TENKİL VE SANSÜR - HUKUK-U AMME

21. Fakat Firavun yalanladı. Söze inanmadığı gibi o büyük mucizeyi gördüğü halde de ona sihir dedi ve Musa (a.s)'nın yalan söylediğini iddia etti ve isyan etti. Allah'ı ve emrini tanımak istemedi, temizlenmeğe niyet etmek şöyle dursun "O âlemlerin Rabbi de ne oluyormuş?" diye karşılayarak inkâr ve isyan küstahlığında bulundu.

22. Sonra koşup sırtını çevirdi, yani yalan ve isyanda başarılı olamadı, bununla beraber boş da durmadı, koştu, çalıştı. Fakat mutluluğa doğru çalışmadı, mutsuzluğa doğru çalıştı. Allah'a yüz tutacak yerde ardını dönerek helake doğru tersine gitti.

23-24. Bunun üzerine adamlarını topladı önce sihirbazları toplayıp mağlup olduktan sonra Şuarâ sûresinde "Firavun şehirlere asker toplayıcılar gönderdi." (Şuara, 26/53) âyetiyle açıklandığı üzere şehirlere asker sevki için memurlar, asker toplayıcılar göndererek ordusunu ve adamlarını topladı da haykırdı. Benim, en yüce Rabbimiz! dedi. Kendisinden başka herhangi bir Rabb'i kendinden aşağıda sayarak kendinin en üstün Rab, yani "Rabbu'l-erbab" (Rablerin rabbi) olduğunu iddia etmek derecesinde iddiayı ileri götürdü. Kendisine o nam ile taptırmak istedi. Önce "Sizin için benden başka ilâh bilmedim." (Kasas, 28/38) diyerek kendisinden başka ilâh bilmediğini söylemişti. Güya araştırma ve incelemelerde bulunmak üzere "Ey Hâman! Haydi benim için çamura bir ocak yak da tuğla pişir, kule yap. Belki Musa'nın ilâhının sırrına ererim. Doğrusu ben onu yalancılardan sanıyorum." (Kasas, 28/38) demişti. Bu kez o araştırma pek boşa gitmemiş, bir Rab bulunduğunu anlatmış olduğunu ima etmekle beraber, onun kendinden yüksek olmadığını iddia edecek derecede kibir ve büyüklük taslamaya kalkmıştı.

İbnü Cerir'in Mücahid ve diğerlerinden nakline göre bu iki söz arasında kırk sene geçmişti. Burada Alûsî'nin kaydettiği vechile bazı eserlerde şöyle nakledilmiştir ki, Firavun topladığı kalabalığının içinde kalkıp hitap etmek suretiyle bir nutuk çekerek o büyük lafı etmiş, böylece kendisini halkı yönetenlerin hepsine üstün tutmuştu.

25. Allah da onu tuttu, Ahiret ve dünya azabıyla (herkese ibret olacak şekilde) cezalandırıverdi. Azab, ta'zib yani azap etme mânâsına geldiği gibi, nekal yani herkese ibret olan ceza da, tenkil yani herkese ibret olacak şekilde cezalandırma mânâsına mastar ismidir.

**TENKİL:**

Gören ve işitene ibret olacak, gören ve işiteni onu yapmaya sevkeden şeylerden menedecek şekilde azap edip cezalandırmaktır. Burada nekal, "Allah onu ahiret ve dünya azabıyla cezalandırdı." takdirinde mefülü mutlak, cümlesi ise hâl yerindedir. Yahut "Allah onu ahiret ve dünya cezası için tuttu, alıverdi" mânâsında fiilinin sebep bildiren mef'ûlü (tümleci) olur.

Âyette geçen "Ahiret" ve "Ûlâ" kelimelerinin görünen mânâsı bildiğimiz ahiret ve dünyadır ki, dünya cezası suda boğmakla, ahiret cezası da cehenneme sevk ile olmuştur. Bununla beraber burada ahiret "sonraki" ve ûlâ da "evvelki" mânâsına olarak "sonrakinin ve öncekinin cezası olmak üzere tuttu alıverdi" ve sonrakinden maksat "Sizin en yüce Rabb'iniz benim." (Kasas, 28/38) sözü, evvelkinden maksat da "sizin için benden başka ilâh bilmiyorum" (Kasas, 28/38) sözü demek olduğu da İbnü Cerir tefsirinde yazılıdır.

26. Hiç şüphe yok ki bunda, bu Musa kıssasında, Firavun'un başından geçen olaylarla, herkese ibret olacak şekilde cezalandırılmasında mutlaka bir ibret var, ibret alınacak insanı uyaracak bir ders vardır. Fakat herkes için değil korkacak olan, saygısı bulunan kimseler için, ki onlar İlâhî bir lütuf olarak kâinatın sırlarını bilmek kudreti olanlardır. Yoksa duygusu olmayanlar, bir Musa gelmiş, Firavun batmış da ne olmuş, diye bundan hiçbir istifade etmezler. İşte o öldükten sonra dirilme hakkındaki haber de böyledir.” Elmalılı M.Hamdi yazır Naziat suresi tefsiri

“Halbuki, cemiyet efradı arasında âmmenin menfaatlerini vakit vakit ihlâle cüret edenler bulunabilir. Bu cihetle bu gibi eşhası te’dib ve ıslah veya terhib ve tenkil için bir kısım cezaî hükümlere ihtiyaç vardır. Bunun içindir ki, her hükümetin bu hususta bir takım müdevvanat-ı cezaiyyesi mevcuttur. İşte bu kamusu teşkil eden kitabların yedincisi de İslâm hukuku bakımından bir kısım cezaî hükümleri muhtevi bulunmaktadır”. Hukuk-u İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu 3.cilt sy 4 Müdevvanat: düzenlenmiş

**TENKİL AYETLERİ:**

2-193- Hem bir fitne kalmayıp, din yalnız Allah'ın oluncaya kadar onlarla çarpışın. Vazgeçerlerse, düşmanlık ancak zalimlere karşıdır.

2-217- Ey Muhammed! Sana haram aydan ve o ayda savaşmaktan soruyorlar. De ki: O ayda savaşmak, büyük bir günahtır. Bununla beraber Allah yolundan alıkoymak, O'nu inkar etmek, insanları, Mescid-i Haram'dan menetmek ve halkını oradan çıkarmak, Allah yanında daha büyük bir günahtır ve fitne, öldürmekten daha büyük bir vebaldir. Onlar, güçleri yeterse, sizi dininizden döndürmek için sizinle savaşmaktan hiçbir zaman geri durmazlar. Sizden de her kim, dininden döner ve kâfir olarak can verirse artık onların bütün amelleri, dünyada ve ahirette boşa gitmiştir. İşte onlar, cehennemliklerdir. Onlar orada ebedi olarak kalacaklardır.

4-90- Ancak o kimselere dokunmayın ki, sizinle aralarında anlaşma olan bir kavme sığınmış bulunurlar. Yahut ne sizinle, ne de kendi kavimleriyle savaşmayı gönüllerine sığdıramayıp tarafsız olarak size gelmişlerdir. Eğer Allah dileseydi, onları size musallat kılardı, onlar da sizinle savaşırlardı. Eğer onlar sizden uzak dururlar, sizinle savaşmayıp size barış teklif ederlerse, Allah, sizin için onlar aleyhine bir yol vermemiştir.

4-91- Diğer birtakım kimseleri de bulacaksınız ki; hem sizden emin olmak, hem de kavimlerinden emin olmak isterler. Fitne için her davet olunuşlarında onun içine başaşağı dalarlar. Eğer bunlar sizden çekinmezlerse, kendilerini bulduğunuz yerde yakalayın ve öldürün. İşte bunlar aleyhinde size açık bir ferman verdik.

**Bediüzzaman'ın Muhafazakârlığı:** Meselemizi izah sadedinde, Bediüzzaman Said Nursi'nin tavırları oldukça öğretici olacaktır. Bediüzzaman Said Nursi, hem İslam'ın bir değer olarak topluma yerleştirilmesi çalışmalarının yapıldığı Osmanlı'nın son zamanlarında, hem de İslam'ın değerlerine şiddetle saldırıldığı Cumhuriyetin ilk yıllarında yaşamıştır. Bediüzzaman'ın bu iki dönemde, aynı meseleye iki farklı bakış sergilediğini görmekteyiz. Osmanlı'nın son dönemlerinde kaleme aldığı Muhakemat isimli eserinde, dünyanın öküz ve balığın üzerinde olduğuna dair hadisin İslam'dan ayıklanıp müzeye konulması gereken İsrailiyattan olduğunu belirtirken, Cumhuriyetin ilk yıllarında yazdığı Lem'alar isimli eserinde bu hadise sahip çıkmakta, onun tevilini yapmaktadır. Yine Osmanlı'nın son zamanlarında kaleme aldığı Münazarat isimli eserinde Kur'an'ın birden fazla kadınla evlenmeye izin veren hükmünün zaman içerisinde düzeltilecek ehven-ü şer bir hüküm olduğunu dillendirirken, Cumhuriyetin ilk yıllarında yazdığı Sözler isimli eserinde birden fazla kadınla evlenmenin yerinde olduğunu ifade etmektedir. Bediüzzaman'ın birinci zamanda yazdığı eserlerinde bir Müslüman'a ait devrimci özellikleri müşahede ederken, ikinci dönemdeki eserlerinde muhafazakâr tavrı dikkat çekmektedir. Bediüzzaman'ın ikinci dönemdeki muhafazakâr tavrı, elbette İslami değerlere şiddetli saldırının sonucudur. Nitekim o, Sözler isimli eserinde, İslam'ın değişen ve gelişen zamanlara uyumunu sağlayan içtihat müessesesini değerlendirirken, içtihat kapısının açık olduğunu, ancak bugün için bu kapıdan girişe maniler bulunduğunu söyler. Bu tespitini de "Nasıl ki kışta, fırtınaların şiddetli olduğu bir vakitte, dar delikler dahi seddedilir; yeni kapılar açmak, hiçbir cihette kar-ı akıl değil. Hem, nasıl ki büyük bir selin hücumunda, tamir için duvarlarda delikler açmak gark olmaya vesiledir. Öyle de şu münkerat zamanında ve âdat-ı ecanibin istilası anında ve bid'aların kesreti vaktinde ve dalaletin tahribatı hengamında, içtihat namıyle, kasr-ı İslamiyet'ten yeni kapılar açıp duvarlarından muhariplerin girmesine vesile olacak delikler açmak, İslamiyet'e cinayettir" sözleriyle gerekçelendirir. Bediüzzaman'ın içtihatla ilgili ulaştığı sonuçta saldırının etkileri açıkça kendini göstermektedir.” Köprü dergisi sayı 97

**SANSÜR:**

Her türlü yayın, haber ve bir yerden diğer yere gönderilen şeylerin, gönderilene ulaşmadan önce gerektiğinde devlet tarafından kontrolü; bâzı fikirlerin yazılıp yayılmasının engellenmesi. Sansür, her şeyin zararlı ve kötü tarafının bulunabileceği gibi fikrin de kötüsünün toplum ve insanı, olumsuz yönde etkileyip, tahrip edeninin bulunduğu gerçeğinden doğmuştur.

Osmanlı Devletinde, örf ve âdetlerin, ahlâk ve dînin korunmasına çok önem verilirdi. Bunlara aykırı hiçbir neşriyâta izin verilmezdi. Cumhûriyet devrinde, 24 Mart 1925 târihinde çıkarılan Takrir-i Sükûn Kânununa dayanılarak basına sansür uygulandı. Hattâ bâzı gazeteler kapatıldı. 1930’da çıkan ve Serbest Cumhûriyet Fırkası yanlısı olarak bilinen Yarın Gazetesi de partinin feshedilmesinden sonra kapıtıldı. 1931’de çıkarılan ve Cumhûriyet döneminin ilk basın yasası olan Matbuât Kânunu, hükümete ülkenin genel politikasına aykırı yayınlardan dolayı gazete ve dergi kapatma yetkisi tanıdı. 1933’te Matbuât Umum Müdürlüğünün yeniden teşkilâtlanması, 1934’te yetkilerinin genişletilmesiyle basın üzerinde denetim ve sansür daha da arttı. Matbuât Kânunundaki 1938 değişikliği basına sansür konmasının yanısıra, basında çalışanlara da sınırlamalar getirdi. Gazeteler ve yazarlar yalnız tenkit değil, araştırma soruşturma hürriyetinden bile mahrum edildiler. Gazetelerin hükümet izni olmadıkça memur maaşları konusunda bile yazı yazmaları yasaklandı.

Araştırmacı yazar Ahmed Kabaklı’nın Temellerin Duruşması adlı eserinde bildirilen yasaklardan bâzıları şunlardır:

Türkiye’ye gelmiş olan İngiliz askerî heyetiyle mülâkât yapılmaması, tafsilâtlı yazı yazılmaması, fotoğraflarının basılmaması, Dâhiliye Vekâletinden bildirilmiştir. Sâdece “geldi” “gitti” diye yazılabilir (14 Mayıs 1939).

Tâlimat :

Gazetelerimizin son günlerdeki neşriyatı arasında dinlerden bahis bâzı yazı ve mütâlaasına ve temennilere rastlanmaktadır. Bundan sonra dinler mevzuu üzerinde gerek târihî, gerek temsilî ve gerek mütâlaa kâbilinden olan her türlü makâle, bend, fıkra ve tefrikaların neşrinden tevakki (Çekinme, hazer etme, sakınma, korunma.) edilmesi ve başlamış bu kâbil tefrikaların en çok üç gün zarfında nihâyetlendirilmesi ehemmiyetle ricâ olunur. 24.7.1942 Matbuât Umum Müdürü nâmına İzzettin Tuğrul Nişbay.

Otomobil yedek parçalarıyla lâstiklerin bittiği, un stokunun azaldığı yazılmayacaktır (Matbuât Umum Müdürlüğünden tebliğ edilmiştir). 10 Ağustos 1940

(Reisicumhur İsmet İnönü Ankara civârında küçük bir seyâhat yapmak üzere Ankara’dan hareket etmiştir) gazeteler bunun hâricinde hiçbir şey yazmayacaklardır. 14.12.1940 Matbuât Umum Müdürü.

Ekmekten, odundan ve kömürden, etten şikâyet kılıklı neşriyat yapılmayacaktır. (10 Ocak 1942)

İkinci Dünyâ Savaşından sonra çok partili döneme geçilirken basına da bir ölçüde serbestlik getirildi. Demokrat Parti (DP)nin iktidâra gelmesinin hemen ardından 15 Temmuz 1950 târihli Basın Kânunu daha liberal bir rejim getirdi. Ancak bu dönemde de basın hürriyetini kısıtlayıcı bâzı uygulamalara gidildi. Daha sonraki dönemlerde de sıkıyönetim uygulamaları sebebiyle basın üzerinde kısıtlamalar yapıldı.

Sıkıyönetim Kânununda neşir ve haberleşme araçlarına, hangi hallerde sansür konulacağı belirtilmektedir. Polis Vazîfe Selâhiyeti Kânunu ile sinemaya denetleme getirildi. Türk Cezâ Kânunu’nda müstehcenliğe karşı çeşitli maddeler konulmuştur.

1982 Anayasası’nda basın hürriyeti ve sansür: Madde 28: “Basın hürdür, sansür edilemez. Basımevi kurmak, izin alma ve mâlî tazminât yatırma şartına bağlanamaz. Devletin iç ve dış güvenliğini, ülke ve milliyetiyle bölünmez bütünlüğünü tehdit eden veya suç işlemeye, yâhut ayaklanmaya veya isyâna teşvik eder nitelikte olan veya devlete âit gizli bilgilere ilişkin bulunan her türlü haber ve yazıyı yazanlar veya bastıranlar veya aynı amaçla, basanlar, başkasına verenler, bu suçlara âit kânun hükümleri uyarınca sorumlu olurlar. Tedbir yolu ile dağıtım, hâkim kararıyla, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kânunun açıkça yetkili kıldığı merciin emriyle önlenebilir. Dağıtımı önleyen yetkili merci, bu kararını en geç 24 saat içinde yetkili hâkime bildirir. Yetkili hâkim bu kararı en geç 48 saat içinde onaylamazsa, dağıtımı önleme kararı hükümsüz sayılır.”

Gençliğin nefsânî duygularını istismar ederek gençleri dejenere etmeye çalışan teşkilâtlar, “sansür” müessesesine karşı çıkmaktadır. Sansür, ahlâk ve âdâba aykırı neşriyâtın yayımına mâni olmalıdır. Zîrâ bir devleti yıkmak isteyen dış ve iç düşmanlar, ahlâka aykırı neşriyat yaparak evvela gençleri dejenere etmektedirler. Bu güçlerin bu hâince emellerine mâni olmak için devletin tâkip edeceği sansür politikası önem arz etmektedir.

