

TCK 301. MADDE

Kamil Tekin SÜREK*

TCK 301. maddesinin ünü neredeyse eskilerin TCK 141. ve 142. maddelerinin ününü aştı. AB'ye uyum sürecinde 765 sayılı TCK' nun 159. maddesi yerine 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren yeni 5237 sayılı TCK'nın 301/1. maddesi esas olarak Orhan Pamuk, Hrant Dink, Elif Şafak, Perihan Mağden vd. bu maddeyi ihlal ettikleri gerekçesi ile gündeme geldi. 301. maddenin eleştirisine geçmeden önce, önceli 159. maddeye kısaca bir göz atmakta yarar var.

1926 yılında yürürlüğe giren 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, İtalya'da 1930 yılında kabul edilen yeni ceza kanununa göre tadil edilmiştir. TCK'ya faşist Mussolini'nin ceza kanunu ilham vermiştir.

159. madde TCK'nın ikinci kitabının Devletin Şahsiyetine Karşı Cürümler bölümünün ikinci faslında yer alan Devlet Kuvvetleri Aleyhinde Cürümler kısmındadır.

765 sayılı TCK'nın 159. maddesi şöyledir. "Türklüğü, Cumhuriyeti, Büyük Millet Meclisini, Hükümetin manevi şahsiyetini, Bakanlıkları, Devletin askerî veya emniyet muhafaza kuvvetlerini veya Adliyenin manevi şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif edenler bir seneden altı seneye kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılır (Bu fıkradan yargılananlar Ağır Ceza Mahkemesinde yargılanır).

Birinci fıkrada beyan olunan cürümlerin irtikâbında muhatap sarahaten zikredilmemiş olsa bile onlara matufiyetinde tereddüt edilmeyecek derecede karine-ler varsa tecavüz sarahaten vukubulmuş addolunur.

Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına veya Büyük Millet Meclisi Kararlarına alenen sövenler 15 günden 6 aya kadar hapis ve 100 liradan 500 liraya (para cezaları daha sonra güncellenmiştir) kadar ağır para cezası ile cezalandırılır (Bu fıkradan yargılananlar Asliye Ceza Mahkemelerinde yargılanır).

* Avukat

Türklüğü tahkir yabancı memlekette bir Türk tarafından işlenirse verilecek ceza üçte birden yarıya kadar artırılır.”

159. madde neredeyse 80 yıla yakın yürürlükte kalmış ve bu maddeyi ihlal suçundan on binlerce insan mahkum edilmiştir. Yargılananlar ise, daha çok, güvenlik görevlilerinin işkence ve kötü muamele uygulamalarını eleştiren ilerici, demokrat aydınlar ve bu konularda haber ve yorum yayınlayan gazeteciler olmuştur.

TCK 159. maddenin birinci fıkrasında belirtilen fiiller hakkında soruşturma yapılması 160. maddenin ikinci fıkrasına göre Adalet Bakanı'nın iznine bağlıdır. Adalet Bakanı'ndan izin alarak soruşturma yapılması olumlu bir durum gibi görüle de, 159. maddenin yürürlükte kaldığı yıllar boyunca gelmiş geçmiş bütün Adalet bakanları savcılardan gelen soruşturma izni taleplerinin hemen hemen hepsine olumlu yanıt vermişlerdir.

Son yıllarda ifade özgürlüğü ve basın özgürlüğü alanlarında sürdürülen yoğun mücadelenin sonucu, 159. madde üzerinde çeşitli değişiklikler yapılmıştır.

İlk değişiklik, 06.02.2002 tarih ve 4744 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile yapılmıştır. Buna göre "1.3.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 159'uncu maddesinin birinci fıkrasında yer alan 'bir seneden altı seneye kadar ağır hapis' ibaresi 'bir seneden üç seneye kadar hapis' olarak, üçüncü fıkrasında yer alan '15 günden 6 aya kadar hapis ve 100 liradan 500 liraya kadar ağır para' ibaresi '15 günden 6 aya kadar hapis' olarak değiştirilmiştir." Bu değişiklikte, görüleceği gibi, özgürlüklerin genişlemesi açısından bir yenilik yoktur. Birinci fıkradaki suçun cezasının üst sınırı altı seneden üç seneye indirilmiştir. Cezalar genellikle alt sınırdan verildiğinden ve alt sınırdan bir değişiklik olmadığından, bu suça verilen hapis cezası değişmemiştir. Fakat, üst sınırın altı seneden üç seneye indirilmesi ile, birinci fıkradaki suçu işlediği gerekçesi ile yargılananlar artık Ağır Ceza Mahkemesi yerine Asliye Ceza Mahkemesinde yargılanmaya başlanmıştır. Böylece, hem yoğun iş yüküne sahip olan ağır ceza mahkemelerinin yükü hafifletilmiş, hem de, iç ve dış kamuoyuna "Türkiye'de insanlar düşüncelerinden ötürü Ağır Ceza Mahkemelerinde yargılanıyor" ithamından kurtulunmuştur.

