

T.C.
YARGITAY
SEKİZİNCİ CEZA DAİRESİ

Esas : 2019/10194
Karar : 2019/11813
Tarih : 03.10.2019

MAHKEMESİ :Asliye Ceza Mahkemesi

SUÇ : Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama

HÜKÜM : Mahkumiyet

Gereği görüşülüp düşünüldü:

) Katılan ...'in temyiz talebinin incelenmesinde;

Sanığın üzerine atılı suçtan doğrudan zarar görmeyen şikayetçinin davaya katılma hakkı bulunmadığı ve mahkeme tarafından da katılma kararı verilmiş olmasının hükmü temyiz hakkı vermeyeceği cihetle şikayetçinin temyiz isteminin 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi uyarınca uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK.nın 317. maddesi gereğince REDDİNE,

) Cumhuriyet Savcısının ve sanık müdafinin temyiz taleplerinin incelenmesinde ise;

TCK'nın 61/5. madde ve fıkrası gereğince sanık hakkında TCK'nın 216/3. madde ve fıkrası uyarınca temel ceza belirlendikten sonra TCK'nın 43. maddesi artırımının TCK'nın 218. maddesinden sonra uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi sonuç ceza değişmediğinden bozma nedeni yapılmamıştır.

Sanık hakkında halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılamak suçundan mahkemece verilen mahkumiyet hükmü usul ve yasaya uygundur.

Şöyle ki; sanık kendi blogundaki yazısında islam peygamberini küçültücü ve aşağılayıcı bir şekilde örnek vermiş daha sonra bu yazısına hem kendi blogunda hem de kamuoyunda ciddi bir tepki oluşmuştur.

AİHS 10/1. maddesinde "Herkes ifade özgürlüğüne sahiptir." 2. fıkrasında da "görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ... kamu düzeninin sağlanması, ... başkalarının şöhret ve haklarının korunması ... için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir." hükmüne yer verilmiştir.

AİHM'e göre;

İfade özgürlüğü toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturur.

İfade özgürlüğü, 10. maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen "haber" ve "düşünceler" için değil, ama ayrıca devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz. Bu demektir ki, başka şeyler bir yana, bu alanda getirilen her "formalite", "koşul", "yasak" ve "ceza", izlenen meşru amaçla orantılı olmalıdır.

Diğer yandan, ifade özgürlüğünü kullanan herkes, kendi durumu ve kullandığı teknik araçlar tarafından alanı belirlenen "ödev ve sorumluluklar" yükümlenir. Mahkeme, bu davada olduğu gibi, demokratik bir

toplumda gerekli olan yasakların ve cezaların ahlakın korunmasına yardımcı olup olmadıklarını araştırırken, kişilerin bu tür ödevlerinin ve sorumluluklarının bulunduğunu görmezlikten gelemeyiz. (AİHM – Handyside - Birleşik Krallık Kararı, 07.12.1976)

Olayımızda sanık, kamu oyununda infiale yol açabilecek tarzda, İslam Peygamberi Hz. Muhammet (sav.) hakkında kamuya açık bir şekilde dini toplumda saygınlığını aşağılayacak şekilde ifadeler kullanmıştır. Bu ifadelerle sanık Hazreti Muhammet (sav.) itibarsızlaştırmayı hedeflemiş İslam Peygamberinin saygı ve hayranlık duyulan kişi olmaktan çıkarmayı amaçlar şekilde kullanmıştır. Bu durum İslam dinine inananlar bakımından haklı bir öfke uyandırmıştır. Nitekim sanığın blogunda bir çok kişinin sanığa karşı ifade ettiği gibi kamuoyunda ve basın yayın organlarında sanığa karşı bir öfke oluşmuştur.

AİHM'e göre, dinsel görüşler ve inançlar söz konusu olduğunda, kamusal bir tartışmaya hiçbir katkısı olmayan başkaları için ucuz saldırı olarak görülebilecek ifadelerden kaçınmak gereklidir.