201 - (Şiar) : Alâmet, parola. Muharebe zamanlarında biri birini tanıyıp bilmek için askerlerin kendi aralarında tayin ettikleri alâmet ve tabirdir. Ashab-ı kiramın bir çok muharebelerde şiarları, «emit emit = öldür öldür» kelimesi idi. Düşmanı kahr ve tenkile muvaffakiyetlerine tefe'ül için bunu şiar ittihaz etmişlerdi. İnsanların gömleğine ve mutlaka bedenine temas eden libasına ve at kısmının çuluna da şiar denir.

Bütün bu seyyielerin tevessüünde içtimaî teşkilâtın büyük bir hisse-i mesuliyeti vardır. Âile reisleri çocuklarına, aile efradına, tedrisat müesseseleri talebeye, kalem sahipleri efradı ahaliye karşı, mükellef bulundukları terbiye ve tenvir vazifesini güzelce, layıkiyle ifaya çalışacak olursa bu gibi seyyielerin hiç olmazsa azalması temin edilmiş olur.

İskat-ı cenin hadiseleri; hem ferdî, hem de ictimaî bir cinayetdir. Bir memleket de nüfusun artması, hem ferdlerin, hem de âmmenin menfaatleri icabatındandır. İskat-ı cenin fazihası ise bu menfaatlere mugayir, insaniyet duygularına münafidir.

Maişet endişesiyle bu seyyieye cüret edenler, âtıl, hakka tevekkülden mahrum, güzel bir dini terbiyeden bînasib kimseler demekdir.

Fuhşiyat yüzünden bu feciaya cüret edenlerde ictimaî hayatı zehirleyen mikroplardan daha muzır, daha ziyade tenkile müstahik kimselerdir.

Mücerred gençlik çağının kendilerine vermiş olduğu güzelliği, taraveti muhafaza arzusiyle bu cinayeti irtikab edenler de canavar tabiatlı insanlar demekdir. Acaba böyle taş yürekli bir valide, doğurduğu yavrusunu diri diri yiyen bir canavardan daha aşağı bir mahiyette değil midir? Eğer böyle bir kadının son derece çirkin olan sireti harice aks edecek olsa artık onun suretindeki hüsnü letafetin ne kıymeti kalır.

Ya kendi lâtif cinsine has olan vazifeleri ifadan kaçınıp da çocuk beslemeği külfet sayan, mücerred eğlence yerlerinde, sefahet sahalarında vakit geçirmek için çocuk anası olmak şerefini, bir külfet, bir nıkmet sayıb duran bir kadının içtimaî hey'et arasında ne mevkii olabilir?

Artık vücudüne sebebiyet verdiği bir masumu, bir özr-ü meşrua müstenid olmaksızın iskata cüret eden bir kimse, kendisini bir cani, kasveti kalbe mâlik bir şaki olmak üzere tanımalıdır.

448 - : İskat-ı cenin bir zarurete istinad etmedikce bir cinayetdir. Bunu irtikab edenler, ta'zir cezasına müstahik olacakları gibi aşağıda yazılı olduğu vechile gurre namiyle tazminat itasiyle de mahkûm olurlar.

230 - : Vaktiyle İslâm dininin teessüsüne mani olan, bu İlâhî dinin mübarek naşirlerine karşı olanca kin ve gayz ile hareket ederek onları sevgili yurdlarından uzaklaşmaya mecbur eden bir kısım gafil insanlara karşı vaiz ve nasihat, hâkimane mücadele faide vermeyince silaha sarılmakdan başka bir çare kalmamışdı. Cihad hakkında ilk nazil olan ayeti kerime: (.....................................) âyeti celîlesidir. Bu cihetle hicreti Nebeviyyenin birinci senesinden itibaren cihada ruhsat verilmişdir. Bu ruhsat ise muktezayı hikmetdir. Nitekim: (..........................................................................................) âyeti celîlesi, bu hakikati nâtıkdır.

Yani: eğer nasın bir kısmını diğer bir kısmı ile Allah Tealâ’nın def ve tenkil etmesi olmayacak olsa idi muhakkak manastırlar, kiliseler, havralar ve içlerinde Cenab-ı Hakkın ismi akdesi çok zikr edilen mescidler yıkılırdı. Allah Tealâ, kendisinin dinine yardım edecek kimselere elbette nusrat verecekdir. Şübhe yok ki Allah Tealâ, kendisinin dinine yardım edecek kimselere elbette nusrat verecekdir. Şübhe yok ki Allah Tealâ her halde kavidir, azizdir. Ona bir şey mümaneat edemez.

316 - : Mücahidlerin mühasara etdikleri bir belde ahalisinden bir kısmı; İslâmiyeti kabule mail, bir kısmı da yurdlarında kalmak üzere akdi zimmete talib olursa bakılır: eğer o beldede İslâm ahkâmını icraya, baş gösterecek düşmanları tenkile kadir bir İslâm kuvveti bırakılması mümkün ise ahalinin bu arzuları is'af edilir. Fakat bu cihet mümkin değilse yalnız İslâmiyeti kabul etmek isteyenlerin arzuları is'af edilir ve kendileri beldelerinde bırakılır. Zira müslümanlar, kendi yurdlarından çıkarılıb başka taraflara gitmeğe icbar edilemez. Zimmeti kabul etmek isteyenler ise dar-ı İslâma çıkmaya muvafakat etmezlerse arzuları is'af edilmez. Çünkü bu halde bunların talebleri zimmet talebi değil, bir sulh talebi demekdir. Sulh ise bir maslahat bulunduğu takdirde kabul edilir.

Müsalehanın şartı ise bir maslahat ve zaruretin tahakkukudur. Şöyle ki:

Müslümanlarca sulh ve salah dairesinde yaşamak esasen bir umdedir. Fakat bu, kabil olmadığı takdirde istihdaf edilen ulvî bir gayeye vüsul kabil oluncaya kadar muharebe ve mücahedeye devam etmek iktiza eder. Şu kadar var ki: bazan bu gayeye vüsul, muvakkat bir zaman için müşkil veya müteazzir görülebilir. İslâm ordusunun vaziyeti düşmanı tenkile, takib ettiği gayeyi tamamen elde etmeğe gayr-ı kâfi bulunabilir. İşte böyle bir sırada düşman tarafından vaki olacak bir sulh teklifinden istifade edilmesi pek muvafık olacağı gibi icabında böyle bir teklif, müslümanlar tarafından da dermeyan edilebilir. Hatta bizzat veliyyül'emr muharib bir düşman ile veya o düşmandan bir fırka ile müsaleha yapabileceği gibi müslümanlardan bir zümrede görecekleri lüzuma binaen kendilerini alakadar eden bir harb sahasında düşman ile sulha karar verebilir. Çünkü sulh, maslahat ve menfaat esasına istinad etmekdedir. Bu esas, mevcud olunca müsaleha yapılmasında bir mahzur kalmaz. Nitekim vaktiyle salâhiyetleri vasi olan kumandanlar, mensub oldukları merkezlerin reyini istihsal etmeksizin muharib düşman ile sulha karar veregelmişlerdir.

Şafiîlere göre de bütün gayri müslimler ile veya bir iklimde bulunan gayri müslimler ile muahede akdi veliyyül'emr ile onun naibine.

Orhan Aldıkaçtı, Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, 3. Baskı, İst. 1978, s. 189.

2. Buhârî, Cum'a, 11, Vasâyâ, 9; Müslim, İmârah, 20.

3. es-Siyâsetü'ş-şer'iyye, Bombay, 1306, s. 4.

4. Enfâl: 8/27.

5. A'râf: 7/3; Enfâl: 6/106; Bakara: 2/213; Mâide: 5/44-47.

6. Nisâ: 4/59.

7. Buhârî, Ahkâm, 4, Cihâd, 108; Müslim, İmârah, 38; Ebû Dâvûd, Cihâd, 87.

8. Mâverdî, el-Ahkâmu's-sultâniyye, Kahire, 1960, s. 17; M. Faruk Nebhân, Nizâmu'l-hükm, Beyrut, 1988, s. 38-39.

9. Buhârî, Hudûd, 12.

10. Süyûtî, Târihu'l-hulefâ, s. 69.

**İNTERNET YAYINLARINA SANSÜR**

Erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi

MADDE 8 – (1) İnternet ortamında yapılan ve içeriği aşağıdaki suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verilir:

a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

1) İntihara yönlendirme (madde 84),

2) Çocukların cinsel istismarı (madde 103, birinci fıkra),

3) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190),

4) Sağlık için tehlikeli madde temini (madde 194),

5) Müstehcenlik (madde 226),

6) Fuhuş (madde 227),

7) Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228), suçları.

b) 25/7/1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda yer alan suçlar.

(2) Erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verilir. Soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da erişimin engellenmesine karar verilebilir. Bu durumda Cumhuriyet savcısı kararını yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Bu süre içinde kararın onaylanmaması halinde tedbir, Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır. Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesine ilişkin karara 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz edilebilir.

(3) Hâkim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının birer örneği, gereği yapılmak üzere Başkanlığa gönderilir.

(4) İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulunsa bile, içeriği birinci fıkranın (a) bendinin (2) ve (5) numaralı alt bentlerinde yazılı suçları oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re’sen Başkanlık tarafından verilir. Bu karar, erişim sağlayıcısına bildirilerek gereğinin yerine getirilmesi istenir.

(5) Erişimin engellenmesi kararının gereği, derhal ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren yirmidört saat içinde yerine getirilir.

(6) Başkanlık tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının konusunu oluşturan yayını yapanların kimliklerinin belirlenmesi halinde, Başkanlık tarafından, Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunulur.

(7) Soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu durumda Cumhuriyet savcısı, kovuşturmaya yer olmadığı kararının bir örneğini Başkanlığa gönderir.

(8) Kovuşturma evresinde beraat kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu durumda mahkemece beraat kararının bir örneği Başkanlığa gönderilir.

(9) Konusu birinci fıkrada sayılan suçları oluşturan içeriğin yayından çıkarılması halinde; erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından kaldırılır.

(10) Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmeyen yer veya erişim sağlayıcılarının sorumluları, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(11) İdarî tedbir olarak verilen erişimin engellenmesi kararının yerine getirilmemesi halinde, Başkanlık tarafından erişim sağlayıcısına, onbin Yeni Türk Lirasından yüzbin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. İdarî para cezasının verildiği andan itibaren yirmidört saat içinde kararın yerine getirilmemesi halinde ise Başkanlığın talebi üzerine Kurum tarafından yetkilendirmenin iptaline karar verilebilir.

**TÜRK CEZA HUKUKUNDA ŞEREFE KARŞI SUÇLAR**

**Giriş**

Herkes, onur, şeref ve haysiyet sahibidir. Ceza hukuku, kişiyi, onuruna, şeref ve haysiyetine dokunan fiillere karşı korumaktadır. Ne adla olursa olsun, kimsenin kimseyi aşağılamak hakkı yoktur. Hakaret suçu tarih kadar eski olmakla birlikte, herkesin ayırımsız onur, şeref ve haysiyet sahibi olduğunun kabul edilmesi yenidir. Gerçekten, kanun önünde eşitlik ilkesi gereğince, hiç kimse, bir diğer kimseden, daha az şerefli değildir.Ayırımsız, herkes eşittir, ait olduğu toplumun şerefli bir üyesidir ( An. m. 5,10, 17 ).

Medeni Kanun, 24. maddesi hükmünde, kişiyi, onuruna, şeref ve haysiyetine karşı saldırılar karşısında korumaktadır. Kişi, başkalarından, onuruna, şeref ve haysiyetine saygı gösterilmesini isteme temel hakkına sahiptir.

Ceza hukuku, kişinin onurunu, şeref ve haysiyetini, cezaî himayenin konusu yapmıştır. Haksız olarak, bir kimsenin onuruna, şeref ve haysiyetine saldırıda bulunmak, hakaret suçuna vücut vermektedir.

Ceza Kanunu, hakaret suçunu, Kişilere Karşı Suçlar, ismini taşıyan İkinci Kısmının, Sekizinci Bölümünde Şerefe Karşı suçlar ismi altında düzenlemiştir. Kanun, 125. maddede hakaret ve sövme suçuna, 126. maddesinde “matufiyet” ilkesine, 127. maddesinde ispat hakkına, 128. maddesinde savunma dokunulmazlığına, 131. maddesinde “Soruşturma ve kovuşturma koşulu” madde başlığı altında şikayete yer vermiştir.

Kanun, 765. s. Kanunda yer alan, “Memura hakaret” suçunu kaldırmış, kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakareti cezayı ağırlaştıran bir neden saymış, kuralın istisna olarak suçun resen takibini öngörmüştür.

765 s. Kanunun Din hürriyetine saldırı olarak düzenlediği bazı fiilleri, Kanun, ağırlatılmış hakaret ve sövme suçu olarak düzenlemiş, ayrıca 130. maddesinde, “Kişinin hatırasına hakaret” madde başlığı altında “Ölüye hakaret” suçuna yer vermiş, 131/2. maddesinde ölüye hakaret suçunun takibini şikayete bağlamıştır. Gerçekten, Anayasanın 24. maddesi hükmünün teminatı olan “Din hürriyetine karşı suçları” büyük bir başarıyla “buharlaştıran” tarihi kanun koyucu, Anayasanın, 2, 10, 24, AİHS’ in 9, 10, 14 ve MK’ un 24. maddesine aykırı olarak Din hürriyetini ihlal eden davranışları, kendi kabul ettiği sisteme uyarak ör., “Topluma Karşı Suçlar” arasında düzenlemesi gerekirken, “Kişilere Karşı Suçlar” arasında düzenleyerek, hukuk düzeninde ferdî-toplumsal bir kurum olan ve “Kişi” ile hiçbir ilişkisi bulunmayan kutsal Dini, kişinin bir niteliği saymış; böylece, bildiğimiz kadar, demokratik laik bir toplum/hukuk düzeninde emsali olmayan,[[1]](#footnote-1) ancak teokratik bir toplum/hukuk düzeninde görülebilen ilginç bir düzenlemeye yer vermiştir.[[2]](#footnote-2)

1. Hukuki konu, fail, mağdur

Suçun ihlal ettiği, cezanın koruduğu hukuki değer veya menfaat, kişinin onuruna, şeref ve haysiyetine başkalarının saygı göstermesini istemesidir. Kişinin ait olduğu toplumda saygın olmaya; onurun, şeref ve haysiyetinin sayılmasına hakkı vardır. Bu hak kişinin temel hakkıdır. Sıkı sıkıya kişiye bağlıdır. Kişinin onurunun, şeref ve haysiyetinin ihlali hakaret ve sövme suçlarına vücut verir.

bağlamış bulunmaktadır ( m. 130, 131/2 ). Çocuğa, bir akıl hastasına hakaret edildiğinde, şikayet hakkını kimin kullanacağı konusu tartışmalıdır. Kanunun 76. maddesinde, CMK’ un 158. maddesinde bu konuda bir açıklık yoktur. Bu durumda, bunlar adına şikayette bulunacak kimse, herhalde veli veya vasidir.

**Hakaret suçunda fiil**

Hakaret suçunda fiil, bir düşünce açıklamasıdır. Düşünce, söz, ses, işaret, yazı, görüntü, resim, yontu, vs. ile ifade edilebilir. Ancak, hakaret ve sövmede, Kanunun suç olarak tanımladığı fiil, ortak yanları olmakla birlikte, özünde birbirinden farklıdır. O nedenle, hakareti ve sövmede fiili ayrı incelemek gerekmektedir.

2.1. Suç sayılan fiil, kişiye “somut bir fiil veya olgu isnat etmek” fiilidir.

Burada, somut fiil veya olgudan maksat, isnat edilen fiilin veya olgunun yer, zaman ve kişi bakımından belli, bilinen, yani muayyen olmasıdır. Fiil isnadı, muayyen bir işin veya davranışın; olgu isnadı, herhalde muayyen bir olayın, bir vak’a veya hadisenin yakıştırılması anlamındadır. “Olgu” isabetle seçilmiş bir kelime değildir, çünkü olgunun sözlük anlamı, vakıa veya fenomendir. Bir kimseye bir fenomen isnadı anlaşılır bir ifade değildir. Kanunun gerekçesinde de “fiil veya olgu isnadı “ denilmektedir. Ancak, sayılan örneklerden hiçbiri, olgu değil, olay, vak’a veya hadisedir. “… kamu görevlisinin bir kişiden bir iş karşılığında belli bir miktar rüşvet aldığı yönünde isnatta bulunulması” bir olgunun isnadı değil, bir fiilin, bir vak’a veya hadisenin isnatta bulunulmasıdır.