İkinci değişiklik, birinci değişiklikten altı ay sonra yapılmıştır. 03.08.2002 tarihli 4771 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile "Türk Ceza Kanununun 159'uncu maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

Birinci fıkrada sayılan organları veya kurumları tahkir ve tezyif kastı bulunmaksızın, sadece eleştirmek maksadıyla yapılan yazılı, sözlü veya görüntülü dü-

şünce açıklamaları cezayı gerektirmez." Bu değişiklik de esaslı bir değişiklik sayılmaz. Çünkü, ceza hukukunda zaten suçta kast aranır. Bu değişiklik yapılmasa da, hakim fiilin tahkir ve tezyif kastı ile değil de eleştiri kastı ile yapıldığına kanaat getirmişse mahkumiyet kararı vermez. Bu değişikliğin de amacı, iç ve dış kamuoyu tarafından eleştiri dozu iyice artan 159. maddenin yumuşatıldığı izlenimi vermektir.

Yapılan iki değişiklikle, kimseyi kandıramayanlar bir değişiklik daha yapmak zorunda kaldı. 30.07.2003 tarihli 4963 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile yapılan değişiklikle "1.3.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 159'uncu maddesinin birinci fıkrasında yer alan 'bir seneden' ibaresi 'altı aydan' şeklinde ve son fıkrası da aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Tahkir, tezyif ve sövme kastı bulunmaksızın, sadece eleştirmek maksadıyla yapılan düşünce açıklamaları cezayı gerektirmez." denilmiştir. Bu değişiklik ile hapis cezası bir seneden altı aya indirilmiştir.

Sonuç olarak, yürürlükten kaldırılmadan önceki 765 sayılı TCK'nın 159. maddesi:

"(Değişik: 235 - 5.1.1961) Türklüğü, Cumhuriyeti, Büyük Millet Meclisini, Hükümetin manevi şahsiyetini, Bakanlıkları, Devletin askerî veya emniyet muhafaza kuvvetlerini veya Adliyenin manevi şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif edenler (Değişik ibare: 4744 - 6.2.2002 / m.1) "(Değişik ibare: 4963 - 30.7.2003 / m.1) "altı aydan" üç seneye kadar hapis" cezası ile cezalandırılırlar.

Birinci fıkrada beyan olunan cürümlerin irtikâbında muhatap sarahaten zikredilmemiş olsa bile onlara matufiyetinde tereddüt edilmeyecek derecede karine-ler varsa tecavüz sarahaten vukubulmuş addolunur.

Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına veya Büyük Millet Meclisi Kararlarına alenen sövenler (Değişik ibare: 4744 - 6.2.2002 / m.1) "15 günden 6 aya kadar hapis" cezası ile cezalandırılır.

Türklüğü tahkir yabancı memlekette bir Türk tarafından işlenirse verilecek ceza üçte birden yarıya kadar artırılır.

(Değişik son fıkra: 4963 - 30.7.2003 / m.1) Tahkir, tezyif ve sövme kastı bulunmaksızın, sadece eleştirmek maksadıyla yapılan düşünce açıklamaları cezayı gerektirmez." biçimindedir.

TCK 159. maddesinde yargılananlara 2005 yılına yaklaşıldığında Ermeni Tehciri konusunda görüşlerini açıklayan bazı aydınlar da eklenmiştir. AKP Hükümeti, Ermeni Sorunu konusunda dünya çapında iyice yalnızlaşan T.C. Hükümeti,

ti'ni bu yalnızlıktan kurtarmak amacıyla, Ermeni Sorunu'nun bilim insanları tarafından tartışılmasını savunmuş, fakat bu konuda resmi teze aykırı görüşler ileri süren aydınları da hakim karşısına çıkarmıştır.

