamalıdır. Ancak bu bölünme üzerinden polis teşkilatının tamamına yönelik ifadeler kullanılırsa suçun oluştuğu kabul edilmelidir.

2.TCK 301. Maddedeki Suçun Unsurları

Bir suçun oluşması için maddi ve manevi olmak üzere iki unsurun bir arada olması gerekir. TCK 301. maddesinin maddi unsuru, hareket, sonuç ve hareketle sonuç arasında kalan nedensellik bağıdır. Ancak hukuka uygunluk sebebinin bulunması halinde yani söz konusu ifadelerin eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklaması olması halinde kişiye ceza verilmez. TCK'nın 301. maddesinin maddi unsuru, maddede sayılan değer ve kurumların alenen aşağılanmasıdır. Suçun maddi unsurunu

¹⁹ SANCAR, s.101

²⁰ GÜNDAY, Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2002, s.249

oluşturan hareket aşağılayıcı nitelikte olmalı ve aynı zamanda hareketin alenen gerçekleşmesi gerekir.²¹

TCK 301. maddesinde düzenlenen aşağılama kavramının 765 sayılı TCK 159. maddesinde “tahkir ve tezyif etmek” şeklinde karşılığı yer almaktaydı. Tahkir ve tezyif etmek, aşağılama, onur kırma, değersiz göstermeye çalışma ve küçük düşürmeye çalışma anlamına gelmektedir. TCK 301. maddesinde ise bu kavramlara yer verilmemiş ve sadece aşağılamak kavramının kullanılması tercih edilmiştir. Aşağılama, maddenin gerekçesinde, suçun konusunu oluşturan değerlere duyulan saygınlığı azaltmaya yönelik davranışlar olarak ifade edilmiştir. Tahkir ve tezyif etmek birlikte arandığında ceza maddesinin koruduğu değer aynı fiil tarafından hem aşağılanması ve hem de küçültülmesi aranacaktır. Aşağılama kavramında ise, bu kavramlardan yani tahkir veya tezyiften birinin gerçekleşmesi durumunda fiilin TCK 301. maddesi kapsamında değerlendirilmesine olanak sağlanmaktadır.²²

Can'a göre²³, her bir negatif eleştiri aşağılamadır. Başlangıçta sahip olunan saygınlığı azaltmaktır. Bu eleştirinin doğasına aittir. Dolayısıyla yaptırma bağlanan kavram “aşağılama” sözcüğü olduğu sürece bu kurumlara yönelik herhangi bir olumsuz eleştiri otomatik olarak yaptırma tabi olacaktır. Ancak bu görüşü, yani aşağılama ve eleştirme kavramlarının birbirine karışabileceğini veya benzer olduğunu ileri sürmek uygun olmasa gerekir. Şen'in de belirttiği üzere²⁴, tahkir etmek, değerinden düşük göstermek ve hor görmek olarak ifade edilen aşağılama ile tenkit, bir konunun doğru ve yanlış taraflarını bulup göstermek amacıyla yapılan inceleme anlamına gelen eleştiri birbirinden tamamıyla farklı kavramlardır.

Aleni, açık, ortada, meydanda, herkesin içinde yapılan, aleniyet ise açık olma durumu, açıklık anlamında kullanılır. Aleniyet, genel bir yerde başkaları tarafından duyulabilecek, görülebilecek davranışların yanında özel yerlerde gerçekleşen bazı davranışları da kapsar. Suçun, başkalarının gözü önünde işlenmesi değil başkalarının görebileceği veya duyabileceği bir yerde işlenmesi anlamına gelir. Yani saldırının yaygınlaşma olanağının bulunması gerekir. TCK 301. maddesinde suçun unsuru olarak

²¹ PARLAR, Ali, M. HATİPOĞLU, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu*, 2.cilt, Ankara: Yayın Matbaacılık, Ankara, 2007, s.1980

²² ŞEN, s.14

²³ CAN, s.334

²⁴ ŞEN, s.15

aleniyyetin gerçekleşmesinin aranmasının sebebi, aşağılamanın alenen yani başkalarının bilgisine ulaşılabilir ve böylece başkaları yanında korunan değer ve organların saygınlığını, otoritesini ve itaat edilme gereksinimini tehlikeye düşürebilecek olmasıdır.²⁵