İsnat edilen fiil veya olgu kişinin onurunu, şeref ve saygınlığını “rencide edebilecek nitelikte” olmalıdır. Rencide etmek, incitmek, kalbini kırmak anlamındadır.

İsnat edilen fiil, nesnel olarak, incitici, kalp kırıcı bir nitelikte olmalıdır. 765 s. Kanun, bu durumu, “halkın hakaret ve husumetine maruz kılacak yahut namus ve haysiyetine dokunacak” biçiminde ifade etmiştir. Doğru olan budur, çünkü Kanun, fiilin muhatabı kişinin gerçekten fiilden incinip incinmemesine bakmamaktadır.

Öyleyse, Kanunun kullandığı “rencide edebilecek nitelikte” ifadesinde isabet yoktur. Tarihi kanun koyucunun 765 s. Kanunu kazıma çabası, maalesef doğru olan ifadeyi görmesini engellemiştir. Kuşkusuz, tartışma olmayan bir konuda tartışma çıkarmak, kimsenin bir işine yaramaz.

2.3. Yüze karşılık, ihtilat, aleniyet

Ne kadar çok onur, şeref ve saygınlığı ihlal ederse etsin, bir fiilin suç olabilmesi için, fiil, ya yüze karşı işlenmiş olmalı, ya da başkaları ile ihtilat edilerek işlenmiş olmalıdır. Yüze karşı hakaret, mağdura, yalnızken veya başkalarının yanında yüzüne karşı hakarette bulunulmasıdır

Kuşkusuz, gıyapta yapılan hakaret de suçtur. Gerçekten, Kanun, “Mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için fiilin en az üç kişiyle ihtilat edilerek işlenmesi gerekir” demektedir. Kanun “… cezalandırılabilmesi için…” ifadesini kullanmakla birlikte, ihtilat bir cezalandırılabilme şartı değildir. İhtilat suçun unsurudur. 765 s. Kanunda ihtilatta “ikiden ziyade kimsenin” varlığını ararken, Kanun “en az üç kişinin” varlığını aramaktadır.Anlamda bir fark yoktur. “İkiden ziyade kimse”, herhalde “en az üç kişi” anlamındadır.

Fiil, mağdura hitaben yazılıp gönderilmiş bir mektup, telgraf, resim veya herhangi yazı veya telefonla işlenirsi, suç, yüze karşı işlenmiş sayılmaktadır. Gerçekten, Kanun, fiilin, mağduru muhatap alan sesli yazılı veya görüntülü bir ileti ile işlenmesini, yüze karşı işlenmiş saymaktadır.

Fiil “alenen” de işlenmiş olabilir. Tabii, bu halde, haydı haydı ihtilat vardır. Kanun, aleniyeti, gerekçede, fiilin gerçekleştiği koşullar itibarıyla belirli olmayan ve birden fazla kişiler tarafından algılanabilir olmasıdır “ olarak tanımlamaktadır. İhtilat için en az üç kişinin varlığını arayan kanunun aleniyet için birden fazla yani iki kişinin varlığını araması bir çelişkidir. Tanımın doğru değildir. Aleniyet, fiilin, herkesin önünde işlenmesi veya sayısı belirsiz kişilerce bilinebilir olmasıdır.

3. Hukuka aykırılık

Bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına dokunan fiil hukuka aykırı olmalıdır.

Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde fiil suç olmaktan çıkar. Gerçekten, fiilin ispat hakkı, savunma dokunulmazlığı, yasama dokunulmazlığı, kanun emrini yerine getirme ve bir hakkın kullanılması, özellikle tedip hakkının yerine getirilmesi cümlesinden olarak işlenmesi halinde, fiil hukuka uygundur, hakaret suçunu oluşturmaz.

Anne ve babanın çocuklar, öğretmenin öğrenciler, ustanın çıraklar üzerinde, terbiye hakkından doğan disiplin yetkisi bulunmaktadır. Sınırın aşılmaması kaydıyla ( m. 232/2 ), bu kişilerin azarlanması; onur, şeref ve saygınlığına dokunulması hakaret ve sövme suçuna vücut vermez. Ancak, kocanın karı üzerinde ne terbiye hakkı ne de disiplin yetkisi vardır. Kocanın, disiplin yetkisini kullanmak adı altında, karının onuruna, şeref ve saygınlığına dokunan bir davranışta bulunması, yerine göre hakaret veya sövme suçunu oluşturur.

Yasama faaliyeti cümlesinden olarak Milletvekillerinin başkalarının onur şeref ve saygınlığına dokunan bir davranışta bulunmaları halinde, fiil hakaret veya sövme suçunu oluşturmaz.

Kanun, bir hukuka uygunluk nedeni olarak ispat hakkını ve savunma dokunulmazlığını, şerefe karşı suçlarda, aralarında mevcut bağıntıdan ötürü özel olarak düzenlemiş bulunmaktadır.

3.1. İspat hakkı

Anayasa, ispat hakkını, Kişinin Hakları ve Ödevleri arasında, 39. maddesinde temel bir insan hakkı olarak düzenlemiştir. İspat hakkı, Anayasanın 36. ve AİHS’ in 6. maddesinde düzenlediği Hak arama hürriyetinin ve doğru yargılanma hakkının doğal sonucudur. Özellikle, Basın hürriyetinin olduğu bir hukuk düzeninde ( An. m. 25, 26, 27, 28 ), Haberin kaynağını açıklamaya zorlanamama hakkı yanında, İspat hakkı, Basının, Basın çalışanlarının, ayrıca Haber alma hakkı olan herkesin teminatıdır.

“Kamu görev ve hizmetinde bulunanlara karşı, bu görev ve hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olarak yapılan isnatlardan dolayı açılan hakaret davalarında, sanık, isnadın doğruluğunu ispat hakkına sahiptir. Bunun dışındaki hallerde ispat isteminin kabulü, ancak ispat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunmasına veya şikayetçinin ispata razı olmasına bağlıdır”.

Anayasa, ispat hakkını, görüldüğü üzere, sadece hakaret suçunda öngörmüştür. Tabii, mümkün olmadığından, sövme suçunda ispat hakkı olmaz. Kimsenin, kimseye, ör., deli olana deli, hırsıza hırsız, fahişeye fahişe, vs. demeye hakkı yoktur. Deli, hırsız, fahişe de , kanun önünde eşitlik ilkesi gereğince, insan, kişi olarak, her kişi ve insan kadar, onuruna şeref ve saygınlığına saygı gösterilmesini isteme temel hakkına sahiptir.

Kanun, Anayasanın bu düzenlemesi temel olmak üzere, 127. maddesinde iki fıkra halinde “İsnadın ispatı” adı altında ispat hakkına yer vermiştir. Kanun, “ isnat edilen ve suç oluşturan fiilin ispat edilmiş olması halinde kişiye ceza verilmez” demektedir. Bu hükümden, Anayasaya uygun olarak, ispat hakkının bir hukuka uygunluk nedeni olduğu sonucu çıkmaktadır.

Ancak Anayasa ile CK’ unu arasında bir uyum bulunmamaktadır. Bunun nedeni belirsizdir. Anayasa ispat hakkında “Kamu görev ve hizmetinde bulunanlar…” ile “ Bunun dışındaki halleri … ” Birinci halde, sanık, isnadın doğruluğunu ispat hakkına sahiptir. Bu hak mutlaktır, çünkü bir şartın olmasına bağlanmış değildir. İkinci halde, ispat isteminin kabulü, ispat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararının bulunmasına, yahut şikayetçinin ispata razı olmasına bağlıdır. Bu demektir ki, ispat hakkı nispidir, çünkü hakkın kullanılması bir şartın bulunmasına bağlanmış bulunmaktadır. CK’ unu Anayasanın bu ayırımına uymamış, Kamu görev ve hizmetinde bulunan kimselerle Kamu görev ve hizmetinde bulunmayan kimseleri bir tutmuş, yani Kamu görev ve hizmetinde bulunan kişileri Kamu görev ve hizmetinde bulunmayan kimselere eşitlemiş, böylece, bir mutlak hakkı sanığın aleyhine olacak bir biçimde nispi hakka dönüştürmüştür. Gerçekten, CK’ unu, ispat isteminin kabulünü, ispatta kamu yararının bulunması veya şikayetçinin ispata rıza göstermesi şartına bağlamıştır. Böylece, CK’ unu, Anayasaya aykırı olarak, ispat hakkının kapsamını, sanık aleyhine olacak bir biçimde daraltmış bulunmaktadır. Bu durum, özellikle, basın mensupları bakımından büyük tehlike yaratmaktadır. Görevi, kamu idaresinin eylem ve işlemlerinden kamuyu haberdar etmek olan basın mensubu, CK’ una göre verdiği haberin doğruluğunu, “ ancak isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunmasına veya şikayetçinin ispata razı olmasına bağlıdır. Burada “ şikayetçinin rızası “ şartının gerçekleşmesi mümkün değildir, çünkü kamu görevlisine karşı işlenen hakaret suçu şikayete bağlı değildir, yani kamu görevlisinin “şikayetçi” kimliği bulunmamaktadır. Bu demektir ki, hakim ispatta kamu yararı görmediği taktirde, haber doğru bile olsa, basın mensubunun haberin doğruluğunu ispat şansı yoktur. Bu durumda, ya Anayasaya aykırılığı ileri sürülerek Kanun Anayasa Mahkemesine götürülmeli, ya da doğrudan Anayasa uygulanmalıdır.

Kanun, Anayasada olmayan, zaten olmasına da gerek olmayan, bir hükme yer vermiştir. Bu, hüküm “İsnat edilen suç” ( Bu suç ) “ nedeniyle hakaret edilen hakkında kesinleşmiş bir mahkumiyet kararı verilmesi halinde, isnat ispatlanmış sayılır “ hükmüdür. Bir kere, ifade yanlıştır, çünkü, ancak verildikten sonra kesinleşme mümkün olduğundan, “kesinleşmiş bir mahkumiyet kararı verilmesi “ mümkün olan bir şey değildir. Burada, doğru ifade, “Bu suç nedeniyle hakaret edilen hakkında mahkumiyet kararı verilmesi ve kararın kesinleşmesi halinde, isnat ispat edilmiş sayılır” biçimindeki ifadedir. Sonra, isnat edilen suçun muhatabı kimse, yani hakaret edilen hakkında, bu suç nedeniyle kesin hüküm varsa, zaten ortada kişinin onurunu, şeref ve saygınlığını inciten bir fiilin isnadı yoktur. Kaldı ki, kişiye isnat edilen fiil hakkında bir ceza davası varsa, ör., ihaleye fesat karıştırmak, hakaret davasının açıldığı mahkeme, bu durumu bekletici mesele yapmak ve davanın sonucunu beklemek zorundadır. Zaten Kanunun gerekçesi bizi doğrulamaktadır. Gerçekten, Anayasa temeline oturmayan bu hüküm, sadece yararı olmayan hatta zararı olan bir fazlalıktır, çünkü hüküm, isnat hakkında beraat kararı değil de, takipsizlik, davanın düşmesi kararları verildiğinde, ispat imkanı ortadan kalkmakta, kişi ispat hakkını kullanamamaktadır.

Gerekçe Anayasaya uygun bir düzenlemenin yapıldığını söylemekteyse de, Kanunun hükmü, gerekçeyi doğrulamamaktadır. Açıkçası, gerekçe ne derse desin, Kanunun hükmü, Anayasa hükmü ile çatışmaktadır.

Kanun, 127/2. maddesinde “İspat edilmiş fiilinden söz edilerek kişiye hakaret edilmesi halinde cezaya hükmedilir” demektedir. Bu hüküm, en başta, özellikle kişinin haber alma hakkını ölçüsüz bir biçimde kayıtladığından, kişinin onur, şeref ve saygınlığına saygı duyulmasını isteme hakki ve haber alma hakkı arasındaki çatışmayı en iyi bir biçimde çözümleyen, kamuyu ve bireyi birbirine feda ettirmeyen Anayasanın 36. maddesi hükmüne aykırıdır. Kamunun çıkarına aykırı olarak, kamunun çıkarının korunması görüntüsü altında bizzat kamu görevlisi kişiyi korumak, üstelik bir de suçun resen takibini sağlamak, özellikle basın çalışanlarını korkutarak, basın hürriyetini dolaylı olarak kısıtlamak olur.

Hüküm teknik olarak da hatalıdır, çünkü hükmün kapsamı ve sınırları belirsizdir. Gerekçe " ..kesin hükümle sonuçlanmış bir davayla işlediği sabit görülen bir fiilden bahisle kişiye hakaret edilmesi halinde cezaya hükmedilir. Böylece, daha önce işlediği bir suçtan dolayı mahkum edilmiş olan kişiye, bu suçtan bahisle hakaret edilmiş olmasının tasvip edilmez olduğu vurgulanmıştır" ... " Hakkında başlatılan soruşturma sonunda takipsizlik kararı veya açılan davada düşme, veya beraat kararı verilen kişiye, soruşturma ve kovuşturma konusu fiilden bahisle hakaret edilmiş olması halinde, hakaret edenin cezalandırılacağında kuşku yoktur " denmektedir. Görüldüğü üzere , madde hükmünde olduğu gibi gerekçede de, mantık biliminin kurallarına aykırı olarak bir bilinmeyenle diğer bir bilinmeyen açıklanmaya çalışılmıştır. Bu hükümden maksat, kişiye isnat edilen fiil, bir başka yerde yargılanıp doğru veya gerçek olmadığı bir hükümle tespit edildikten sonra, hala o isnadı gerçekmişçesine sürdürmeyi yasaklamaksa, zaten böyle bir davranış, bu hükme gerek olmadan suç olmaktadır.

Ancak, bu madde hükmünü, böyle anlaşılmamaktadır." İspat edilmiş fiilden söz edilerek kişiye hakaret edilmesi" ispat edilmiş fiilin haberini vermeyi de kapsamaktadır. Gerçekten, ör., "İhaleye fesat karıştırmak fiilinden birçok kez yargılanıp, delil yokluğundan berat eden kamu görevlisi A, bu kez de, yargılandığı ihaleye fesat karıştırmak fiilinden, her nasılsa, delil yetersizliği nedeniyle beraat etmiş veya takipsizlik kararı verilmiş veyahut zamanaşımından ötürü dava düşürülmüştür" biçimindeki bir haber, bu madde hükmü karşısında, hakaret suçunu oluşturacaktır. Bir suçtan birçok kez yargılanan ama her seferinde bir nedenle takipsizliğe uğrayan, hakkındaki dava düşen veya delil yetersizliğinden beraat eden bir kamu görevlisi hakkında, bu durumun haber yapılmasının suç sayılmasını anlamakta zorluk çekilmektedir. Kanun koyucudur, hikmetinden sual olunmaz, demekten başka bir çaremiz yoktur.

3.2. Savunma dokunulmazlığı

Kanun, 128. maddede, "İddia ve savunma dokunulmazlığı" madde başlığı altında adlî muafiyeti, yani savunma dokunulmazlığını düzenlemiştir.

Anayasa, "Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ... hakkına sahiptir" hükmünü koymuştur ( m. 36 ). İster iddia, isterse karşı iddia veya savunma biçiminde tezahür etsin, savunma hakkı, insanın temel haklarındandır ( AİHS, m.6/ 2, c ). Ayrıca, Anayasa, vatandaşa, siyasi haklar ve ödevler cümlesinden olarak, Dilekçe hakkı tanımıştır ( m. 74 )

Anayasa, " yargı mercileri önünde" hükmü ile, savunma hakkını " yargı " ile sınırlandırmıştır. Buna karşılık, CK' unu, Anayasanın 74. maddesi hükmüne uyarak, kişinin kendisi ve kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında "idari makamlar nezdinde yapılan sözlü ve yazılı başvuru" hükmü ile, savunma hakkının sınırlarını genişletmiş, yargı yanında, idarî başvurularda da bu kişiye hakkı tanımış bulunmaktadır.

Savunma dokunulmazlığı, bir hukuka uygunluk nedenidir. Hakkın kötüye kullanılması, yani her hukuka uygunluk nedeninin sınırının aşılmasında olduğu gibi bu hukuka uygunluk nedeninin sınırının aşılması da cezayı gerektirmektedir.

Savunma hakkı, "yargı mercileri", "idarî makamlar" ve işin icabı olarak buralarda yapılan "iddia ve savunma" ile sınırlıdır.