AİHS 9. maddede garanti altına alınan düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, inananların dini inançlarına saygı hususu, dinen kutsal sayılan nesnelere kışkırtıcı biçimde temsil edilmesi dolayısıyla ihlal edilmiş görülebilir. Bu tür kışkırtıcı temsiller demokratik toplumun bir unsuru da olması gereken hoşgörü ruhunun kötü niyetli biçimde ihlali olarak görülebilir. Sözleşmenin bir bütün olarak ele alınması ve böylelikle 10. maddenin uygulanması ve yorumunun, sözleşmenin mantığıyla uyumlu olması gerekir. (Otto Preminger Enstitute – Avusturya Kararı, 20.09.1994)

Yine AİHM'e göre din ve inanç özgürlüğü söz konusu olduğunda başkalarına zarar verecek nitelikteki söylemlerden ve saygısızlık edecek davranışlardan kaçınılması gerekir. (İ. D – Türkiye Davası – 13.12.2005)

AİHM kriterlerine göre sanığın yazısında ve blogundaki diğer ifadelerinin ifade özgürlüğü kapsamında kalıp kalmadığı noktasında değerlendirmek gerekirse; mahkeme bir ifadenin ifade özgürlüğü kapsamında kalıp kalmadığına ilişkin üç aşamalı

bir kriter tabii tutmaktadır. İlk olarak; ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin yasal dayanağının meşru bir amacının olması gerekir. Nitekim 5237 sayılı TCK'nın sanığın cezalandırıldığı 216/3. maddesi cezalandırmanın yasal dayanağıdır.

olarak meşru amaç da başkalarının şöhret ve haklarının korunması ile dini barışı ve dini duyguları koruyarak kamu düzensizliğini önlemedir. Bu amaçlar da olayımızda söz konusudur.

olarak sınırlamanın demokratik toplumda gerekli ve orantılı olması gerekir. Nitekim olayımızda yapılan sınırlama demokratik toplumda gerekli ve orantılıdır.

Sonuç itibarıyla yerel mahkeme ifade özgürlüğü hakkı ile dini barışın korunması arasındaki dengeyi gözetmiş konu ile ilgili ve yeterli gerekçeler ortaya koyarak takdir yetkisinin sınırlarını aşmamıştır. Nitekim AİHM'in (E.S. Avusturya – 25.10.2018) tarihli kararı da benzer niteliktedir.

5237 sayılı TCK'nın 216/3. maddesinde "fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması unsuru yer almaktadır." Kamu barışı kavramı soyut bir kavram olup bu soyut kavrama verilecek zararın somut biçimde ortaya konulması mümkün değildir. (Dr. Haluk Toroslu, Kamu Barışına Karşı Suçlar Bakımından Tahrik Kavramı - S. 1203)

Nitekim bu suçlar zarar suçları niteliğinde olmayıp tehlike suçlarıdır. Dolayısıyla kamu barışının bozulma ihtimali suçun işlenmesi için yeterlidir. Bu unsurun gerçekleşmesi için kamu barışını bozmak için açık ve yetkin bir tehlike olması gerekmez. Nitekim AİHM E.S – Avusturya Kararı'nda ulusal yetkili makamların kendi ülkelerinde dini barışı hangi ifadelerin bozabileceğini değerlendirmek için daha iyi bir konumda olduklarını ve bu anlamda geniş bir takdir yetkisine sahip olduklarını ifade etmiştir.