TCK 301. maddesinde yer alan suç ancak kasten işlenebilen suçlardandır. Fail hem aşağıladığını bilecek hem de maddede geçen kuruluş veya değerleri aşağılamayı isteyecektir. Bu nedenle failin kastı suçun maddi unsurlarında yer alan bu hususları kapsmalıdır. Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 09.03.1983 tarih 576/579 sayılı kararında, “sanık ile şikayetçi işçisi arasında ücret yüzünden çıkan tartışmada seni devlete şikayet edip alacağımı alacağım demesine karşılık sanığında seni de devleti de sk. ederim şeklindeki cevabının şikayetçiye yönelik sövmeden ibaret olması, sanığın olayın akışı içerisinde rejime yönelik herhangi bir aşağılama kastının olmaması nedeni ile” beraat yerine mahkumiyet hükmü verilmesini bozmuştur.²⁶

TCK 301. maddesi kapsamında soruşturma yapılması Adalet Bakanı'nın iznine bağlıdır. Söz konusu madde ile ilgili olarak bir suç işlendiğini öğrenen cumhuriyet başsavcılığında görevli cumhuriyet savcıları, Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'ne soruşturma izni alınması için dosyayı fezlekeye bağlayarak gönderir. Söz konusu iddia ile ilgili olarak Adalet Bakanı'nın izin vermesi halinde soruşturma yapılır. Soruşturma için izin istenilmesi veya soruşturma sonunda kamu davasının açılması için şikayet şartı aranmaz.

2002 yılından bu yana TCK 301. maddesi hükmü kapsamında 1481 kişi aleyhine dava açılırken 745 kişiye mahkumiyet verilmiştir. Açılan dava sayısının giderek artması AB-Türkiye ilişkilerinde devamlı Türkiye'nin önüne bir sorun olarak ortaya konulmuştur.²⁷

3.AB'ye Üye Ülkelerdeki TCK 301. Madde Benzeri Uygulamaları

TCK 301. maddedeki değer ve kurumlara karşı yapılan aşağılayıcı ifadelere karşı sadece Türkiye'de değil AB'ye üye ülkelerde de benzer

²⁵ SANCAR, s.178

²⁶ ARTUK , Mehmet Emin, “Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama Suçu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 70, 2007, s.233

²⁷ ÖZCAN, Mehmet, 301. Madde Değişikliği ve Türkiye-AB İlişkilerine Etkisi, <http://www.usak.org.tr/makale.asp?id=724>, Erişim Tarihi: 11.10.2010 , Tarihlendirme:2008, s.1

şekilde düzenlemeler getirilerek bazı değer ve kurumlar korunmak istenmiştir. Bu uygulamalar ülkeden ülkeye değişiklik göstermektedir.

Almanya'da TCK 301. madde benzeri düzenleme anayasal organlara hakaret suçu olarak düzenlenmiş olup, yasama organını, hükümeti, Federal Anayasa Mahkemesini, Federe Devletler Anayasa Mahkemelerini veya bu organların bir üyesini devletin saygınlığını bozacak bir şekilde aşağılama suç olarak kabul edilmektedir. Bunların dışındaki tüm diğer organlar, Alman Ceza Kanununda ayrıcalıklı bir konuma sahip kılınmamıştır. Suç sadece Anayasal kurumun veya ilgili üyesinin izni ile kovuşturulabilmektedir. Maddede sayılan organların üyelerine yönelik aşağılama suçunun cezalandırma sebebi, bunların şahısları dolayısıyla değil organın üyesi olmaları nedeniyle küçük düşürülmelerini önlemektir. Böylece söz konusu organların korunması da mümkün olacaktır.²⁸