Adlî, idarî, askerî mahkemeler, Anayasa Mahkemesi, Yüce Divan ve Asliye Mahkemesi görevi yaptığında Kanunun Anayasanın ve Kanunun işaret ettiği yargı mercileridir. Kuşkusuz, Cumhuriyet Savcılığı, İnfaz Hakimliği, İcra Tetkik Hakimliği, yargı mercii içindedir. İdari makamlar, mevzuatına göre Dilekçe kabul etme görev ve yetkisine sahip bulunan, valilik, kaymakamlık, emniyet müdürlüğü vs. gibi idari organlardır.

Kanunun kullandığı "iddia ve savunmanın" terimi dardır, Kanunun maksadını ifade etmemekte, daha çok CMK' unda muayyen olan iddia ve savunmayı ifade etmektedir. Tarihi kanun koyucunun, 765 s. Kanunun " esprisini" anlamamış olması bir talihsizlik olmuştur. Madem Kanunu yorumluyoruz, "iddia ve savunmalar kapsamında" hükmünü 765 s. Kanunda olduğu şekli ile anlamamıza bir engel bulunmamaktadır. 765 s. Kanun, " Tarafların veya vekil, müdafi, müşavir yahut kanuni mümessillerinin bir dava hakkında kaza mercilerine verdikleri dilekçe, layiha veya sair evrakın yahut yaptıkları iddia ve müdafaaların" diyerek tüm tarafları ve taraf faaliyetini teminata kavuşturmuş olmaktadır. Ceza davası söz konusu olduğunda, savcı taraf mıdır tartışması yapılmıştır. Savcı kişi olarak taraf değildir, organ olarak taraftır. Böyle olunca, savcıya saldırı, savcının sanığa saldırısı, savunma dokunulmazlığının kapsamı dışındadır.

"İddia ve savunmanın kapsamı", yani muhtevası, 765 s. Kanunun ifadesiyle, "hakareti mutazammın yazı ve sözler" olmalıdır. Kanun, bunu, " kişilerle ilgili somut isnatlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması" biçiminde ifade etmiştir. Tüm hukuk düzenlerinde "Hakaret suçunun" ne olduğu bellidir. O nedenle, 765 s. Kanun hakareti mutazammın yazı ve söz diyerek, ifade edilmesi gereken her şeyi ifade etmiştir, çünkü suç olmayan şey, kanunun hakaret dediği söz veya yazı ile ifade edilen fiillerdir. Bir kere isnadın soyutu somutu nasıl olur, bu anlaşılmamaktadır, çünkü, isnadın doğrusu - yalanı, gerçeği - zahirisi veya hayalisi olur, ama isnadın soyutu - somutu olmaz. Öte yandan " olumsuz değerlendirmelerde bulunmanın" da hukuken hiçbir anlamı bulunmamaktadır, çünkü, "olumsuz değerlendirme" zaten ceza hukuku anlamında hakaret oluyorsa, hakaret " somut isnatta bulunmak" ifadesi ile sağlanmış bulunmaktadır; yok eğer hakaret olmuyorsa, bu kez de bunun hakaret suçu ile bir ilgisi bulunmamaktadır, öyleyse yeri burası değildir.

Sonuç olarak, savunma dokunulmazlığının sınırı, hakaret suçudur. Hakaret suçu oluşturmayan veya başka bir suç oluşturan yazı ve sözler, ör., iftira, suç uydurma vs., savunma dokunulmazlığının kapsamı dışındadır.

Hakaret suçu oluşturan yazı ve sözler görülmekte olan dava, yargılanmakta olan isnatla doğrudan bağıntılı olmalıdır. Dava veya isnatla doğrudan bağıntısı bulunmayan hakareti muhtevi yazı ve söz savunma dokunulmazlığının sınırları dışında kalmaktadır. Kanun, bunu, "... isnat ve değerlendirmelerin gerçek ve somut vakıalara dayanması ve uyuşmazlıkla bağlantılı olması " biçiminde ifade etmiştir. Kanunun ifadesi düzgün değildir. Bir şey "gerçek" ise, eğer Tanrıyı, melekleri, uhrevî alemi, vs. tartışmıyorsak, o şey somuttur, dolayısıyla "gerçek ve somut" ifadesi yanlıştır. Herhalde kendi terminolojisine sadık kalmak zorunda olan bir kanunun, bunu, 125. maddede kullanılan ifade kalıbında ifade edilmesi gerekirdi. Tarihi Kanun koyucunun görmezlikten geldiği, 657. s. Kanun kendi sistemine sadık kalmış, savunma dokunulmazlığının suç bakımından sınırını, 480. maddede düzenlediği hakaret suçunu oluşturan fiillerle sınırlandırmıştır. Böyle olunca, "Sövme" savunma dokunulmazlığının kapsamı dışında kalmaktadır. Bu demektir ki," uyuşmazlığın " tarafı olan bir kimse, iddia ve savunma hakkını kullanma görüntüsü altında, hiçbir adla, uyuşmazlığın tarafı olan diğer bir kimseye karşı, yazılı ve sözlü olarak Sövme suçu olarak nitelendirilebilecek olan bir fiil izafe edemez.

İdarî makamlar nezdinde yapılan yazılı ve sözlü başvuru söz konusu olduğunda, savunma dokunulmazlığının sınırı, başvurunun konusunu oluşturan şikayet veya taleple sınırlıdır. Şikayet veya taleple doğrudan ilişkili olmayan sözlü ve yazılı açıklamalar, savunma dokunulmazlığının dışındadır. Şartları varsa fiil hakaret suçunu oluşturur.

İddia, savunma ve idarî başvurular zımnında sarf edilen sözler, yapılan açıklamalar, uyuşmazlıkla veya başvuru ile doğrudan bağıntılı olmalıdır. Ortada doğrudan bir bağıntı yoksa, bu halde, hukuka uygunluk nedeninde sınırın aşılması söz konusu olur ve 27. madde hükmü uygulanır.

4. Kusurluluk

Hakaret suçunda kusur kasttır. Suçun taksirli biçimi yoktur.

Kast genel kasttır. Kast, hakaret oluşturan fiilini bilmesi ve o fiili istemesi iradesidir. Hata (CK. m. 30 ) kastı kaldırır. Kişinin, korkutma veya tehdit ( m. 28 ) ile hakaret suçunu işlemeye zorlanması, kusurluluğunu kaldırır, ceza verilmez.

Kusurluluğu kaldıran bu genel nedenler yanında, Kanun, kusurluluk üzerine etki eden özel nedenlere de yer vermiş bulunmaktadır.

Bunlar, karşılıklı hakaret veya sövme, haksız bir fiile tepki olarak işlenen hakaret veya sövmedir. Her ikisi, genel olarak kusur üzerine etkili olduğu kabul edilen haksiz tahrikin, ceza kanunlarına giren, hakarete özgü özel bir halini oluşturmaktadır.

4.1. Kusurluluğu kaldıran veya azaltan özel nedenler

4.1.1. Karşılıklı hakaret

Kanun, karşılıklı hakareti 129/3. maddesinde düzenlemiştir.

Kanun “Hakaret suçunun karşılıklı işlenmesi halinde, olayın mahiyetine göre, taraflardan her ikisi veya biri hakkında verilecek ceza üçtebirine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir” demektedir. Kanun indirimde veya ceza vermekten vazgeçmede bir ölçü koymuş değildir.

Gerçekten, Kanun “olayın mahiyetine göre” demekle takdirde göz önüne alınabilecek bir ölçü getirmiş olmamaktadır. İşin esasına bakılırsa, 657 s. Kanunun “Eğer iki taraf karşılıklı olarak birbirini tahkir etmiş bulunursa mahkeme icabına göre iki taraf veya hangi tarafın sebebiyet verdiğini nazara alarak yalnız biri hakkında cezayı ıskat edebilir” hükmü, ötekine nazaran çok daha mükemmeldir. Hakimin, takdirini kullanırken, bu hükmü göz önüne alması, olası keyfi uygulamaları önleyecektir.

4.1.2. Haksız tahrik

Kanun, 129/1. maddesi hükmünde, hakaret suçunun, haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi halini düzenlemiştir. Madde metni doğru, madde başlığı yanlıştır, çünkü, “haksız fiil” başka şey, “haksız bir fiil” başka şeydir. Haksız fiilin ne olduğu, Borçlar Kanununda ( m. 41 ) bellidir. Burada, haksız fiil değil, haksız bir fiil söz konusu olmaktadır.

Madem haksız tahrikin özel bir hali ile karşı karşıya bulunulmaktadır, bu indirimden veya cezasızlık nedeninden yararlanılabilmesi için, haksız tahrikte olduğu gibi, fiilin haksız olması gerekmektedir. Gerçekten, ör., ev sahibinin herkesin önünde kiracıdan kirayı istemesi, haksız bir fiil değildir, dolayısıyla burada haksız bir fiilden söz edilemez.

Haksızlığın etkileri kişi üzerinde devam etmekte olmalıdır. Failin hakaret suçunu işlediği ensede fiilin etkileri üzerinden kalkmışsa, artık bu nedene dayalı, olara ceza indirimi yapılamaz.

Failin, fiilini, “haksız bir fiile tepki olarak” işlediği saptandığında; faile verilecek ceza üçtebirine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir.

Ancak, Kanun, kasten yaralama suçuna bir ayrıcalık tanımıştır. Gerçekten, Kanun, hakaret suçunun, “kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi halinde, kişiye ceza verilmez” demektedir. (m. 129/2 ). Bizce, 657 s. Kanun 485/3. maddesi hükmü daha doğrudur, çünkü Kanun, özenle “kasıtlı müessir fiil” demekten kaçınmış; “Şahsı hakkında şiddet kullanılmasından dolayı…” diyerek, cezasızlığı, sadece kasten yaralama suçuna inhisar ettirmek istememiştir. Esasen doğrusu da budur.

Gerçekten, sadece yaralama suçlarında değil, birçok suçta, ör., öldürmeye teşebbüs, cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, vs., suçlarında da kişinin "şahsı hakkında şiddet kullanılması" mümkündür. Bu hallerde fiil zaten suç da teşkil etmemektedir, çünkü "hakkında şiddet kullanılan" kişinin, şiddet kullanana karşı maddi olarak hakaret suçunu oluşturan fiilleri olmakla birlikte, hakaret kastı bulunmamaktadır, dolayısıyla fiil hakaret suçunu oluşturmamaktadır. Yargıtay, birçok kararında " tehevvüren söylenen sözlerin" hakaret suçunu oluşturmadığını kabul etmiştir. Ancak, ortada bir hukuka uygunluk nedeni bulunmadığından, Kanun hükmünü, genişletici yorumla genişletmek mümkün değildir. Öyleyse, sadece kasten yaralama suçuna tepki olarak işlendiğinde, failine, hakaret suçundan ceza verilmeyecektir.

5. Hakaret ve sövme suçunun tezahür biçimleri ve suçun halleri

Ceza Kanununun suçların tezahürüne ilişkin genel hükümleri özelliklerini yansıtmak kaydıyla hakaret ve sövme suçlarında da geçerlidir. Gerçekten, hakaret ve sövme suçlarının teşebbüs derecesinde kalması, birden çok kişi ile birlikte işlenmesi, suçların içtimaı imkansız değildir. Ayrıca, Kanun, 125/3. maddesinde, üç bent halinde, 125/4. maddesinde suçun hallerinden suçu ağırlaştıran nedenlere de yer vermiştir.

5.1. Teşebbüs, iştirak, içtima

Hakaret ve sövme suçları neticesiz suçlardırlar. Neticesiz suçlarda, hareket parçalara bölünebildiği taktirde, teşebbüsün mümkün olduğu kabul edilmektedir. Hakaret ve sövme suçlarında sadece "mektupla hakaret" edildiğinde hareket parçalara bölünebilmekte ve genel olarak teşebbüsün varlığı kabul edilmektedir. Bunun dışındaki hallerde hakaret ve sövme suçuna teşebbüs mümkün değildir. Kanun hakaret ve sövmenin alenen ve basın yoluyla işlenmesini cezayı ağırlatıcı neden saymıştır. Aleniyet bir suçun unsuru olarak bile alındığında, zaten aleniyetle birlikte suç oluşturan fiil işlenmeye başlandığından ve suç tamamlandığından, bu halde teşebbüs mümkün değildir. Basın yoluyla suçun işlenmesine gelince, zaten yayın şartı yoksa suç da yoktur, dolayısıyla olmayan bir suçun teşebbüsü de olmaz.

Suçun iştirak halinde işlenmesi mümkündür. Birden çok kimse birlikte hakaret suçunu oluşturan bir karikatür, resim, heykel, müzik, vs. yaptıklarında iştirak halinde suç işlemiş olurlar. Hakaret ve sövme içeren bir mektup bir tek kişi tarafından yazılabileceği gibi, birden çok kişi tarafından da birlikte yazılabilir. Sözlü hakarette, failin azmettirilme, faile telkin ve tavsiyelerde bulunulması imkansız değildir. Ancak, yazılı veya sözlü fiile katılmaksızın sadece taşıyıcı olmakla, suça iştirak edilmiş olunmaz. Gerçekten, bir mektubu bir haberi, içeriğine katılmaksızın, sadece muhatabına götüren, yani salt taşıyıcı, postacı olan kişi hakaret suçunun failinin fiiline iştirak etmiş olmaz.

Hakaret ve sövme suçunun, başka bir suçla içtimai da mümkündür. Kanun 125/5. maddesi hükmünde kanundan doğan bir zincirleme suç biçimine yer vermiştir. Kanun, " Kurul halinde çalışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı hakaret edilmesi halinde" suçu kurulu oluşturan kişilere karşı işlenmiş saymakta, ancak suçun, zincirleme suç " olduğunu kabul etmektedir. Öte yandan, bir ifadenin hem hakaret, hem de müstehcen olması mümkündür. Bu halde bir fiille kanunun iki ayrı hükmü ihlal edildiğinden, tabii, fikri içtimaın uygulanması gerekmektedir.

5.2. Suçu ağırlatan nedenler

Kanun suçu çevreleyen nedenlerden sadece suçu ağırlatan nedenlere yer vermiştir. Kanun bu konuda ilginç bir yöntem izlemektedir. Kanun, ya temel cezayı asgari haddinin üstünde yüksek tutarak suçu ağırlaştırmakta, ya da çıplak suçun cezasını belirledikten sonra bu ceza üzerinden belli bir oranda cezayı artırmaktadır. Gerçekten, Kanun 125/3. maddesinin a, b, c bentlerinde temel ceza üzerinden giderek cezayı artırmakta, buna karşılık, 125/4. fıkra hükmünde cezanın belirlenmesinden sonra cezayı artırmaktadır.

5. 2.1. 2. Düşünce inanç ve kanaatten dolayı hakarete uğramak

Din hürriyetine karşı suçlara yer vermeyen Kanun, kanun önünde eşitlik ilkesini sağlayarak değil, aslında bu ilkeyi çiğneyerek, Dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığının rencide edilmesini cezayı artırıcı bir neden saymıştır ( m. 125/3, b ). Bu halde, cezanın alt sınırı, bir yıldan az olamaz.

Ancak, Kanun, 125/3, b maddesi hükmünden anlaşıldığı üzere, Dini, siyasi, felsefi inanç, düşünce ve kanaatini açıklamamasından, değiştirmemesinden, yaymaya çalışmamasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmamadan dolayı bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığının rencide edilmesini cezayı artıran bir neden saymamıştır. Gerçekten, ör., oruç tutmayan, namaz kılmayan, içki içen, dinini yaymaya çalışmayan bir kimsenin başkaları ile ihtilat edilerek yerilmesi, aşağılanması, kınanması halinde failin fiilinin hakaret veya sövme sucuna vücut verip vermediği tartışması bir yana, hakaret veya sövme sayıldığında ceza artırılamayacaktır. Böylece, Kanun, düşünce inanç ve kanaatleri bakımından inananlar arasında fark yaratmıştır.

Öte yandan, “felsefi inanç” ifadesi doğru bir ifade değildir, çünkü bir şey inançsa, felsefe değildir, felsefe ise inanç değildir. Söz konusu ifadenin 1961, 1982 Anayasasında da yer almış olması ona doğruluk sağlamaz.

Dinler, inançlar, siyasi düşünceler, felsefi kanaatler arasındaki çatışma, zıtlık ezelidir. Bunların tarafı kişilerin karşılıklı zıtlaşmalarına, birbirlerini eleştirdiklerine tarih tanıktır. Din hürriyetine karşı saldırıları, yerinde değil de, kişiye karşı suçlar arasında düzenlemek, kanun önünde eşitlik ilkesini ihlal etmek bir yana, ifade hürriyetini AİHS’ in 9 ve10. maddelerine aykırı bir biçimde kayıtlamaktır.