Başta ifade ve basın özgürlüğü olmak üzere, özgürlük ve haklar konusunda propaganda edildiği gibi, birbiri peşi sıra çıkarılan "demokratikleşme paketleri" nin bir ilerleme sağlanamadığı genel kanısını değiştirmek için, AKP Hükümeti TCK'nın tümünden değiştirilmesi sırasında özgürlükleri kısıtlayan bütün yasa maddelerinin kaldırılacağını ilan etmiştir. AKP Hükümeti'nin vaatlerinin aksine yeni TCK tasarısının da, özgürlükler konusunda ilerleme sayılabilecek hükümler ihtiva etmediğini gören pek çok hukukçunun uyarı ve eleştirileri görmezden gelinmiş, yeni TCK'nın geri yanları örtbas edilmiş ve "Zina Tartışmaları" eşliğinde, medyanın büyük desteği ile yeni TCK yürürlüğe girmiştir.

5237 sayılı TCK'nın 301. maddesi kısa zaman sonra Orhan Pamuk Davası ile kamuoyunun gündemine gelmiştir. TCK'nın 301. maddesi şöyledir:

"Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin kurum ve organlarını aşağılama

MADDE 301. - (1) Türklüğü, Cumhuriyeti veya Türkiye Büyük Millet Meclisini alenen aşağılayan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini, Devletin yargı organlarını, askerî veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Türklüğü aşağılamanın yabancı bir ülkede bir Türk vatandaşı tarafından işlenmesi hâlinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır.

(4) Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz."

Görülebileceği üzere, 301. maddenin birinci ve ikinci fıkraları ile 159. maddenin birinci fıkrası ikiye bölünerek adeta tekrar edilmiştir. 159. maddenin zaten gereksiz olan ve uygulanmayan ikinci ve üçüncü fıkraları kaldırılmıştır. 159. maddenin dördüncü fıkrası 301. maddenin üçüncü fıkrasında aynen korunmuştur. 159. maddenin beşinci fıkrası ise 301. maddenin dördüncü fıkrası olarak tekrarlanmıştır.

Üstelik yeni TCK'da Adalet Bakanı izni de kaldırılarak, eski düzenlemenin gerisine gidilmiştir.

AKP Hükümeti'nin özgürlükler karşıtı tavrı 301. madde ile tartışmalı yargılamalarda iyice açığa çıkmıştır. 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu sıradaki fiili nedeniyle soruşturma başlatılmış ve 5237 sayılı TCK'nın 301. maddesini ihlal suçlaması ile yargılanan sanıkların (Bunlardan biri de Orhan Pamuk'tur) mahkumi-

yetini önlemek için bazı hukukçular şöyle bir savunma geliştirmiştir: Sanığın fiili 765 sayılı TCK'nın 159. maddesi yürürlükte iken söz konusu oldu, 765 sayılı yasa yürürlükte iken bu suçun ihlali için açılacak soruşturmalarda Adalet bakanı izni gerekli idi. 301. maddeden yargılanan bu sanıklar için Adalet Bakanı'ndan izin alınmaması, yargılamanın durdurulma nedenidir ve bu nedenle yargılama durdurulmalıdır. Basında da yürütülen bu tartışma ve 01. maddeden açılan davaların kamuoyu tarafından eleştirilmesi hakimlerin bu tezi benimsemesine neden oldu. Hakimler, böylece ifade özgürlüğüne düşman bir sistem suçlamalarından da bir süre kurtuluruz faydacılığını tercih ettiler. Peş peşe 301. madde yerine 159. maddenin uygulanması ve Adalet Bakanı'ndan izin alınması gerektiği üzerine kararlar verildi. Ve mahkemeler Adalet bakanlığından izin için Bakanlığa yazılar yazdılar. Adalet Bakanı Cemil Çiçek, istenilen izinleri vermeyerek davaları düşürme yerine davaların devam etmesi yönünde ısrar etti. Mahkemelerden gelen izinleri, yeni kanunun sanık lehine olduğunu, bu nedenle yeni kanunun uygulanması gerektiğini, yeni kanunda da izin şartı olmadığından bu konuda bir izin vermelerinin söz konusu olamayacağını belirtti.

Devam eden davalarda Adalet Bakanı'nın tutumuna rağmen mahkemeler "izin alınmadan dava açıldığı" gerekçesi ile davaları durdurdu. Peki, bu gelişme karşısında "özgürlükçü AKP Hükümeti" ve onun Adalet Bakanı ne yaptı? Mahkeme kararlarının "kanun yolu ile bozulması" (Temyiz gibi, ama sadece, verilen kararın kanuna ve mevcut hukuk düzenine aykırı olduğu ve düzeltilmemesi durumunda hukuk düzeninin zarar göreceği iddiası ile başvuru yolu) için Yargıtay'a başvurdu.