Fransız Ceza Kanunu'nda bu husus daha geniş şekilde ele alınmıştır. Fransız Ceza Kanunun dördüncü kitabında "ulusa, devlete ve kamu barışına karşı suçlar ve kabahatler" şeklinde düzenlenmiştir. 2003 yılında yapılan bir düzenleme ile de milli marşa ve milli bayrağa yapılan hakaret 9000 Euro'ya kadar para cezası veya altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılmıştır. 6 Ekim 2001 yılında Fransa-Cezayir arasındaki maç, Cezayir ile Fransa arasındaki ilişkilerin soğuk, Sarkozy'nin İçişleri Bakanı ve göçmen sorunlarının yoğunluk kazandığı bir dönemde gerçekleşmiştir. Bu maçta Fransız Milli Marşına yapılan yuhalamalar bu düzenlemelerin yapılmasına hız verilmesine neden olmuştur.²⁹

İtalya'da 1957 yılında son şeklini alan İtalyan Ceza Kanuna göre Cumhuriyeti, İtalyan Milletini, yasama meclislerinden birini veya hükümeti, Anayasa Mahkemesini veya adli düzeni, silahlı kuvvetleri veya kurtuluş kuvvetlerini alenen tahkir edenlerin cezalandırılacağı belirtilmiştir. Ceza Kanununun 293. maddesine göre bu suçların

²⁸ SANCAR, s.42

²⁹ YUCA, Nezahat, Türk Ceza Kanunu 301. Madde ve AB Uygulamaları, Türkiye Büyük Millet Meclisi Araştırma Merkezi Müdürlüğü, Bilgi Notu, Ankara, 2008, s.5

yurtdışında bir vatandaş tarafından işlenmesi halinde verilecek ceza arttırılmaktadır.³⁰

Polonya Kanunu'nun 137. maddesinde Polonya Halkının, Devletinin ve Bayrağının alenen aşağılanması suç olarak düzenlenmiştir. İspanyol Ceza Kanunu'nun 543. maddesinde, İspanya'nın veya simge ve amblemlerinin aşağılanması suç olarak tanımlanmıştır.³¹

Danimarka'da farklı bir düzenleme getirilmiştir. Danimarka Ceza Kanunu 110. maddesi e bendine göre “her kim alenen Avrupa ülkelerini yada Avrupa Milletlerini veya Avrupa Parlamentosunu aşağılarsa azami iki yıl hapis cezası ile cezalandırılır”. Bu madde de diğer Avrupa Birliğine üye ülkelerin aksine Danimarka Milleti veya değerleri değil esas alınan kurumlar Avrupa Birliği kurumları, değerler ise Avrupa ülkeleri veya milletleridir.³²

IV. TCK 301. MADDESİNDEKİ DEĞİŞİMİN NEDENLERİ VE SONUÇLARI

TCK 301. maddesinin uygulanması özellikle AB tarafından sıklıkla eleştirilen konuların başında gelmektedir. Özellikle ülkemizde Orhan Pamuk gibi bazı isimler aleyhine açılan davalar konunun gündeme gelmesinde belirleyici nedenler olmuştur.

301

1. TCK 301. Maddesindeki Değişikliğin Nedenleri

TCK 301. maddesi ile ilgili olarak birçok değişiklik yapılmış olmakla birlikte 2008 yılındaki en son değişiklik tartışmaları da beraberinde getirmiştir. TCK 301. maddesindeki değişimin nedenlerini anlamak için öncelikle son aşamaya gelene kadar ki değişikliklere değinilmekte yarar vardır. 01.03.1926 tarihli 765 sayılı TCK 159. maddesinde “Büyük Millet Meclisini veya Hükümetin şahsı manevisini veya ordu ve donanmasını yahut Türklüğü tahkir ve tezyif edenler” cezalandırılmaktaydı. 160. maddeye göre de soruşturma yapılması için Büyük Millet Meclisi Riyasetinden izin alınması gerekirdi. Söz konusu maddede 1936 yılında yapılan değişiklikle “Türklüğü, Büyük Millet Meclisini, Cumhuriyeti,

³⁰ YAPICI, Havvana, “Avrupa Ceza Kanunlarında Yer Alan Devletin Kurum, Organ, Değer ve Sembollerine Karşı Suçlar Bağlamında Türk Ceza Kanunu'nun 301. Maddesi”, *Yasama Dergisi*, S.7, 2007, s.62