Dini, siyasi, felsefi inanç, düşünce ve kanaatini “açıklamasından” “değiştirmesinden” “yaymaya çalışmasından” dolayı, bir kimsenin eleştirilmesi, kınanması, yerilmesi, kısacası onur, şeref ve saygınlığının rencide edilmesi halinde, 125/1. maddede hakaret için öngörülen cezanın alt sınırının bir yıldan az olmaması gerekmektedir. Gene, Bir kimsenin, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı kınanması, yerilmesi, kısaca onur, şeref ve saygınlığının rencide edilmesi halinde verilecek cezanın alt sınırı bir yıldan az olmayacaktır.

5. 2.1. 3. Kişinin dininde kutsal sayılan değerlerden bahisle hakarette bulunmak

Kanun kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle hakarette bulunmayı ve sövmeyi cezayı artırıcı bir neden saymıştır ( 125/3, c ) . Kanun, Din hürriyetini cezaî himayenin konusu yapılmadığından, Din, kişiye izafeten, hakaret ve sövme suçları içinde düzenlemiştir.

“Kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerler” hükmünün kapsamı ve sınırları belirsizdir. Gerçekten, ör., A, B’ ye, “ Dinini, imanını …. edeyim” , “ Allahsız, seninle Allah başa çıkamaz, kitapsız” veya “Orucunu, namazını al başına çal, serseri ” vs., derse, bu ve benzeri ifadeler Kanunun 125/1. maddesi hükmünün ihlali mi, yoksa 125/2, c maddesi hükmünün ihlali mi olacağı hususu pek belli değildir. Hüküm, ancak daraltılarak yorumlanabilir. Böyle olunca, sövme, herhalde hükmün kapsamı dışında kalacaktır.

5. 2. 2. Verilecek ceza üzerinden cezanın artırılması

Kanun, 125/4. maddesi hükmünde, hakaretin alenen işlenmesi halinde, cezanın, faille verilecek ceza üzerinden, altıdabir oranında artırılmasını öngörmüştür.

Bu hüküm karşısında, sadece hapis cezası verilebilir ve bu ceza üzerinden ceza artırımı yapılabilir. Kanun, burada, 125/1.maddesi hükmünde öngördüğü seçenekli cezadan hapis cezasına itibar etmiştir.

Kuşkusuz aleniyet ihtilattan farklıdır. Kanun, gerekçesinde, aleniyeti “ fiilin gerçekleştiği koşullar itibarıyla belirli olmayan ve birden fazla kişiler tarafından algılanabilir olması “ olarak tanımlanmıştır. Hakaret, alenen işlendiğinde ceza artırılıyor.

Hakaretin Basın yoluyla işlenmesi, alenen işlenmesidir. Öyleyse, Hakaretin Basın yolu ile işlenmesi, cezayı ağırlaştıran bir nedendir. Kanunun, 2005-5377 s. Kanunla değiştirilmiş olması, hakaretin Basın yoluyla işlenmesini, ağırlatıcı neden olmaktan çıkarmamış, sadece cezanın ağırlaştırılması oranı değişmiştir.

6. Ceza

Hakaretin cezası üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır.

Hapis veya adli para cezasından birinin verilmesini hakim takdir edecektir. Her halde, hakim, iki cezadan birini seçerken Kanunun 61. maddesi hükmünü dikkate alacaktır.

Kanun, hapis cezasının asgari ve azami hadlerini gösterirken, adli para cezasının asgari ve azamı haddini göstermemiştir. Bu durumda, zorunlu olarak genel hüküm olan Kanunun 52. maddesi hüküm uygulanacaktır. Böyle olunca, hakarette adli para cezası, beş günden az ve yedi yüz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısı esas olmak üzere hesaplanacak para miktarıdır.

Kanunun hükmü çelişkilidir, çünkü seçenekli cezalar arasında bir denklik bulunmamaktadır. Hakaretin cezasını üç ay hapis cezasından başlatan bir kanun, herhalde para cezasını beş gün esası üzerinden başlatamaz, çünkü bu, Kanunun kendisi ile çelişmesi olur. Öyleyse, para cezasının hesabında esas alınacak asgari gün sayısı, üç ay itibarıyla doksan günden, iki yıl karşılığı olan gün sayısı kadar olan gün sayısıdır ( m. 61/9 ). Kanun, “…aksine hüküm bulunmayan hallerde yediyüz otuz günden fazla olamaz” dediğine göre, hakaretin cezasının üst sınırı olan iki yıl, yediyüz otuz günün içindedir. Bu demektir ki, hakarette, para cezanın alt sınırı, doksan gün; üst sınırı, yediyüzotuz gün üzerinden hesaplanacak para cezasıdır.

Öte yandan, suçun nitelikli hallerinde, ceza hükmü, suçun basit şekli olan 125/1 maddedeki ceza hükmünden farklılık göstermektedir. Gerçekten, suçun nitelikli hallerinde, Kanun, cezada seçenekliliğe açıkça yer vermiş değildir. Kanun ceza hükmü koyarken ya "alt sınır bir yıldan az olamaz" ya da "ceza altıdabır oranında artırılır" demektedir. Kanunun suskunluğu karşısında, daha önce belirtik, suçun nitelikli hallerinde, ceza olarak, sadece hapis cezasına yer verildiği sonucu çıkarılmaktadır. Kanunda para cezası hürriyeti bağlayıcı cezaya nazaran daha hafif bir ceza sayıldığından ( m. 7 ), Kanun koyucunun suçun nitelikli hallerinde seçenekli ceza bakımından suskun kalması, bir unutma değildir, sadece çelişkiye düşmemek konusunda yapılan bir tercihtir. Öyleyse, Kanun, suçun nitelikli halleri için, hürriyeti bağlayıcı ceza veya para cezasını değil, sadece hürriyeti bağlayıcı cezayı kabul etmiş bulunmaktadır. Kanunun 130/2. maddesi hükmü bizi kanıtlamaktadır, çünkü Kanun, burada da seçenekli bir ceza hükmüne yer vermemiştir.

7. Ölüye hakaret

7.1. Mahiyeti

Kanun, 130. maddesi hükmünde, “ Kişinin hatırasına hakaret” madde başlığı altında, ölümle birlikte “kişi” olmaktan çıkan “ölüyü” cezai himayenin konusu yapmıştır.

Kanun, maddenin 1.fıkrasında “bir kimsenin öldükten sonra hatırasına hakareti”, 2. fıkrasında “ölünün cesedini” veya kemiklerini almayı cezalandırmaktadır.

Elbette, ölü cezai himayenin konusu olur , ama “Kişilere Karşı Suçlar” arasında cezai himayenin konusu olamaz, çünkü ölü, ne kişidir, ne de şeydir. Böyle olduğu içindir ki, ölülerine saygılı olan uygar uluslar, ölüyü, Din hürriyetine karşı suçlar arasında cezai himayenin konusu yapmaktadırlar.

Diri ile ölü aynı yerde düzenlenemez, çünkü diri ölü, ölü de diri değildir. Öyleyse, ne aynı şey olmayan iki şey, ne de aynı şeye ait olmayan iki şey aynı yerde düzenlenebilir.

GAZETECİLERİN TAHRİBATI:

“İhtar-ı Mahsus

Gazeteci denilen huteba-i umumî, iki kıyas-ı fasidle milleti bataklığa düşürtmüştür.

Birincisi: Vilayatı, İstanbul’a kıyas ederek… Halbuki elifbayı okumayan çocuklara felsefe dersi verilse sathî olur.

İkincisi: İstanbul’u Avrupa’ya kıyas etmişler. Halbuki bir erkek, kadının kametinden istihsan ettiği libası giyinse maskara ve rezil olur.” Hutbe-i Şamiye: 87

Divan-ı Harbi Örfi:8 mütenasib bir esvab iktisaı lüzumundan bahseder. Müşarün-ileyh de: “Siz Avusturya’ya güya boykot yapıyorsunuz. Hem onun yolladığı kalpakları giyiyorsunuz. Ben ise, bütün Avrupa’ya boykot yapıyorum[[3]](#footnote-3), onun için yalnız memleketimin maddî ve manevî mamulâtını giyiyorum” buyurmuştur.

Elyevm, Said Nursî memleketine döndü. Karışmış İstanbul’un hava-i gıll ü gışından ve tezviratından ve bedraka-i efkâr olmak lâzım gelen gazetecilerin bazılarının bütün fenalıklara bâdî ve bütün felâketlerin müvellidi olduklarını görerek bu derece açık cinayetlere tahammül edemeyerek me’yus ve müteessir; vahşetzâr fakat munis, vefakâr ve nâmusperver olan dağlarına döndü. İsabet etti. Kimbilir belki en büyük icraatından biri de budur.

Naşiri

Ahmed Ramiz

(Rahmetullahi Aleyh)

“BEŞİNCİ CİNAYET: Gazeteler iki kıyas-ı fasid cihetiyle ve haysiyet kırıcı bir neşriyat ile ahlâk-ı İslâmiyeyi sarstılar. Ve efkâr-ı umumiyeyi perişan ettiler. Ben de gazetelerle, onları reddeden makaleler neşrettim. Dedim ki:

Ey gazeteciler! Edibler edebli olmalı, hem de edeb-i İslâmiye ile müteeddib olmalı. Ve onların sözleri, kalb-i umumî-i müşterek-i milletten bîtarafane çıkmalı. Ve matbuat nizamnamesini, vicdanınızdaki hiss-i diyanet ve niyet-i hâlisa tanzim etmeli. Halbuki, siz iki kıyas-ı fasidle, yani taşrayı İstanbul’a ve İstanbul’u Avrupa’ya kıyas ederek efkâr-ı umumiyeyi bataklığa düşürdünüz. Ve şahsî garazları ve fikr-i intikamı uyandırdınız. Zira elifbâ okumayan çocuğa, felsefe-i tabiiye dersi verilmez. Ve erkeğe, tiyatrocu karı libası yakışmaz. Ve Avrupa’nın hissiyatı, İstanbul’da tatbik olunmaz. Akvamın ihtilafı; mekânların ve aktarın tehalüfü, zamanların ve asırların ihtilafı gibidir. Birisinin libası, ötekinin endamına gelmez. Demek Fransız büyük ihtilâli, bize tamamen hareket düsturu olamaz. Yanlışlık, tatbik-i nazariyat ve mukteza-yı hâli düşünmemekten çıkar.

Ben ki ümmi bir köylüyüm, böyle cerbezeli ve mugalatalı ve ağrazlı muharrirlere nasihat ettim; demek cinayet işledim...” D:18

“Fıkıhla uğraşan ve fıkhı bilen kimseye fakîh (cem'i fukahâ) denir. Fakîh, şer'î (dînî) hükümleri, tafsîli delillerden istinbat eden (çıkarıp ortaya koyan) fıkıh âlimidir. Geniş fıkıh bilgisine sahip olan bir kimse, aynı zamanda müctehit derecesindeki bir din bilginidir. Nitekim bir âyette Allah meâlen şöyle buyurdu: "Onlara emniyet veya korku ile ilgili tatlı veya acı bir haber (veya bir emir, bir şey) geldiğinde hemen onu etrafa yayarlar; halbuki onu, Allah'a, Rasulullah'a ve selahiyet sahibi kimselere götürselerdi, onların arasında istinbat ve istihrac edebilecekler (işin iç yüzünü anlayanlar) her halükârda onun ne olduğunu bilirlerdi (ne yapacağını anlar ve anlatırlardı)."[[4]](#footnote-4) Bu âyet, müslümünların halledilmesi gereken işlerinin veya idarî, hukukî meselelerinin çözümünü mutlaka ehil olanların, işin mütehassısı, müçtehidi ve hakkıyla sahibi bulunanların yapması gerektiğini açık ve veciz bir şekilde beyan ediyor. İslam hukuku hakkında ancak âlim ve müctehit olanların söz sahibi olabileceklerini cahillerin ise bu işe karışamayacaklarını kesin bir dille ifade ediyor. Her işte mutlaka ilim ehline müracaat edilmesi mecburi tutuluyor.[[5]](#footnote-5)

Diğer bir âyet meâli de şöyledir: "Müminlerin tamamının toptan sefere çıkmaları doğru değildir. Onların her bir fırkasından bir grup, fıkıh tahsili ve kavimleri harpten döndüklerinde onlara ikazda(irşatta) bulunmak için geride (bulundukları yerde) kalmalıdırlar. Belki kavimleri böylece kötülüklerden sakınırlar."[[6]](#footnote-6)

Görülüyor ki, Allah fakihlerin, cemiyetin hukuki sistemini ayakta tutmalarını ve cemiyette mutlaka din ilmini bilen kimselerin olmasını istiyor. Hukukçulara çok önemli bir görev yüklüyor ve onların değerinin bu vesile ile artacağını beyan ediyor. Keza din ilmi için bir seferberliğin gerekliliğini farz kılıyor...[[7]](#footnote-7)

Allahın Rasulü (s.a.v) de fukahânın önemini ve fıkıh ilminin cemiyetin en önemli düzenleyicisi, huzur ve sükûnunun sağlayıcısı olduğunu şu meâldeki hadisi ile vurguluyor.

"- Alahu Teâlâ kimin hayrını isterse ona din ilminden (fıkıhtan)derin bir anlayış verir. (onu fakîh kılar). Ben verici değil, taksim ediciyim. Veren Allahtır. Bir de bu ümmet, Allah'ın emri (ve kazası) ortaya çıkıncaya (kıyamet kopuncaya) kadar emr-i İlâhi (ye mütebeat) üzere hep sabit kadem olup duracak ve kendilerine muhalefet edenlerden zarar gelmeyecektir"[[8]](#footnote-8)

3 W.Barthold-Fuat Köprülü, İslâm Medeniyeti Tarihi, Ankara, 1963, s.227; Ansay, S.Şakir, Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, Ankara 1958, s.7; Schacht, Jaseph, İslam Hukukuna Giriş, Ankara, 1977, s.9 (Çevirenler Abdulkadir Şener-Mehmet Dağ)

"Hz.Peygamberin bu yüce kelâmı, Muhammed ümmetinin kıyamet gününe kadar pâyidâr olacağına işaret olduğu gibi, "Ümmetimden daima hak üzere galip ve zâhir; muhaliflerinden kendilerine zarar gelmez bir grup hiç eksik olmayacaktır", hadis-i şerifinin medlûlüne muvâfakatı da vardır."[[9]](#footnote-9)

Fıkhın yanında ona en büyük yardımcı olan bir ilim de Fıkıh usûlüdür. Fıkıh Usûlü, şer'î hükümleri delillerden doğrudan doğruya istinbat için belli kaidelerden behseden ilmî disiplinin adıdır. Ve fıkıh için çok önemli bir alt yapı hazırlar. Hukukçuya hukukî meleke (nosyon) kazandırır ve onu hukukcu kılar.[[10]](#footnote-10)

Dinî karakterli ve dinî merkezli olan İslam Hukuku aynı zamanda vahye müstenit bulunan en son ve en mükemmel hukuk sistemidir. İhtiva ettiği ibâdât, muâmelât ve ukûbat gibi kısımlarıyla ilgili hükümler tamamıyla Kur'an ve Sünnet'e ve bu ikisinin imkân verdiği icma, kıyas ve diğer bir çok tâli delile dayanır. Bu hukuk her şeyden önce hatta akıldan da evvel vahye dayalı, vahye endeksli bir hukuktur. Bunun böyle olduğu öncelikle Kur'an tarafından belirtilimiştir. Buna delil olarak bir çokları arasında şu ayetin meâlini zikredebiliriz:

"... Bugün kâfirler dininden (onu ortadan kaldırıp yok etmekten) ümitlerini kestiler. Onlardan korkmayın, benden korkun. İşte bu gün sizin için dininizi kemâle erdirdim, üzerinize nimetimi tamamladım ve sizin için din olarak da İslama razı oldum..."[[11]](#footnote-11)

O halde dinin, dolaysıyla onun en önemli ve ayrılmaz parçası olan hukukun tüm hükümleri için helal veya haramlarının ve bunları elde etme usûllerinin ortadan kalkması, silinip gitmesi mümkün değildir.[[12]](#footnote-12) Aşağıda mealini yazacağımız şu iki hadis de bu konuda gelmiş olan önemli haberlerdendir:

Allah’ın Rasulü, Muâz'a soruyor: Sana dinî bir mesele getirildiğinde ne ile hükmedersin? O "Allah'ın kitabıyla" dedi. Bunun üzerine; ya onda bulamazsan, diye sorduğunda cevaben, "Peygamberin sünnetiyle" dedi. "Onda da bulamazsan ne yaparsın" deyince "kendi rey ve ictihadımla hükmederim" demesinden Allah Rasülü son derece memnun oldu”[[13]](#footnote-13)