Bu itibarla; bozmaya uyularak yapılan yargılamaya, dosya içeriğine, toplanıp karar yerinde gösterilen ve değerlendirilen delillere, oluşa ve mahkemenin soruşturma sonucunda oluşan inanç ve takdirine, suçun oluşumuna ve niteliğine uygun kabul ve uygulamasına, hukuka uygun, yasal ve yeterli olarak açıklanan gerekçeye göre, Cumhuriyet Savcısının cezanın eksik tayin edildiğine, sanık müdafinin suçun unsurlarının oluşmadığına yönelik temyiz itirazları yerinde görülmediğinden reddiyle hükmün ONANMASINA, 03.10.2019 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

Sanığın 20.09.2012 tarihinde kendisine ait ancak herkese açık olan internet hesabında nefret suçlarıyla ilgili yazmış olduğu yazının bir bölümünde "...buna karşılık bundan yüzlerce yıl önce Allah'la kontak kurduğunu iddia edip bundan siyasi, mali ve cinsel menfaat temin etmiş bir Arap lideriyle dalga geçmek nefret suçu değildir. İfade özgürlüğü denilen şeyin, adeta anaokulu seviyesindeki bir test örneğidir..." ifâdelerine yer vermiş, bu nedenle hakkında yapılan yargılama sonunda TCK'nın 216/3. maddesi uyarınca cezalandırılmasına karar verilmiştir.

Dairemizce yapılan temyiz incelemesi sırasında sayın çoğunluk gerekçeli kararında belirttiği üzere bu ifadelerinin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemeyeceği cihetle sanığın cezalandırılması gerektiği sonucuna varmıştır. Ancak inceleme konusu olan olayda, TCK'nın 216/3. maddesinde düzenlenen objektif cezalandırma şartının gerçekleşmediği kanaatiyle sayın çoğunluğun görüşüne katılmak mümkün olmamıştır. Şöyle ki;

Bir bütün olarak dava konusu yazı incelendiğinde sayın çoğunluğun kararında vurgulandığı üzere İslam dininin peygamberinin aşağılanmakta olduğu açıktır. Bu haliyle "dini değerleri aşağılama" suçunun unsurlarını oluşturan ifadelerin, AİHM'nin İ.A./ Türkiye Davası (2. Daire 13 Eylül 2005) ve E.S./Avusturya Davasında (5. Daire 25 Ekim 2018) belirtildiği gibi toplumdaki dini değerlerdeki hassasiyetler nazara alındığında sözleşmenin 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğü sınırları içinde değerlendirilmesi mümkün değildir.

İfade özgürlüğü hem birey açısından hem de toplum açısından hayati öneme sahip olan bir temel haktır. Bireyin ve toplumun gelişimi ve dönüşümü bu hakkın özgürce kullanılmasına bağlıdır. Bunun yanında devletlerin demokratik yönden ilerlemesi, hukuk devleti ilkelerinin tam anlamıyla hayata geçirilmesi, hukuki standartların yükseltilmesi ile bu hakkın kullanımı arasında doğrudan bağlantı vardır. (Hüseyin Göktepe, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Nefret Söylemi ve Dine Hakaret, TAA Dergisi, 2016/25, sh. 29)

Dine hakaret kavramı, taşıdığı bütün belirsizlik ve tehlikelere rağmen günümüzde ulusal ve uluslararası hukukta önemli bir düzenleme alanı oluşturmakta ve ifade özgürlüğünün doğal sınırını çizmektedir.

AİHM'nin içtihatlarında defalarca da vurgulandığı gibi müdahalenin yasayla öngörülmesi, meşru amaçlar taşıması ve müdahalenin demokratik bir toplum için gereklilik oluşturması gerekmektedir. Bu davadaki sorun müdahalenin "yasal dayanağındadır".

AİHM'nin E.S./Avusturya Davasında; müdahalenin yasal dayanağının Avusturya Ceza Kanunu'nun 188. maddesi. "Her kim, davranışının haklı bir şekilde öfkeye yol açması muhtemel durumlarda, ülke içinde kurulan bir kilisenin veya dini cemaatin yüceltilmesinin bir nesnesi veya bir dogması olan bir nesneye, bu tür bir kilisenin veya bir dini cemaatin yasalara uygun adetlerine veya yasal kurumlarına, veya bir mensubuna alenen hakaret eder veya küçük düşürürse altı aya kadar hapis veya üç yüz altmış güne kadar bir süre para cezasına çarptırılabilir." şeklindedir.