³¹ ŞEN, s. 18

³² ÖZCAN, Mehmet, Türk Ceza Kanunu 301. Madde ve Avrupa Birliği'nin 301'leri, 2009, s.3
<http://www.usakgundem.com/makale/52/t%C3%BCrkcezakkanunu301maddeveavrupabirli%C4%9Fi%E2%80%99nin301%E2%80%99leri.html>, Erişim Tarihi: 11.10.2010

Hükümetin manevi şahsiyetini, devletin silahlı kuvvetlerini ve Adliyenin manevi şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif edenler” cezalandırılırdı. İzin verme yetkisi eğer tahkir ve tezyif hükümetin veya Adliyenin manevi şahsiyetine ve Cumhuriyete yönelik ise Adliye vekaletine, Türklüğü veya Büyük Millet Meclisine yönelik ise Büyük Millet Meclisi reisinin, devletin silahlı kuvvetlerine yönelik ise Milli Müdafaa vekaletidir. 2002 yılında yapılan değişiklikle söz konusu madde için öngörülen “bir yıldan altı yıla” kadar hapis cezası “bir yıldan üç yıla” kadar hapis cezası olarak değiştirilmiştir.³³ 01.06.2005 yılında çıkarılan 5237 sayılı TCK hükümlerinde soruşturma iznini verecek makam kaldırılmış 2008 yılında yapılan değişiklikle izin verme makamı Adalet Bakanı olarak eklenmiştir.

TCK 301. maddesinin değişiminde AB'ye üyelik süreci etkili olmuştur. Avrupa Konseyi ve AB Komisyonu temsilcileri hukukçuları ile TBMM'de yapılan bir toplantıda misafir hukukçular tarafından TCK 301. maddesinde yer alan “Türklük” gibi kavramların belirsizliği eleştirilmiş ve bu gibi kavramların somutlaştırılması, bu suçlara verilen cezaların azaltılması ve bu suçun soruşturulmasının da Adalet Bakanının iznine bağlanması istenmiştir. AB Dönem Başkanlığından yapılan açıklamada TCK 301. maddesinin değiştirilmesinin Türkiye'nin reform sürecine bağlılığını gösterdiği belirtilmiştir. İsveç Başbakanı Frerdik Reinfeldt ile 2008 yılında yapılan ortak bir basın toplantısında İsveç Başbakanı, TCK 301. madde ve düşünce özgürlüğünün Türkiye'nin önünde duran önemli konular olduğunu ifade etmiştir.³⁴

TCK 301. maddesinde yapılan 2008 yılındaki değişiklik ile “Türklük” kavramının yerini “Türk Milleti” kavramı almıştır. Bu değişikliğin sebebi olarak Türklük kavramının muğlaklığı öne sürülebilir. Korkut'a göre³⁵, “Türklük” ve benzeri ırka veya kültürel kimliğe dayalı bir değer başka bir ülkenin ceza kanunlarında korunmamaktadır. Bu kavramın Türk Milleti olarak değiştirilmesi halinde belki İtalyan Ceza Kanununda yer alan İtalyan Milletini korumaya yönelik hüküm örnek gösterilebilir.

³³ SANCAR, s.48

³⁴ DERDİMAN, R. Cengiz, “Türk Ceza Kanununun 301. Maddesindeki Değişikliğin Hukuki ve Siyasi Sonuçları”, *Ceza Hukuku Dergisi*, S.9, 2009, s. 12

³⁵ KORKUT, Levent, (2007), “İfade Özgürlüğü Çerçevesinde TCK'nın 301. Maddesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, S.1, s..32

Sancar'a göre³⁶, "Türklük" kavramı ile eğer soy ve kültür esasına dayalı bir koruma getirilmek isteniyorsa, o zaman ülkede bulunan tüm soy ve kültürlerin aynı şekilde korunmasının gerekliliği Anayasada yer alan eşitlik ilkesinin bir sonucudur. Aksi bir yaklaşım, "etnisist" veya "ırkçı" bir yaklaşım olabilir. Ceza kanunları ülkede bulunan herkesi eşit olarak korumak zorundadır. Baskıcı ve ayrılıkçı olmayan özgürlükçü ceza kanunlarının bu bilinçle yapılması gerekir. Aksi halde, toplumdaki çatışmaları önlemek adına var olan kanunlar bu çatışmaların tahrikçisi haline gelebilir.