“Size iki şey bırakıyorum. Eğer bunlara sıkı sarılırsanız, asla doğru yoldan çıkmazsınız: Onlar Allahın Kitab'ı ve Rasûlü'nün sünnetidir”[[14]](#footnote-14)

Birinci hadis hem teşrî usûlünün, hem hükümlerinin ana kaynaklarını, ikincisi de keza fıkhın ana kaynaklarını açıkça belirtiyor. Batı kaynaklı modern hukuk sistemlerinde kanun yapma selâhiyeti, Anayasanın tayin ettiği yasama meclislerine aittir. Buna karşılık İslam Hukukunda teşri ve teşri yolları bizzat Allah’a ve onun izni ölçüsünde Rasulullah’a aittir. Hâkim ve Şâri olan bu ikisidir... Derin ilim sahibi müçtehitler, Allahın Rasulü tarafından konulan esas kuralların kendi zamanlarında rahatça anlaşılmasına, halka loş ve boş gibi gelen sahaların aydınlanmasına yardımcı olmuşlardır.[[15]](#footnote-15) “İslam Hukuku, Kutsal hukukun bilhassa öğretici bir örneğini teşkil eder. Bu hukuk, diğer bütün hukuk şekillerinden apayrı bir hadisedir.” Adı geçen hukuk bu yönüyle de araştırılmaya ve incelenmeye değer bir sistemdir.[[16]](#footnote-16)

İslam hukuk felsefesi haklı olarak herkesin takdirini kazanmış bir bilim dalıdır. İslam Hukuku da halkın üzerinde bir yük değildir. O “bir kutsal (Şer’i) hukuk olduğu halde, akıl dışı değildir, akla uygun bir sistemdir. Vahyin akıl dışı bir gidişinden değil, ancak aklî yorum metodundan doğmuştur. Hukuki esaslara, ahlâki ve dini ölçüler katılarak yapısal çatısı oluşturulmuştur. İslam hukukçularının beyanına göre, fıkhî hükümler hüsn (iyi ve güzel) ve kubh (çirkin ve kötü) üzerine istinat eder. İyi olan alınacak ve uygulanacak, kötü olan da terkedilecektir. Tamamen iyi ve güzel olanların yapılması mecburi (farz) dir. Bir şeyin iyi tarafı galipse, o müstehaptır. Yapılması veya yapılmamasında herhangi bir günah veya sevap bulunmayan şeyler mübahtır. Bir şeyde kötülük galip ise o mekruh, eğer kötülük kesin olarak mevcutsa o şey yasak ve haram olur. İnsan davranışlarıyla ilgili bu beş esas, hem mâkul hem de İslam kanununun vahye dayalı ve ilahî kökenli olmasıyla birlikte akla ve akl-ı selime (sağduyuya) uygun düşer.[[17]](#footnote-17)

İslam fıkhı, tarih boyunca gelişmesini tamamlarken, siyasî iktidardan, devlet tasallutundan tamamen uzakta durmuş, her türlü haricî tesirin dışında kalarak kendi sağlamlığını korumuş; hatta zaman zaman parçalanmış tüm İslam dünyasında birleştirici bir rol oynamıştır. Keza İslam hukukunun bariz vasıflarından biri de, onun bir “hukukçular hukuku” olmasıdır. O, büyük müctehitler eliyle vücûda getirilmiş ve geliştirilmiştir. Devletin bu hukukun tekevvün ve gelişmesinde herhangi bir dahli olmamıştır. Sadece hukuk ilmi, teşrîî bir rol oynamıştır. Bir çok fıkıh el kitabı, kanun kitabı gibi itibar görmüştür. Bunun sebebi ise, İslam hukukunun en başta dinî bir otoriteye dayanması İslam fıkıh ilminin kendi sağlamlığını ve devamlılığını teminat altına almış olmasıdır.[[18]](#footnote-18)

İslamiyet, ferdi içten derinliğine, cemiyeti de dıştan genişliğine kuşatmış olan yüce bir disiplinin, kanunlar ve vazifeler yumağının bir adıdır. O, bir kanunlar manzumesidir. Bu manzumenin Kur’an diliyle[[19]](#footnote-19) bir ismi de Şeriattır. Allahın kurduğu bu müessese hayatın her sahasına damgasını vurmuş, her şeyi kendi şemsiyesi altına almıştır. Allah dünyayı ve ondaki her şeyi yarattığı gibi dünyadakilerin huzur ve saadet içerisinde yaşayabilmesi için gerekli olan her türlü düzenleyici emirleri de bizzat vermiştir. Öyleyse her şey O’na tam inanmakla başlar.

İslam fıkhı, bir hukuk ilmidir. Mücerret kanunlardan ibaret değildir. İslamiyetten önce diğer milletlerin bir hukuk ilmi yoktur. Yunanlıların, Hinduların, Çinlilerin, Babillerin, Romalıların ve diğer milletlerin kanunları vardı; ama hukuk ilimleri mevcut değildi. İnsanların hatt-ı hareket kaideleri üstünde kanunların kaynakları hukukun felsefesi, teşri metotları, tefsir, tatbik vesaire gibi meslekleri ele alacak ilmî bir disiplin ancak İslamiyetle gelmiştir. Dünyada böyle bir konu üzerinde yazılmış ve bize kadar gelmiş ilk eser, İmam Şafiînin Risale adlı kitabıdır.[[20]](#footnote-20) Ezelî ve ebedî hakikatlerin bütünü olan fıkhın alt yapısını hatta kendisinin kendisi olmasını sağlayan fıkıh usûlü ilmidir.

Fıkıh, Allah ve Rasülü tarafından vazedilmiş esasların, fıkıh usûlü sayesinde daha önce mevcut olan bir fıkıhtan doğmamıştır. Aksine kendi kendine var olmuştur...[[21]](#footnote-21) İslam hukukunun dikkat çekici ve orijinal hususiyetlerinden birisi de kuralların dinî sevap ve ikapla çevrili olmasıdır. Mesela, suçlu cezasını çeker, aynı zamanda tövbe etmiş olur ve ahiret yurdunda rahat eder ... İyilik yapan kimse de hem insanlara dolayısıyla cemiyete yararlı olur, hem de sevap kazanır.[[22]](#footnote-22)

Diğer taraftan İslam fıkhı girdiği ve idare ettiği cemiyeti ve insanları değiştirir. İnandırma ve ikna etmek yoluyla ve kuvvetli olan ilâhi yönüyle yepyeni bir insan ve hukuk cemiyeti oluşturur.[[23]](#footnote-23)

Fıkıh değişmez kanun ve kurallarının yanısıra örf ve âdet hukukuyla ilgili esasları ve akılcı yönü sayesinde ve güçlü fakihlerin elinde daima her toplum ve her çağa uyacak bir keyfiyete de sahiptir. Kendi akılcı iç dinamikleri her zaman buna imkân verir ve vermiştir de...

İslam ulemâsına göre deliller, aklî ve naklî diye ayırırlar. Buna göre İslamiyet selim akla gereken en fazla değeri de vermiştir. Yeter ki, akıl tam olarak tecelli etsin ve gerektiği zaman kendi sınırlarını öz eliyle çizip haddini bilsin ... Akıl, İslamın kendisini serbest bıraktığı yerlerde istediği gibi hareket eder. Serbest bırakılmadığı yerlerde de hiç hareket edemez. Kendisine daima vizeyi İslam verir. İşte fıkıh, bu selim aklın, nasslardan elde ettiği emir ve nehiylerden oluşan mukaddes ölçülerin çerçevesidir ...

İslam Fıkhı, umumî hukuk tarihi özellikle de İslam hukuk tarihi bakımından oldukça önemli bir sahadır. Hele Türk hukuk tarihi bakımından önemi çok fazladır. Gerek Türk dünyasını gerek öbür İslam milletlerini yıllarca idare etmiş Türk devletlerinin ve özellikle Osmanlı Büyük Devletinin içtimaî, iktisadî, siyasî ve idarî müesseslerini elinde tutmuş olan İslam hukuku, öğrenilmeye ve araştırılmaya değer bir büyük disiplindir. İslam fıkhı, tarihe ve tarihi bir çok hadiseye ışık tutacak bilgileri ve belgeleri ihtiva eden sayısız kitap ve kanunlara sahiptir. İslamiyetten sonraki Türk devletlerinin tarihi, İslam hukuku sayesinde daha iyi aydınlanabilir...[[24]](#footnote-24) Keza İslam hukuku halen mukayeseli hukukun önemli kaynaklarından biri olma özelliğini sürdürmektedir.

Zaman ne kadar uzarsa uzasın, ictimai hadiseler ne ölçüde değişirse değişsin, mekan, dünyanın neresi olursa olsun, yüksek ve ince teknoloji, isterse boşluğa asma köprü kursun, İslam hukuku ve onun müctehitleri her türlü olay veya müessese karşısında yeni çözümler bulacaklardır... Zaman veya mekandan kaynaklansalar da her türlü problem için İslamın esaslarından en güzel hatt-ı hareket kuralları çıkarılacaktır. Bu hukuk, her zaman canlı kalmaya devam edecektir ...

Yukarıda zikretmeğe çalıştığımız genel hususiyetleri veya daha zikredilebilecek diğer özellikleriyle İslam fıkhı, onbeş asır İslam âlemini yönetmiştir. İslam hukuku, her şeyden önce İlâhi kaynaklı, tamamiyle nevişahsına münhasır (kendine özgü), kendi kendine yeterli, çok ince ve derin bir sisteme sahip, ahenkli bir bütünlük arzeden, tarihi yönden bizi de çok ilgilendiren önemli bir hukuk sistemidir. Onun her türlü kaidesini koyan da onu övüp insanlık âlemine gönderen de Hakîm ve Alîm olan Yüce Allahdır...

2-) İslam Hukukunun Sistemi

İslam hukukunun sistemi demek, onun düzenlemiş olduğu hukukî münasebetlerin arzettiği tasnif ve tertip demektir. İslam hukuku, ilk dönemlerinden itibaren sağlam ve kuvvetli bir sisteme sahiptir. Nevişahsına münhasır olan bu hukukun kendisi gibi sistemi de kendisine özgü ve tamamen orijinaldir... Bu hukuk kendi içinde tutarlı görüşlerden oluşmuş bir manzumedir. Hukukî müesseseleri, iyi bir şekilde birbiriyle ahenkli ve bağlantılıdır. Esasen islam hukuku, dinden doğmuştur ahlak ve ibadet kurallarıyla daima içiçedir. Bu birliktelik belki ona daha fazla bir uygulama ve geçerliliğini sürdürme imkânı sağlamıştır...[[25]](#footnote-25)

İslam hukuku, eskiden beri kendisine mahsus bir tasnif benimsemiş ve bu anlayış çağımıza kadar gelmiştir. Eski tasnifin yanında bundan böyle Roma hukukundan gelme bir gelenek de esas alınarak modern müellifler tarafından fıkıh, âmme hukuku ve husûsî hukuk diye ikiye ayrılarak tasnif edilmeye başlamıştır.26 Öğretim kolaylığı sağlaması ve ihtisaslaşmaya imkan vermesi bakımından biz de bu tasnifi benimsiyoruz. İslam Hukukunun özüne ve kendisine hiçbir zararı olmayan bu tasnifin modern anlayışla da rahatlıkla bağdaştığı kanaatindeyiz... Biz burada her iki sisteme de yer vereceğiz.

A- Batı Kaynaklı Hukuk Sistemi

Hukuk genel olarak Amme Hukuku ve Hususî Hukuk diye iki ana kola ayrılır. Bunlar da kendi aralarında belli disiplinlere bölünür.

a- Âmme Hukuku: (Droit Public)

Âmme Hukuku: Devletle ilgili hukuktur. Devlette uygulanmakta olan hukuk kurallarının tamamına denir. Konusu devlet, devlet teşkilatı, devletin organları, hükümleri ve idari faaliyetleri ve bunlarla vatandaşlar arasındaki ilişkilerdir.27 Amme hukuku esas itibariyle bir devletin diğer devletlerle veya devletin fertlerle ilgili münasebetleri, bunların karşılıklı hak ve vecibelerini tanzim eder. Devletin teşkilatını, organlarını ve idaresini düzenleyen ve belirleyen hukuk kurallarının tamamı âmme hukukunu oluşturur.

ac- Ceza Hukuku

Toplumdaki huzur ve sukunu, asayişi, insanların can, mal, namus, haysiyet ve emniyetini sağlama gayretlerinden olan hukuk kurallarının bütünüdür. Devletin emir ve yasaklarının tamamını ceza hukuku tanzim eder.

İslamiyetin gelişinden Harun Reşid’in başkadısı bulunan Ebû Yusuf'a kadar (Ö.182/897) fıkıh ve fetvâ kitapları yazılmamıştır. Daha sonra Hanefi mezhebine ait kitaplar yazılmıştır. Abbasiler ve Osmanlıların dönemlerinde de bu kitaplar hukukun kaynağı olmuştur. Nihayet 1868-1876 yılları arasında Borçlar hukukunu teşkil eden Mecelle, 1917 yılında aile hukukunu oluşturan Hukuk-ı Aile Kararnamesi, 1948 tarihli Mısır, 1953 tarihli Suriye Ahval-i Sahsiye kanunları vazedilmiştir.32

Bu kanunlaştırmalardan sonra, bunlar da dikkate alınarak İslam hukuku çalışmalarında şu taksim kabul görmeye başlamıştır:

1) İbadetler

2) Ahval-i Sahsiye (şahıs ve aile hukuku)

3) Muâmelât (Medeni ve borçlar)

4) Ahkâm-ı Sultâniye ve Siyaset-i Şeriyye (Anayasa, İdare ve kısmen ceza)

5) Ukûbât (ceza)

6) Siyer (Devletler Umûmî ve Kısmen Husûsî)

7) Âdâb (ahlâk ve muâşeret)

Ali Fuat Başgil de devleti şöyle tarif ediyor: "Devlet, muayyen bir ülke üzerinde ve hükümetle temsil olunan, üstün ve merkezi bir otoritenin hükmü ve gözcülüğü altında, muayyen hukuki ve otonom bir nizama bağlı olarak yaşayan insanlardan mürekkep geniş bir siyasi cemiyettir".[[26]](#footnote-26) Bu tariften anlaşıldığı üzere devlet beşeri, siyasi ve tabii üç unsurdan teşekkül etmektedir. Devletin beşeri unsuru bir insan grubu yani cemiyet yahut daha iyisi bazı özellikleri taşıdığı için milettir. Tabii unsuru Ülke yani belli sınırla çevrilmiş bir yeryüzü parçasıdır. Bir yeryüzü çevresidir. Siyasi unsuru da hakimiyet kelimesiyle ifade idilen âmme otoritesidir

36 Başgil, Esas Teşkilat Hukuku, s.124-134. Aynı mahiyette bkz. Kubali Hüseyin Nail, Anayasa Hukuku Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler, İst.1965, Lütem, Devletler Hukuku Dersleri, I.95 vd; Meray, Seha L.,Devletler Hukukuna Giriş, İst. 1959, I.109 vd; Çelik. F.Edip, Milletlerarası Hukuk, İst.1977, I.321 vd; Bilsel, Cemil,

Devletler Hukuku I.Kitap . Devletler, İst. 1941, s.15 vd.s.47. vd; Gözübüyük, s.10; Pazarcı, Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri, Ankara, 1993 II. Kitap, s.5 ved; Toluner, Sevin, Milletlerarası Hukuk Dersleri İst. 1996, s.1 vd.

37 Akipek, Ö.İlhan, Devletler Hukuku, Ankara, ty, II, 12; Aynı mahiyette bir tarif için bk.Kapani, Münci, Poltika Bilimine Giriş, Ankara, 1975, s.17

Cemil Bilsel'de devleti şöyle tarif ediyor "Belli topraklar üzerinde kendisine müstakil teşkilat vermiş insan topluluğudur." Bu tariften önce Bilsel, eski ve yeni doğulu ve batılı bir çok müellifin farklı tariflerini de kitabında zikrediyor.39

**İslam devleti, Cenab-ı Hakkın irade ettiği şekilde, Yani Kur'an'ın beyanı dairesinde memleketin nizamıdır. Memleketin hakiki sahibi ise Allahtır.** 4040 Başgil,Ana Hukuk, s.57.

Tercüme ederek neşre hazırladığımız Ahkâm-ı Sultaniye’de Mâverdî, geniş fıkıh, tefsir, tarih, siyaset, edebiyat ve diğer sahalardaki bilgisi, ince zekası ve engin tecrübesiyle İslam kamu hukukunu gergef gibi işlemiştir. Her islam hukukcusunun yapmak zorunda olduğu gibi, konuları öncelikle ayet, hadis, icma, kıyas, örf ve adet gibi esaslı delillere dayandırmıştır.