Yargıtay 9 Ceza Dairesi Bakanlığın "kanun yararına bozma" talebini geri çevirdi. Dairenin 2005/7865-9899 sayılı ve 26.12.2005 tarihli kararının gerekçesi şöyle:

"Suç ve cezalara ilişkin yasaların zaman bakımından uygulanma ilkeleri Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 15, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 38, 765 sayılı TCK'nin 2 ve 5237 sayılı TCK'nin 7. maddelerinde düzenlenerek, lehe yasanın uygulanması gerektiği kabul edilmiştir. Her ne kadar 765 sayılı TCK'nin 160/2. maddesinde düzenlenen izin müessesesi şeklen bir usul kuralı olarak görünmekte ise de; tıpkı şikayet, şikayetten vazgeçme, zaman aşımı, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı gibi dava şartına ilişkin müesseselerde olduğu üzere, maddi ceza hukuku içinde düzenlenmiş bir müessese olup, maddi ceza hukuku ile sıkı sıkıya bağlı, cezayı doğrudan etkileyici bir nitelik taşımaktadır. Bu bakımdan dava şartı olan izin müesse-

sesinin 765 sayılı TCK'nin 2, 5237 sayılı TCK'nin 7. maddesinin öngördüğü lehe yasa uygulaması kapsamına dahil olduğu kuşkusuzdur. Sanık lehine bir teminat olarak getirilmiş bulunan 765 sayılı TCK'nin 160/2.maddesindeki izin şartının 5237 sayılı TCK ile kaldırılmış olması, sanık lehine olan bu kuralın uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir. Gerek Dairemiz, gerekse Yargıtay Ceza Genel Kurulunun yerleşik ve istikrarlı uygulamaları da bu yöndedir. Bu nedenlerle, kanun yararına bozma istemine dayanılarak, düzenlenen tebliğnamedeki bozma isteği yerinde görülmediğinden REDDİNE..."

Yargıtay, hangi saikle olursa olsun, eski kanunun sanık lehine olduğuna karar vermiştir. Yargıtay'ın kararı AKP Hükümeti'nin yeni TCK ile ifade özgürlüğünü genişlettikleri iddialarını da yerle bir etmiştir.

Yargılananların ünü ve kamuoyu tepkisi nedeniyle Orhan Pamuk, Elif Şafak vd. 301. maddeden mahkum edilmemişlerdir ama 301. madde birilerinin canını yakmak için sırasını beklemektedir.

301. madde tartışmalarında; Cumhuriyeti, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini, Devletin yargı organlarını, askerî veya emniyet teşkilatını vb. aşağılama gibi bir fiilin saçmalığı konusunda hemen hemen tartışmacıların çoğu hemfikir olmuş, daha çok "Türklüğün aşağılanması" tartışılmıştır. Türklüğün aşağılanması kavramının yerine "Türk Milletinin ve değerlerinin aşağılanması" gibi kavramlar önerilmiştir. Türk Milleti'nden kimin kastedildiği de T.C.'nin kuruluşundan sonrası ile açıklanmıştır.

Tabii, işin aslı, yönetilenler tarafından siyasi iktidarları, egemen güçlerin ve onların iktidar araçlarının eleştirilip eleştirilememesi sorunsalıdır. İtalyan faşistlerinin ceza yasasına koydukları hükümler kutsal devletin yönetilenler tarafından eleştirilmesinin önlenmesi amacıyla hizmet etmekteydi. Bizdeki TCK'nın ilgili maddeleri de aynı amaca hizmet etmiştir yıllar boyunca.

"Türklüğü aşağılamak" fiilinin cezalandırılmasını isteyenler Ermeniler, Kürtler, Çingeneler, Yahudiler, Rumlar, Ruslar vd. hakkında zaman ve zemine göre her türlü hakaret ve aşağılamayı mübah gören ve teşvik edenlerdir aynı zamanda. Bir ulusun, ırkın, etnik grubun rencide edilmesinin önlenmesi değildir söz konusu olan. Eğer böyle olsa, ırksal, ulusal, etnik, dinsel, mezhepsel vb. nitelikleri nedeniyle birilerinin aşağılanmasının, hakarete maruz kalmasının cezalandırılması tartışılırdı.

Bazı hukukçular ise, Anayasanın 90. maddesinde yapılan değişiklikle uluslararası sözleşmeleri hükümlerinin iç hukuk kuralı haline geldiği, Avrupa İnsan

Hakları Sözcleşmesi kuralları ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına aykırı bir yasal düzenlemenin ifade özgürlüğü alanında yapılamayacağını ileri sürmektedir.

Anlaşılan, 301. madde tartışması sona erse bile, ifade ve düşünce özgürlüğü önündeki bütün engeller kaldırılıncaya kadar, tartışma sona ermeyecektir.