Şen'e göre³⁷, TCK. 301. maddenin koruma altına aldığı "Türklük" kavramı, Türk Milletinin ortak değeri, ulus bilinci ve ülkenin ortak yararı olarak kabul edilmeli ve bir millet olmayı sağlayan bu değer güvence altında tutulmalıdır. Bu anlamda Türklük, sadece bir kelimeye sıkıştırılmamalı ve Türk Milleti olmayı sağlayan tüm değerler olarak benimsenmelidir.

Derdiman'a göre ise³⁸, "Türklük" kavramı yerine "Türk Milleti" kavramının getirilmiş olması olumsuz bir yaklaşımdır. Bu yaklaşıma göre eğer bir Alman, "pis Türkler" şeklinde bir söz söylese ve bunu Türkiye'de alenen ifade etmiş olsa bile Türk Milletini aşağılamak kastı olmadığı sürece artık suçun oluşmadığı ileri sürülebilecektir. Böylece "Türklük" kavramı her türlü hakaret karşısında korumadan mahrum kalabilir.

Derdiman'ın bu görüşü, "Türklük" kavramına ırkçı bir yaklaşım olduğu gerekçesi ile karşı çıkarılabilir. Ülkemizde değişik ırk veya kültürel yapıda olan insanlar vardır. Örneğin Türkiye'de yaşayan Türk kökenli olmayan bir vatandaşa etnik kökenine karşı yapılan bir hakaretin "Türklük" kavramında değerlendirilmesi tartışmalara yol açabilir. Hukuk devletinde bireylerin hepsi eşitlik ilkesi gereğince aynı korumayı hak etmekte ve devlette bu korumayı sağlamak zorundadır. Bu nedenle "Türklük" kavramı yerine "Türk Milleti" kavramının kullanılması yerinde bir düzenleme olarak görülebilir.

2008 yılında yapılan değişiklikten önce, "Cumhuriyet" kavramı yerini "Türkiye Cumhuriyeti Devleti" olarak düzenlenmiştir. Bu değişiklik de bir ilerleme olarak kabul edilebilir. "Cumhuriyet" kavramı soyut olarak

³⁶ SANCAR, s.86

³⁷ ŞEN, s.16

³⁸ DİRDİMAN, s.15

bir rejim biçimin ifade ettiğinden örneğin, demokrasi, sosyalizm gibi belirli bir yönetim biçimini aşağılayıcı ifadelerde bulunmak demokratik bir toplumda anlamsız bir şey kabul edilebilir. Ancak “Türkiye Cumhuriyeti Devleti” kavramı, “Cumhuriyet” kavramına göre daha somut bir kavram olmakla birlikte bu kavrama yönelik hakaret içeren ifadelerin genel olarak devletin yetki ve saygınlığını ortadan kaldırıcı nitelikte olduğu kabul edilir.³⁹

Son değişiklikle suçtan dolayı soruşturma yapılması Adalet Bakanı'nın iznine tabi tutulmuştur. Ancak Adalet Bakanı'nın siyasi bir kişilik olması nedeni ile böyle bir yetkinin yerindeliği tartışmalıdır. Verilecek veya verilmeyecek izin her zaman tartışmalara ve eleştirilere neden olabilir. Bu nedenle Adalet Bakanı'nın tamamıyla siyasi düşüncelerinden arınarak, her kesimin temsil edildiği özellikle akademik bir çevreden kurulu kişilerden oluşmuş bir bilirkişi kurulu oluşturularak söz konusu suçlarla ilgili bu kurulun düşüncelerinden faydalanması yerinde olacaktır.

Değişiklikten sonra cezai yaptırım azaltılmış ceza sınırı üç yıldan iki yıla çekilmiştir. TCK 301. maddesi kapsamına giren suçlarda ceza altı aydan iki yıla kadar hapis cezası olarak öngörülmüştür. Ceza yaptırımını azaltılmasının nedeni cezanın erteleme sınırları kapsamında kalmasının sağlanması ve verilecek cezaların ertelenmesinin önünün açılması olarak düşünülebilir.