Bu maddeye göre aşağılama eyleminin kişilerde öfke oluşturabilecek nitelikte olması ve aleniyet arzemesi cezalandırma için yeterlidir.

İ.A./Türkiye Davasında ise; yasal dayanak 765 sayılı TCK.nın 175/3-4. maddesi olup,

"Allah'a veya dinlerden veya bu dinlerin peygamberlerinden veya kutsal kitaplarından veya mezheplerinden birine hakaret eden veya bir kimseyi dini inançlarından veya mensup olduğu dinin emirlerini yerine getirmesinden veya yasaklarından kaçınmasından dolayı kınayan veya tezyif veya tahkir eden veya alaya alan kimseye altı aydan bir yıla kadar hapis ve beş bin liradan yirmi beş bin liraya kadar ağır para cezası verilir.

Üçüncü fıkrada yazılı suçlar, basın ve yayın yoluyla işlenirse ceza bir misli artırılarak hükmolunur." şeklindedir.

Görüldüğü gibi her iki düzenlemede de özetle dini değerleri alenen aşağılama, suçun oluşması için yeterlidir. Basın yayın yoluyla işlenmesi, cezanın arttırılma sebebidir.

İnceleme konusu fiil için uygulanan TCK.nın 216/3 maddesine göre; "Halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

Maddede açıklandığı ve doktrinde de belirtildiği gibi bu suçun oluşması için birinci şart "dini değerleri aşağılamanın" bulunması, ikinci şart ise bu aşağılama fiilinin "alenen gerçekleşmesi," ayrıca objektif cezalandırma şartı olarak eylemin "kamu barışını bozmaya elverişli" olması gerekir.

Aleniyetin, (herkesin veya birçok kimsenin okuyup görmesiyle değil, okuyup görebilmesi mümkün ve muhtemel olan yerlerde fiilen işlenmesiyle gerçekleşeceği" Yargıtay uygulamalarında kabul edilmiştir. (CGK 15.03.2015, 2014/8-201 E, 2015/33 K.)

Yazının yayımlandığı internet üzerinden paylaşım sağlayan sosyal ağ, kişi kendisi sınırlandırmadıkça internet kullanıcıları tarafından yazıların herkesçe görülebilmesine ve okunabilmesine imkan vermektedir. TCK.nın 6. madde (g) bendine göre; "Basın ve yayın yoluyla deyiminden; her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim araçlarıyla yapılan yayınlar" anlaşılır denilmekle internet üzerinden yayınlanan yazıların basın ve yayın yoluyla işlendiği kabul edilmiştir. Müşteki de sanığın takipçisi olmadıkları halde yazdığı yazıları öğrenip şikayette bulduklarına göre, sosyal medya üzerinden yapılan yayınların aleni olduğunda bir kuşku bulunmamaktadır.

Yasal dayanakta, yani mevzuatımızda, bu suçun oluşması için her ne kadar AİHS'nin 10. maddesinde AİHM'nin içtihatlarındaki standartlar yönünden gerekli olmasa da, ayrıca "kamu barışını bozmaya elverişlilik" şartı getirilmiştir.

Bu nedenle, bu davada incelenmesi gereken sanığın fiilinin "kamu barışını bozmaya elverişli" nitelikte olup olmadığıdır.

TCK.nın 216/3. maddesinde düzenlenen suç, somut bir tehlike suçu olup "somut tehlike suçlarında, suçun kanuni tarifinde belirlenen fiilin icra edilmesinin yanı sıra bu fiilin suçun konusu bakımından somut bir tehlike meydana getirip getirmediğinin yani gerçekten bir tehlikeye sebebiyet verip vermediğinin hakim tarafından araştırılıp tespit edilmesi gerekir. Ayrıca gerçekten somut tehlike ile ilgili failin icra ettiği fiil arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir. (İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 8. Basım, sh. 209)