Mâverdî’nin bu eserinin yanı sıra Ebu Yusuf’, Kitabu’l-Harac’ı, Ebu Ubeyd, Kitabu’l- Emval’ı, İmamu’l-Haremeyn el-Cüveynî, Gıyasül-Ümem fî’t-Tiyâsi’z-Zulem’i telif etmişlerdir. Bu sahada yazılmış başka eserler de vardır. Tüm bu çalışmalar, İslam âmme hukukunun gelişmesinde önemli rol oynamıştır.58

Ahkam-ı Sultaniye'de idare hukukuyla ilgili tüm esaslar ve organlar geniş bir biçimde incelenmiştir. İdari organlar, bunların yöneticileri ve idarecilerle halkın münasebetleri, memurluk ve memur hukuku ele alınmış ve uyulacak kaideler tesbit edilmiştir.

Fıkhın kendi orijinal tasnifinde ukûbat, cinayet, kısâs, cirâh ve diyât gibi bölümlerinde enine boyuna incelenmiş olan Ceza hukuku, batı kaynaklı hukuk kitaplarında âmme hukuku bölümünde bağımsız bir ilmî disiplin olarak ele alınmıştır. Fıkıh kitapları içerisinde bahis konusu edilen ceza hukuku, Ahkam-ı Sultaniye'de de ele alınmış "Cürümlerin Hükümleri" bölümünde genişçe incelenmiştir.

Yine âmme hukukunun önemli bir bölümü olan ceza muhakemeleri usûlü bir çeşit üst mahkeme diyebileceğimiz "mezalim", Ahkam-ı Sultaniye ele alınmıştır. Ahkam-ı Sultaniye bir yönüyle devletler umûmî hukuku kitabıdır. İslamiyet Allah'ın Rasülünün devletini kurmuş ve bu devlet büyüyerek zamanla üç kıtaya hakim olmuş, Ahkam-ı Sultaniye'nin cihad dahil sulh ve sukûnunun temini için kurulan emirlik (masalihul-hurûb) hilafet ve vezirlik gibi konularında devlet hukuku incelenmiştir. Derli toplu bir plan dahilinde olmasa bile hakimiyet, insan gibi devletin temel unsurları bu kitapta incelenmiştir. Bu kitapta İslamiyetin kendisini bir devlet ve hukukunun da bir devlet hukuku olduğunu beyan ettiği ve ortaya koyduğu görülmektedir. Devlet ve yönetimine dair bütün esaslar, Allah’ın iradesi olarak her şeyden önce Kur'an'da belirtilmiştir. Keza Ahkâm-ı Sultaniye de Umumî Âmme hukukunun da temel esasları ve uygulamaya yönelik örnekleri mevcuttur. İslam hukukunda esasen idare şekli yoktur. İdarenin ruhu vardır. Önemli olan kanunların uygulanması ve adaletin dağıtılmasıdır.

Bunların yanında Ahkam-ı Sultaniye, fıkıh kitaplarında dağınık bir halde bulunan veya müstakil başlıklar altında ele alınmış olan konulardan bir çoğunun amme hukuku ile ilgili kabul ederek konuları arasına almıştır. Mesela İslam ülkesi, arazi hukuku, otlaklar, yaylalar, kışlaklar, sular, arazi işlenmesi, farklı hükümlere tabi olan beldeler, ganimetler, öşür ve haraç namaz imamlığı, hac emirliği ve diğer konular... Bu gibi konular da kendine mahsus sistemine uygun olarak ele alınmış, her yönüyle ve teferruatıyla incelenmiş ve derlenip toplanmıştır.

Ceza hukuku: İslam şeriatının kullanımda olduğu bir İslam ülkesinde, İslam dininin emir ve yasaklarına uymayan, toplumsal düzeni bozmaya çalışan kimselere karşı verilecek bedenî, malî veya caydırıcı bazı cezaî hükümleri kapsar.

İslam şeriatı, esas olarak temelde dört delile dayanır. Bunlar şer’î deliller olarak da anılan “Kitap, sünnet, icmâ ve kıyas”tır.

Kitap: Kur’an’ın içerdiği hükümlerdir.

Sünnet: Son Peygamber Hz. Muhammed’in (a.s.m.) söz ve fiilleridir.

İcmâ: İslam âlimlerinin görüş birliği içinde bulundukları konulardır.

Kıyas: Kur’an ve sünnette hükmü açıkça belirtilmeyen bir meselenin hükmünü, aralarındaki ortak nitelik dolayısıyla, hükmü açıkça belirtilen diğer meseleye göre açıklamaktır.

İslam’ın bütününe inanan ve tamamını yaşamaya çalışan mü’minler “salih ve kâmil” Müslümanlardır.

Yine tamamına inanıp bağlayıcı olduğu halde bir kısmını yaşayamayan (ameli, uygulaması eksik, kusurlu olan) mü’minler ise “fâsık, günahkâr” Müslümanlardır; Allah Teala onları dilerse affeder, dilerse cezalandırır.

“İslam’ın bir kısmını (şeriatı) kabul etmem” diyenler, “Onun da dinden olduğunu kabul ediyor, böyle olduğuna inanıyorum, ancak onunla amel etmek istemiyorum” demek istiyorlarsa, günahkâr oluyorlar, “Bu kısmına inanmıyorum, şeriatı dinden saymıyorum” demek istiyorlarsa, İslam’la bağlılık ve aidiyet ilişkilerini kesmiş oluyorlar.

Şeriata karşı çıkanlar, “şeriat istemiyoruz, kahrolsun şeriat!” diyenler, İslam’ın bir kısmını reddediyor, onunla inanç ve yaşama bakımından ilişkilerini kesiyorlar, hatta ona karşı düşmanca cephe alıyorlar. Bu durumda olanların aynı zamanda Müslüman olmaları mümkün ve sahih değildir.

Şeriat sadece Kur’an hükümleri ve İslamî esaslar değildir. Az önce anlattığımız ve herkesin “şeriat” olarak bildiği bu şeriat, Cenabı Hakk’ın Kelam sıfatına dayanır ve asıl itibariyle oradan gelir.

Bir diğer şeriat daha vardır ki, o da Allah’ın İrade sıfatından gelir ve bu sıfatın tecellisidir. Buna “sünnetullah/tabiat/doğa” tabiri kullanılır.

Mesela, yerin çekim gücü, ateşin yakması, soğuğun üşütmesi, zehirin insanı öldürmesi gibi tabiatta var olan fıtrî kanunlar, kevnî kanunlardır. Bunların yaratıcısı ve işleteni Yüce Allah’tır.

Nasıl ki, Kelam sıfatından gelen kanunlara karşı gelenler belli cezalara uğrayacağı gibi, İrade sıfatından gelen bu kanunlara karşı duranlar da cezasını hemen görürler.

Mesela, bir kimse yüksek bir yerden atlarsa, bacağını ve kafasını kırar. Elini ateşe uzatırsa eli yanar, soğukta durursa üşür, yüzme bilmeden denize girerse boğulur, zehir içerse hayatını kaybeder.

Her iki şeriat için de şöyle müşterek misaller verilebilir. Zehir içerek intihara teşebbüs eden hayatını kaybettiği gibi, intihar etmekle haram işlediği için ayrıca günaha girmiş olur.

İkinci bir misal: Silahını suçsuz bir insana kasten çeken kimse onun ölümüne sebep olduğu gibi, ayrıca büyük bir günah işlediği için, İslam şeriatı ona kısas cezasını öngörür, onun da aynı şekilde cezalanması hükmünü verir.

Etkin Yönetim Toplum düzeninin sağlanması, insanın bireysel olarak güven ve<huzur içinde yaşaması ile mümkündür.

23 Ahkâmu’s-Sultaniyye, s. 29.

24 Siyasetnâme, s. 28-29.

26 Mâverdî’ye göre devletin gayesi ve görevleri ile ilgili geniş bilgi için bk. Mehmet Birsin, Mâverdî’nin Devlet Anlayışı, (yayımlanmamış doktora tezi), Ankara 2004, s. 107-151.

Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi V (2005), Sayı: 3 201 Mâverdî, devleti, esasları, toplumsal ve idarî dayanakları bulunan ve siyasal lider tarafından yönetilen bir mekanizma olarak algılamakta ve devleti; “ bir bölgede yaşayan insanların toplum düzenini sağlamak amacıyla bütün kamu sorumluluklarını yüklendikleri (imamet/hilafet akdi ile) ve meşru güç kullanma tekeline sahip bir melik/halifenin itaati altında birleşmeleri ile oluşan bir birlik” olarak nitelemektedir.[[27]](#footnote-27)

Toplumsal dirlik ve düzenin sırasıyla dinî, siyasî, hukukî, adlî, inzibatî, iktisadî ve beşerî (psikolojik) olarak nitelenebilecek altı temeli bulunduğunu belirten Mâverdî, bunları yaşanan din (din mutteba’), güçlü otorite, (sultan kahir), kapsamlı adalet (adl şamil), genel güvenlik (emn âmm), maddî refah ve bolluk (hısb dârr), geniş emel (emel fesih= iktisadî gelişme ve kalkınma projesi) şeklinde sıralayarak her birini açıklar.[[28]](#footnote-28)

Mâverdî’ye göre rejim (mülk) iki temel üzerinde istikrar kazanır: Kuruluş ve yönetim. Rejimin kuruluşu da üç alternatif temele dayanır: Din, kuvvet ve mal/servet.

Bunlardan en güçlüsü, köklü ve sürekli olanın toplumsal istikrar ve gelişmenin birinci şartı olan din olduğunu belirten Mâverdî, kuvvete dayalı rejimin (mülk kâhir) iktidarın zulüm ve istibdadından kaynaklandığını ifade etmekte ve bu rejimin halka karşı adil davranılması halinde onaylanıp benimseneceğini ve kökleşeceğini düşünmekte, zenginleşen bir zümrenin devlet içindeki konum ve bağlantılarını kullanarak iktidarı ele geçirmesiyle kurulan mal ve servete dayalı rejimin ise en zayıf rejim olduğunu vurgulamaktadır.

Mâverdî istikrarlı bir hükümetin kurulmasının ardından gelen yönetim sürecinde “ülkenin bayındırlığı”nın, “tebaanın mal ve can güvenliği”nin, “ordunun idaresi”nin ve “kamu maliyesinin yönetimi”nin, “yasaların adil bir şekilde uygulanması”nın önem taşıdığını belirtir. Yönetimin belirtilen bu aslî fonksiyonlarını yerine getirirse, toplumun saygısını, bağlılığını, samimi ilgi ve sevgisini kazanacağını belirten Mâverdî, devletin belirtilen hak ve vecibelere riayet etmediği takdirde bundan dolayı sorumlu tutulacağını ve (Allah katında ve kamu vicdanında) yargılanacağını belirtir.[[29]](#footnote-29)

Nizâmülmülk de hükümdarda bulunması gereken vasıfları sıralarken; Hükümdarın; toplumun haklarına riayet etmesi gerektiğini vurgular; halkını asla mağdur etmemesi, dinî hükümlerden asla sapmaması, ilim ehline saygıda kusur etmememsi gerektiğini belirtir.

Hükümdarın görevlerini bu prensiplerle ortaya koyan Nizâmülmülk bu prensiplerin ihlalinde neler yapılması gerektiğini, iktidarın nasıl kontrol ve teftiş edileceğini, hangi kurum ve kuruluşlarınbu işi yapacağını belirtmez. O eserinde sadece tek bir yaptırım gücü olan maneviyata sıkça vurgu yapar, idarecileri Allah’ın gazabını celb edecek davranışlarda bulunmamaları hususunda ikaz eder. Aksi takdirde mülklerinin ellerinden alınabileceğini hatırlatır.31

Mâverdî, melikin bizzat kendinden başlayarak adalette eşitliği hakim kılması gerektiğine işaret eder ve adaletin tevziinde en önemli unsur olan kadıların tayinine dikkat edilmesi gerektiğini ve yargıların çabuklaştırılmasını vurgular.[[30]](#footnote-30)

İnsan toplumunda sultanın yerine getirmesi gereken en önemli görevin, kargaşayı önleyip düzeni getirmek, barış ve adaleti sağlamak olduğunu belirtir. “Melik inkâr ve küfür ile ayakta kalabilirse de zulüm ile ayakta kalamaz.” diyen Nizâmülmülk, adaletin gerçekleşmesini şu şarta bağlar: “Padişah Allah’ın nimetini tanırsa, Allah kendisinden razı olur. Hakk’ın rızasında, halkıyla birlik olma, adaletin yayılma ihsanı vardır. Çünkü halkın hayır duası günden güne artarsa onu ebedi kılar.”[[31]](#footnote-31)

Bütün bunların ötesinde sultanın nihaî amacının da “halkın refah içinde ve onun adaletinin gölgesinde” yaşayabileceği şartları gerçekleştirmek olduğunu söyler.[[32]](#footnote-32)

Ahlâk Devlet idaresini üstlenen yöneticilerin halkın ahlâkî gelişimleriyle ilgili sorumlulukları, öncelikle kendilerinin erdemli olmasını gerektirmektedir. Bu itibarla Mâverdî de yöneticinin ahlâkî bakımdan en üst düzeyde bulunmasını şart koşmuş, ahlâkî donanıma sahip olmayı, devlet başkanının görevinde ehil olma şartları arasında saymıştır.[[33]](#footnote-33)

Mâverdî, devleti temel müesseseleriyle tanımlayıp belli bir hukukî yaklaşım içinde ele almış ve adı geçen her müesseseyi hukukun öngördüğü ahlâki prensiplerle yorumlamıştır.

Nizâmülmülk de devlet idaresi ile ilgili hükümler hukuki olduğu kadar siyasî ve ahlâkî hatta daha çok bu ikinci yönüyle ele alınmıştır.

56 Birsin, age., s. 61-62.

57 Ahkâmü’s-Sultaniyye, s. 31, 53, 62, 131.

208 Ömer MENEKŞE

**- Din ve hürriyet**

Samimiyet, güzel niyet, gönülden bağlılık, hasbîlik, ihlas, içi ve dışı ile sadece Allah’ın rızasını gözetme gibi yüksek hallerin hiçbiri, “zorlama” ile meydana getirilemez. Baskı, şiddet, tehdit insanı bunların dışına iter ve reaksiyona sebep teşkil eder; ve, hiçbir zaman kalbî bir bağlılık sebebi olamaz. Çünkü milleti ve devleti şekillendiren manevî değerler yalnız inançla açıklanabilir. Gerçek ise, ancak ruhun hürlüğü içindeki bir hürriyet atmosferinde gelişir, kılıç zoruyla değil. İnanç hürriyeti de bütün hürriyetlerin bu sebeple anası sayılır. Çünkü "şahsiyeti hür geliştirme inanç hürriyeti ile mümkündür.”17

“Dinde ikrah yoktur. Muhakkak ki, hak ile bâtıl ap açık ortaya çıkmıştır” âyeti, dinin konusu ve tebliği açısından da müsbet bir yaklaşımı netice verir. “Dinin konusu ıztırarî değil, ihtiyarî fiillerdir. Dini ihtiyar ile dilemek gerekir. Bunun için ihtiyarı kaldıran fiillerden birisi olan ikrah dinde yoktur. Bu, ‘Dinde, dinin dairesinde, dinin hükmünde ikrah olmaz, olmamalıdır’ demektir. Dinin şanı ikrah değil, ikrahtan korumaktır. “İslâm'ın hakim olduğu yerde ikrah da bulunmaz” diyen E. H. Yazır, “ikrah ile meydana gelen bir amelde dinin va’d ettiği sevap ve ikabın bulunmayacağını” hatırlatır. “Rıza ve iyi niyet bulunmayınca hiçbir amel ibadet olmaz. Bu sebeple bir kişinin diğerine ikrah ederek bir ameli işlettirmesi de meşru’ ve muteber sayılmaz. Çünkü ikrah, bir insana hoşlanmadığı bir fiili zorla yaptırmaktır. Halbuki din, hoşlanılmayacak birşey değildir.”18 Hoş ve güzel olan dine, insanı, baskı ile sevketmek, onu antipatik bir hale getireceğinden, “zorlama” dinin özüne zıttır.