2. TCK 301. Maddesinin Değişiminin Sonuçları

Yapılan değişiklikler ile birlikte TCK 301. maddesinin yapısı tamamıyla değişmiştir. Korunan değerlerdeki değişim çok tartışılmıştır. Ayrıca soruşturma iznini verecek olan makamın siyasi nitelikte olması eleştiri konusu olmuştur.

2006 ve 2007 yılının ilk üç ayında 14'ü çocuk olmak üzere 2724 kişi sanık olarak TCK 301. maddesi kapsamında yargılanmıştır.⁴⁰ Yapılan bu değişikliğin en önemli ve beklenen sonuçlarından biri de söz konusu madde nedeni ile soruşturulan kişilerin sayısında azalma olmasıdır. Çünkü söz konusu madde hakkında soruşturma yapılabilmesi Adalet

³⁹ ŞAHİN, s.418

⁴⁰

http://www.ihd.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=724:tck-301-maddetlekaldmal&catid=30:or-tak-baslamalar&Itemid=80, Erişim Tarihi: 15.11.2010

Bakanının iznine bağlı olduğundan izin verilmediği takdirde soruşturma yapılamayacaktır. Söz konusu madde değişikliğinden sonra, 01 Mayıs 2009 tarihinde Adalet Bakanı olan Sadullah Ergin tarafından içtihatlarla dayanılarak soruşturma izni istenilen olayların %98'ine soruşturma izni verilmediği de göz önünde tutulduğunda istenilen sonuç elde edilmiştir.⁴¹

“Türklük” kavramı yerine “Türk Milleti” kavramının getirilmiş olması sonucunda Türkiye’de farklı etnik köken ve kültüre sahip olan insanların köken ve kültürlerine yapılan saldırıları hukuki olarak savunacak bir altyapı sağlanmıştır. Derdiman’a göre⁴², değişiklikle birlikte “Türklük” yerine konulan “Türk Milleti” deyiminin bugünkü Türkiye Cumhuriyeti Devletini kapsadığı, Osmanlı Milletini kapsamadığı iddia olunabilecektir. Örneğin, Osmanlı’nın Ermenilere karşı sözde soykırım yaptığı ifadeleri Osmanlıyı katil durumuna düşürmesine rağmen bu ifadelerden daha ağır ifadelere karşı yaptırım uygulanamayacaktır. Derdiman’ın bu görüşüne, millet kavramına yüklenen ifadenin içeriği ile ilgili olarak karşı çıkılabilir. Teziç’e göre⁴³, millet kendisini oluşturan bireylerin toplamından farklı onların iradelerinden farklı üstün bir varlıktır. Millet belli bir dönemde yaşayanları değil geçmiş ve gelecek nesilleri kapsayan manevi bir varlıktır. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere Türk Milleti kavramı geçmiş nesilleri kapsadığı için Osmanlıya yapılan bir aşığılama TCK 301. maddesi kapsamında değerlendirilebilir.

“Cumhuriyet” kavramının değiştirilerek “Türkiye Cumhuriyeti Devleti” kavramının madde de yer alması Cumhuriyetin niteliklerine yapılan bir saldırıyı korumasız hale getirdiği öne sürülebilir. Ancak bu uygulamaya ilişkin bir problemdir. Uygulayıcı olan hâkimler ve cumhuriyet savcılarının bu hususları değerlendirerek yorum yolu ile söz konusu niteliklere yapılan saldırıyı TCK 301. maddesinin kapsamında değerlendirmesi uygun olacaktır.

Söz konusu değişiklik ile cezaların indirilmesi sonucunda maddenin cezai yaptırımının üst sınırı iki yıla indirilmiştir. Böylece maddeden dolayı üst sınır iki yıl olduğu için TCK’da yer alan erteleme ve Ceza Muhakemesi Kanunu’nda (CMK) yer alan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumlarının işletilmesine olanak sağlanmıştır.