Somut tehlike suçu olarak karşımıza çıkan bu suçta; somut tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediği belirlenirken, kişinin tahrik oluşturabilecek nitelikteki söz ve davranışlarının neden olduğu tehlike durumuna bakılması gerekmektedir. Kullanılan ifadeler dolayısıyla bu tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediği, buna ilişkin somut dayanak noktaları gösterilmek suretiyle belirlenecektir. Bu kapsamda,

kişinin söz ve davranışlarının kamu güvenliğini bozma açısından açık ve yakın bir tehlike oluşturup oluşturmadığı tespit edilmelidir. Zikredilen açık ve yakın tehlike kriteri bağlamında, ifadeler ile ortaya çıkan tehlikenin varlığının somut olarak saptanması ve bunun yanında, bu tehlikeden kaynaklanan zararın ortaya çıkması durumunun, derhal önlem alınmadığı takdirde neredeyse kesin olması şeklinde güncelliğinin de ortaya konulması gerekmektedir. Kamu güvenliği için açık ve yakın tehlikenin nedeni, mutlak suretle kişinin tahrike yönelik bu hareketleri olmalıdır. Burada sınırlandırılması amaçlanan, salt düşüncenin ifade edilmesinden öte, bunun, kamu güvenliği açısından açık ve yakın şekilde, zarar neticesi ortaya çıkaracak bir fiile ilişkin tehlikeye sebebiyet verebilecek olmasıdır. (Aykut Ersan, Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama, TBB Dergisi, 2014/111, sh. 83)

Somut tehlike suçu olduğu için fiilin ne şekilde kamu barışını bozmaya elverişli olduğunun tartışılması gerekmektedir. Somut olayda fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olup olmadığını hakim takdir etmelidir. Kamu barışını bozmaya elverişli olmak eylemin bireylerin taşıdıkları barış esasına dayalı bir hukuk toplumunda yaşadıklarına dair duygunun zedelenmesi veya zedelenme ihtimalinin somut biçimde ortaya konulması olarak tanımlanmakta olup, fiil nedeniyle toplum kesimler arasında oluşmuş ve ortaya çıkan bir infial, herhangi bir taşkınlık saptanmamıştır ve kamu barışını bozan herhangi bir somut olgu da meydana gelmemiştir. Sanığın eylemine karşı sosyal ve yazılı medyada bazı tartışmaların yaşanmasının kamu barışını bozmaya elverişli olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Bir konunun medyada tartışılmasını kamu barışını bozmaya elverişli kabul etmek, toplumun bilgi sahibi olmasını ve ilerlemesini sağlayan her tartışmayı suç haline getirmek demektir. Bu nedenle sanığın eyleminde yasada sanığın cezalandırılması için aranan kamu barışını bozmaya elverişlilik şartı gerçekleşmemiştir.

TCK'nın 216/3. maddesinde düzenlenen dini değerleri aşağılama fiilinin kamu barışını bozmaya elverişli olması şeklinde vurgulanan ve bu nedenle somut tehlike suçu olarak kabul ettiğimiz bu suç tipinde söz konusu somut tehlikenin "objektif

cezalandırma koşulu olarak" kabulü gerekir. (Koca, Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 5. Basım, Ankara, sh. 148, Mehmet Emin Artuk/ Mehmet Emin Alşahin, Dini Değerleri Aşağılama Suçu TCK m.216/3, Dergipark sh. 996 Dergipark.org.tr)

Sonuç olarak; sanığın kendisine ait bir sosyal paylaşım sitesinde yazdığı yazılarla halkın benimsediği dini değerlerin alenen aşağılandığı, ve bu yazıların ifade özgürlüğü kapsamında kalmadığı, ancak yazıların kamu barışını bozmaya elverişli nitelikte olmadığı, bu nedenle suçun objektif cezalandırma koşulunun oluşmaması nedeniyle sanığın cezalandırılmasının bu yasal düzenleme karşısında mümkün olmadığı kanaatinde olduğumdan sayın çoğunluğun kararına ve gerekçesine katılmıyorum. 03.10.2019