⁴¹ <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/17204662.asp?gid=373>, Erişim Tarihi:07.03.2011

⁴² DERRİMAN, s.18

⁴³ TEZİÇ, Erdoğan, (1997), *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)*, Beta Basım, Yayın ve Dağıtım, İstanbul, 1997, s.94

SONUÇ

Ülkemizde özellikle siyasiler başta olmak üzere devletin çeşitli kademesinde bulunan yöneticiler, değişen ve gelişen dünyada kişi hak ve özgürlüklerinin artık temel alındığının farkına varmıştır. Bu algılayış özellikle AB'ye uyum sürecinde kendini göstermektedir. AB'ye tam üyelik için gerekli olan hukuki kriterlerden düşünce ve ifade özgürlüğünü kısıtlayıcı olan mevzuat hükümlerinin uyumlu hale getirilmesi için gerekli olan çalışmalar yapılmakla birlikte bu alanda en önemli değişikliklerden biri TCK 301. maddesinde yapılan değişiklik olmuştur.

Türkiye'de düşünce ve ifade özgürlüğü kapsamında, özellikle AB'ye uyum sürecinde önemli gelişmeler sağlanmış olup bu gelişim sürecinin devam etmesi arzulan bir sonuçtur. TCK 301. maddesinde yapılan değişikliklerin de AB'ye üyelik sürecine olumlu katkısı olmuştur. AB ilerleme raporlarında özellikle 2005 yılından itibaren 301. maddenin ifade özgürlüğünü sınırlayıcı etkisi üzerinde durulmaktaydı. Yapılan değişikliklerle birlikte TCK 301. madde kapsamında yargılanma istisna haline gelmiştir. Ancak buna rağmen, 2010 tarihli rapor da dahil olmak üzere TCK m.301'e yönelik eleştiriler devam etmektedir.

306

TCK 301. maddesinin 2008 yılındaki değişimi ile Türkiye'de özellikle farklı ırk ve kültürel kimliğe sahip bireylerin haklarının korunmasında önemli bir adım atılmıştır. AB'ye üye ülkelerin çoğunda 301. madde benzeri düzenlemeler vardır. Demokratik ve hukuk devleti olarak kendilerini gören devletlerde bile 301. madde benzeri düzenlemeler olduğuna göre söz konusu maddenin tamamıyla ortadan kaldırılması uygun görülmemelidir. Çünkü söz konusu kurum ve değerlere yapılan eleştiri sınırları dışına çıkan aşağılayıcı ifadeler toplumun tüm kesiminde onarılamaz yaralar açabilir.

Düşünce ve ifade özgürlüğünün güvence altına alınmadığı ülkelerde ne demokrasiden nede özgür bir ülkeden bahsedilebilir. Düşünce ve ifade özgürlüğünü kısıtlayıcı sayılabilecek maddelerin yorumlanması konusunda ülkemizde hâkimlere ve cumhuriyet savcılarında büyük görev düşmektedir. TCK 301. maddesi ile ilgili olarak birçok yazar ve gazeteciye dava açılmış ve açılan bu davalar sonucunda bir kısım yazar ve gazeteciye TCK 301. maddesini ihlal ettikleri gerekçesi ile ceza verilmiştir. Türkiye'de özellikle düşünce ve ifade özgürlüğünü kısıtlayıcı olarak görülen TCK 301. maddesinin uygulanmasında uluslar arası metinler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları yol gösterici

olmalıdır. Adaleti sağlamakla görevli olan hâkimlerin ve cumhuriyet savcılarının, mesleklerinin gereği olan tarafsızlıklarını koruyarak ve vicdani kanaatlerine göre kararlarını verirken düşünce ve ifade özgürlüğünü kısıtlayıcı yorumlardan kaçınmaları halinde TCK 301. maddesine karşı yapılan eleştirilerin çoğu ortadan kalkacaktır.

KAYNAKÇA

ARTUK, Mehmet Emin, “Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama Suçu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 70, 2007, s.214-243.

CAN, Osman, “ “Kutsallar” ve Düşünce Özgürlüğü – TCK 301. Madde”, *Ceza Hukuku Dergisi*”, S.5, s.319-336.

DERDİMAN, R. Cengiz, “Türk Ceza Kanununun 301. Maddesindeki Değişikliğin Hukuki ve Siyasi Sonuçları”, *Ceza Hukuku Dergisi*, S.9, 2009, s.7-23.

GELGÖR, Burhan, “Basın Özgürlüğü”, *Adalet Dergisi*-26. Sayı, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, 2006.

GÜNDAY, Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2002.

HATEMİ, Hüseyin, Düşünce Özgürlüğünün İlahi-Tabii Hukuk’ta Temellendirilmesi ve Kavramsal Sınırları, Hayrettin Ökçesiz (Der), , *Düşünce Özgürlüğü*, AFA Yayıncılık, Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arşivi Yayınları 3, İstanbul, 1998, s. 107-114.

İNAM, Ahmet, “Düşünce Özgürlüğünden Özgür ve Özgürleştirici Düşünceye..”, Hayrettin Ökçesiz (Der), *Düşünce Özgürlüğü*, AFA Yayıncılık, Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arşivi Yayınları 3, İstanbul, 1998, s. 37-46.

KAZAN, Turgut, İfade Özgürlüğü ve Terörle Mücadele Yasası, Tarihlendirme:2002, <http://www.tchd.org.tr/MenuContent.aspx?id=140>, Erişim Tarihi:28.03.2011.

KLENNER, Herman, İfade Özgürlüğünün Tarihi ve Sorunları Üzerine, Çev: (Nihat Ünler), Hayrettin Ökçesiz (Der), *Düşünce Özgürlüğü*, AFA Yayıncılık, Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arşivi Yayınları 3, İstanbul, 1998, s. 97-106.

KORKUT, Levent, “İfade Özgürlüğü Çerçevesinde TCK’nın 301. Maddesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, S.1, 2007, s. 22-34.

ÖKÇESİZ, Hayrettin, Özgür Düşünmenin Hukuk ve Devlet Felsefesi, Hayrettin Ökçesiz (Der), *Düşünce Özgürlüğü*, AFA Yayıncılık, Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arşivi Yayınları 3, İstanbul, 1998, s. 115-126.

ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998.

ÖZCAN, Mehmet, 301. Madde Değişikliği ve Türkiye-AB İlişkilerine Etkisi, Tarihlendirme:2008, <http://www.usak.org.tr/makale.asp?id=724>, Erişim Tarihi: 11.10.2010.

ÖZCAN, Mehmet, Türk Ceza Kanunu 301. Madde ve Avrupa Birliği'nin 301'leri, 2009,

<http://www.usakgundem.com/makale/52/t%C3%BCrkcezakanunu301maddeveavrupabirli%C4%9Fi%E2%80%99nin301%E2%80%99leri.html>, Erişim Tarihi:11.10.2010.

ÖZKORKUT, Nevin Ünal, “Basın Özgürlüğü ve Osmanlı Devletindeki Görünümü”, Ankara Üniversitesi Dergisi, 2002, s.66-84, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/285/2604.pdf>, Erişim Tarihi: 08.12.2010.

PARLAR, Ali, M. HATİPOĞLU, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2.cilt, Yayın Matbaacılık, Ankara, 2007.

SANCAR, Türkan Yalçın, *Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006

ŞAHİN, Kemal, *İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü Gerekçeleri ve Sınırları*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2009.

ŞEN, Ersan, “Türk Ceza Kanunu m. 301”, *Ceza Hukuku Dergisi*, S.3, 2007, s.7-22.

308 TEZİÇ, Erdoğan, *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)*, İstanbul: Beta Basım, Yayın ve Dağıtım, İstanbul, 1997.

YALVAÇ, Gürsel, *Karşılaştırmalı-Gerekçeli TCK-CMK-CGTİK ve İlgili Kanunlar ve Yönetmelikler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2005.

YAPICI, Havvana, “Avrupa Ceza Kanunlarında Yer Alan Devletin Kurum, Organ, Değer ve Sembollerine Karşı Suçlar Bağlamında Türk Ceza Kanunu'nun 301. Maddesi”, *Yasama Dergisi*, S.7, 2007, s.41-76.

YUCA, Nezahat, Türk Ceza Kanunu 301. Madde ve AB Uygulamaları, Türkiye Büyük Millet Meclisi Araştırma Merkezi Müdürlüğü, Bilgi Notu, Ankara, 2008.

<http://www.tbmm.gov.tr>.

<http://www.ihd.org.tr>.

<http://www.mevzuat.gov.tr>.

<http://tdkterim.gov.tr>.

<http://www.hurriyet.com.tr>.