Dünya bir imtihan meydanıdır. Allah insanların önüne birçok seçenekler sunmaktadır. Şâyet din baskı ile insanlara benimsetilir, benimsetilmeye çalışılır ise bilgi, irade ve şuurla verilen karar sağlıklı olmaz. Seçme hürriyeti ortadan kalkar.19 İmtihan gerçeği altüst olur. Elmalılı H. Yazır, ikrahın dine girdirmek için caiz olmadığı gibi, bu fiile teşebbüs edenlerin de âyete zıt düşmüş olmasıyla cezaya çarptırılması gereğini ifade ediyor. İslâm ahkâmı altında herkes müşrik, ehl-i kitap dinî haklarında serbesttir. Bir müşrik, dilerse, Hıristiyanlığı ya da Yahudiliği seçebilir. Vergisini ödemek kaydı ile İslâm devleti ona karışmaz.

İnanma ve amelde tanınmış olan bu hürriyetin sınır noktası yok mudur? Elbette vardır ve olmalıdır da. Çünkü insan yaratılış itibariyle hem hayra, hem de şerre kabiliyetlidir. İnsanın akıl, şehvet ve gadab gibi hisleri mutlaka kayıt altına alınmalıdır. İnsan ruhunun kuvvelerine fıtraten bir had tayin edilmemiştir. Zulüm, tecavüz, kendine ya da gayrına zarar, eşyayı tahrip, dünyayı fesada verme gibi kötülüklerin menşeinde bu vardır. Sübjektif olmayan, insanı yanıltmayan bir sınırlama ölçüsü “küllî bir akıl” olan şeriattır.20 Zira kayıtsız bir hürriyet, bir vahşettir, hayvanlıktır. Hudutsuz hür yaşamak nefsin ve şeytanın esiri olmaktır. Şeriat dairesinde olmayan bir hürriyet rezil bir esarettir. Demek ki, imana ne kadar kuvvet verilirse hürriyet de o kadar parlar.21 Çünkü insan hür olsa da “abdullah”tır. Allah’ın kulu olmaktan kurtuluş yoktur. Öyle ise onun koyduğu sınırlayıcı kaidelere uymak gerekir.

YENİ TÜRK CEZA KANUNU’NDA CEZALAR VE GÜVENLİK TEDBİRLER SİSTEM[[34]](#footnote-34)

Prof. Dr. Nur CENTEL

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ceza ve Ceza Usul Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

I. Giriş

Teşekkür ederim Sayın Başkan, deşerli katılımcılar.Bu sempozyumda benim konum, yeni Türk Ceza Yasası’nda cezalar ve emniyet tedbirleri sistemidir. Yeni Yasa’nın hükümlerini kısaca anlatırken, eleştirilerimi de sizlere aktarmak istiyorum.

Biliyoruz ki, ceza devlet tarafından suç karşılışında uygulanan yaptırımdır. Toplumda düzeni saşlamak için, kuralları ihlâl edenlere ceza, özellikle hapis cezası uygulanmasını ortadan kaldıracak daha elverişli bir yaptırım henüz bulunabilmiş değildir. Günümüz uygarlıklarında, toplumun ve hukukun devamı için ceza verilmesi vazgeçilmez görülmektedir.

Cezalar, başlıca “hapis cezası” ve “para cezası” olur. Ayrıca, cezaların yanında ya da onların yerine uygulanacak olan “güvenlik tedbirleri” vardır. Cezanın verilmesinde failin kusurluluşu, emniyet tedbirine hükmedilmesinde ise failin tehlikelilişi esas alınır.

II. Cürüm-kabahat ayrımı

Yeni Yasa’da cürüm-kabahat ayırımı terk edilmiş; bu yaklaşım, cezalara da yansımıştır. Cürümler ve kabahatler için ayrı cezalar öngörülmesi gereşi kalmamıştır. Kabahatler Türk Ceza Yasası’ndan çıkartılmış, az sayıda kabahate suç tanımları arasında yer verilmiştir. Bu deşişiklişin etkili yansımaları olacaktır. Cezalar sistemi ve cezaya hükmedildişinde doşacak hukuki sonuçlar bir yandan sadeleşmiş, ancak diğer yandan da ceza seçeneklerinin azalması sonucu ortaya çıkmıştır. Avrupa’da yeni yapılan Ceza Yasalarında ise cezaların daha fazla çeşitlendirildişini görmekteyiz. Bu çeşitlendirmenin, cezanın bireyselleştirilmesine daha uygun olduğu kuşkusuzdur.

III. Asli-fer’i ceza ayrımı

Yeni Yasa’da asli ceza-fer’i ceza ayırımı kaldırılmıştır. Güvenlik tedbiri adı altında bazı fer’i cezalara da yer verilmiştir. Asli ceza, suç karşılışında doğrudan doğruya öngörülen cezadır. Fer’i ceza ise asli ceza yanında kendilişinden hüküm ifade eden ya da hakimin hükmetmek zorunda olduğu cezalardır. Hakimin hükmedip etmemekte serbest olduğu fer’i cezalara ise mütemmim ceza diyoruz. Fer’i ceza artı mütemmim ceza eşittir ek ceza diye bir kavramdan söz ediyoruz. Yeni Yasa’nın gerekçesinde, fer’i cezaların da kaldırıldışı belirtiliyor. Ancak, kanımca fer’i cezalar başka ad altında devam ediyor. Buna neden gerek duyulduğunu bilemiyorum. Herhalde, sadeleşmiş ya da güvenlik tedbirlerini artırmış görünmek için. Oysa, biraz önce değindiğim gibi, Avrupa ceza yasalarında bu çeşitlilik devam ediyor. Örneğin, Alman Ceza Yasası’nda özgürlüşü başlayıcı ceza, para cezası yanında fer’i cezalar da bulunmaktadır. Örneğin, motorlu taşıt araçlarını kullanma yasası gibi. Öte yandan, 765 sayılı Türk Ceza Yasası’nda cezanın sonucu olarak gösterilen, haklardan yoksunluk gibi kurumlara yeni Yasa’da güvenlik tedbiri denilmektedir. Güvenlik tedbiri denilince, akla gelen tedavi amaçlı, iyileştirme amaçlı kurumlardır. Oysa, yeni Yasa’da cezanın sonuçları olacak yaptırımlara, güvenlik tedbiri denilmekte; güvenlik tedbiri kavramı teknik anlamda kullanılmamaktadır. Bununla hedeflenenin ne olduğu anlaşılmamaktadır. Bence bu düzenleme doğru olmamıştır. Çeşitli hükümleri bizim yeni Ceza Yasa’mıza aktarılan yeni Polonya Ceza Yasası’nda, asli ceza-fer’i ceza ayırımı kaldırılmış; ancak, “ceza tedbirleri” kavramı altında güvenlik tedbirlerinden farklı yaptırımlar getirilmiştir.

IV. Cezanın belirlenmesi

Cezalar, yeni Yasa’da nasıl belirlenmiş? Cezalar, yasakoyucu tarafından önce soyut olarak belirlenir, “ben hukuk sistemimde şu şu cezaları gösteriyorum” denilir. Sonra, suç tanımları yapılırken soyut özel cezalar gösterilir. Hakim de, somut olarak karşısına gelen olaya ceza takdir eder, onun için de hükümler konulur, sınırlar, çerçeveler belirtilir. Yeni Yasa’da soyut genel cezalar ikiye ayrılıyor: Hapis cezası ve adli para cezası. Her ülkede cezalar sisteminin belkemişini, hapis cezaları oluşturur. Hapis cezası, ağırlaştırılmış müebbet, müebbet ve süreli olarak üçe ayrılıyor. Süreli hapis cezası, bir ayla yirmi yıl arasında olabilir, deniliyor. Yeni Yasa’da cezalarda genel olarak bir hafifleme var; ancak, Avrupa yasalarına göre yine de cezalar çok ağır. Sonra, örneğin şöyle bir yenilik yapılmamış, bence yapılmalıydı. Kamu yararına çalıştırma. Evet, kısa süreli hapis cezası yerine seçenek olarak gösteriliyor, ancak bu yaptırım artık asli ceza olmalıydı. Diyebilirsiniz ki, “zaten işsizlik var ülkemizde, alt yapı da müsait değil”. Ancak, örneğin, hastalara bakma, engellilere hizmet etme gibi kamu yararına ve karşılıksız olarak yapılacak çalışmalara hakim doğrudan hükmederse, böyle bir sistem getirilirse, bence bir reformdan, yenilikten söz edebiliriz. Yine Avrupa’da yeni yasalardaki özellik, zorunlu çalışma yaptırımının kısa süreli hapis cezası yerine değil, bağımsız ceza olarak gösterilmesidir. Polonya hukukunda çalışma yükümlülüğü getirilmiş, bir ayla oniki ay arasında, ücret almadan, gözetim altında, sosyal amaçlı çalışma öngörülmüştür. Ayrıntılara girmiyorum.

Yasakoyucu cezaları soyut-genel biçimde gösterdikten sonra, sıranın soyut-özel belirlemeye geleceğini söyledik. Her maddede suç tanımı yapılarak ceza gösterilir. Yeni Yasa’da bu belirlemelerde orantıya dikkat edilmemiş, orantısızlıklar meydana gelmiş. Bir çok gözden kaçırılan husus var. Örneğin, kasten yaralamanın cezası 1-3 yıl hapistir. Buna karşılık, rüşvetin cezası ise 4-12 yıl hapis olacaktır.

Soyut-özel cezaların belirlenmesinde üç sistem bulunmaktadır. Bunlar, mutlak ceza veya seçenekli ceza ya da alt üst sınırlı ceza öngörülmesidir.Yeni Yasa’da eskiye oranla daha çok alt-üst sınırlı cezalara yer verilmiş. Alt-üst sınırlı cezalar, cezadan beklenen amacı gerçekleştirmeye daha elverişlidir. Ancak, yeni Yasa’da alt-üst sınırlar arasında bazı maddelerde çok fazla ağırlık farkı bulunmaktadır. Bundan da yarar değil, zarar doğacaktır.

Örneğin, “taksirle öldürme suçu”, yani “ölüme sebebiyet suçu”nda birden çok kişi ölmüş veya ağır yaralananlar olmuşsa, cezanın 3 ila 15 yıl arasında olabileceği gösteriliyor. Bakın, yelpaze ne kadar geniş. Kasten yaralama suçunda kemik kırılırsa, kırığın yaşam fonksiyonlarındaki etkisine göre ceza 1 ila 6 yıl arasında olacaktır. Bunlar sakıncalı düzenlemelerdir. Alt-üst sınırlı cezaların bireyselleştirme açısından yararlı olduğunu söylüyoruz, ancak, yelpazenin bu kadar açılması da sakıncalıdır. Neden? Çünkü, birbirine çok benzeyen eylemlere çok farklı cezalar takdir edilmesi sözkonusu olacak, bireyselleştirme zorlaşacak ve muhtemelen de alt sınırlardan ceza verme alışkanlığı devam edecektir. Güçlü gerekçe gösterilmezse, alt sınırın yukarısına çıkılması halinde Yargıtay hükmü bozacağından, hep alt sınırdan ceza verilecek, bireyselleştirme yine sağlanamayacaktır. Benzer olaylarda farklı cezalar verilmesi, eşitlik ilkesine aykırı olacaktır. Somut özel cezaların belirlenmesinde, alt-üst sınırlı ceza sistemi daha çok tercih edilmekle birlikte, yeni Yasa’da bazı seçenekli cezalar da vardır. Ancak, hapis cezası ile adli para cezası genellikle birlikte uygulanamayacaktır. Kuşkusuz, istisnalar vardır. Ya biri ya öteki seçilecektir. Eski sistemde ise özellikle ağır hapis yanında ağır para cezası da bulunmaktaydı. Yeni Yasa’da ya biri ya diğeri seçilecek, ancak istisna olarak ekonomik kazanç elde etme amacı güdülen suçlarda, ikisine birden hükmedilebilecektir.

V. Cezanın takdirinde ilkeler

Hakim alt-üst sınırlar arasında cezayı tespit ederken nelere dikkat edecektir? Bu konuda çağdaş hukuk sistemlerinde üç ilke vardır: Birisi kusur ilkesi, ikincisi iki kez değerlendirme yasaşı, üçüncüsü aleyhte ve lehte durumların tartışılması gereşidir. Üçüncü ilke, eski Yasa’da da, yeni Yasa’da da bulunmaktadır. Asıl önemli olan “kusur” ilkesidir.

Yeni bir yasa, bir reform yasasında, cezanın takdirinde kusur ilkesinin açıkça ifade edilmesi gerekirdi. O yola gidilmemiş. Eski Yasa’da olduğu gibi, kullanılan bazı ifadelerden çıkarım yapmamız gerekiyor, yine. Oysa, Alman Ceza Yasası’ndan çok esinlenildiğine göre, şu hüküm de alınsa iyi olurdu: “Cezanın tayini için temel ilke, failin kusurlu olmasıdır”. Böyle bir kesin-mutlak cümle. Bizde ise ne deniliyor? “Kast ve taksire dayalı kusurun ağırlığı göz önüne alınır”, deniliyor; yani dolaylı bir ifade. 765 sayılı Kanun’da da bu vardı. Diğer ilkeler ise dikkate alınmış ve alt-üst sınırlı cezalar arasında tercih yapılırken, temel ceza belirlenirken hangi hususlara dikkat edileceği, hemen hemen eski sistemdeki gibi gösterilmiştir. Farklı olarak, failin geçmişi, şahsi ve sosyal durumu, fiilden sonraki davranışları gibi hususların, yeni Yasa’da başka aşamalarda gözönünde tutulması öngörülmüştür. Amaç, aynı hususun iki kez dikkate alınmış olmasını engellemektir.

VI. Erteleme

Yeni Yasa’nın sistematiğinde hata yapılarak ertelemeye yer verilmiş, bu kurumun düzenlenmesi infaz Yasası’na bırakılmamıştır. Para cezasına geçmeden buna değinmek istiyorum. Yeni dönemde, sadece hapis cezaları ertelenebilecek, para cezaları ertelenemeyecektir. Gerçi para cezalarında sistem deşiştirilmiş, gün para cezası sistemine geçilmiştir. Ancak, daha aşır olan özgürlüşü başlayıcı ceza ertelenebilirken, para cezaları ertelenemeyecektir. Bu durum, Anayasa’daki eşitlik ilkesini ihlal etmez mi? Yasa’nın Gerekçesinde nedeni de belli edilmiyor. Şimdi, bir konuşmacı “bu yasanın felsefesi yok”, dedi, belki bu durum da ona bir örnek teşkil ediyor, diyebiliriz. Para cezalarının çeşitleri vardır, biliyoruz. Kamu para cezalarında amaç tenkil etmedir; hazinenin veya bir kurumun zararını gidermek, telafi etmek değildir. Böyle düşününce, sanki yeni Yasa’da para cezalarının tenkil değil de tazmin amacının bulunduğu varsayımıyla hareket edilmiş gibi bir görünüm ortaya çıkıyor. Nasıl ki, tazminatın da ertelenmesi söz konusu olamazsa, o halde para cezasını da erteleyemeyiz gibi bir görünüm ortaya çıkıyor. Bence, bu yanlış bir yaklaşımdır.

Ertelemede sistem deşişiklikleri var tabii; ağır hapis-hapis-hafif hapis ayırımı kalktığı için, ortalama iki yıla kadar özgürlüğü bağlayıcı cezalar ertelenebilecektir. 18 yaşından küçük, 65 yaşından büyükler için üç yıla kadar hapis cezalarının ertelenmesi mümkündür. Daha önce, adliye mahkemelerinden para cezasından başka bir ceza almamış olanların cezası ertelenebilirken; yeni Yasa’ya göre, üç aya kadar kasıtlı suçtan ceza almış olanların da cezası ertelenebilecektir. Bu durum, daha lehte oluyor. Adliye mahkemeleri ile diğerleri arasında ayrım da yapılmamış. O halde, adliye mahkemeleri dışındaki mahkemelerden alınan cezalar da ertelemeye engel olabilecektir.

Ertelemenin sübjektif şartı olarak, eski sistemdeki ölçüt, failin geçmişteki hali ve suç işleme hususundaki eğilimine göre cezası ertelenirse gelecekte suç işlemekten kaçınacağına hakimin kanaat getirmesiydi. Şimdi, geçmişteki haline, suç işleme hususundaki eğilimine değil; yargılama sürecinde pişmanlık göstermesine bakılacak. Fail, yargılama sürecinde pişmanlık göstermişse, tekrar suç işlemeyeceği kanaati hakimde uyanmışsa, ceza ertelenebilecektir.

Ertelemede deneme süresi bakımından çok önemli bir deşişiklik var. Eski sistemde beş ve bir yıllık deneme süreleri vardır; cürüm-kabahat ayrımına göre. Bu sistem, sabit süre sistemidir. Yeni Yasa’da ise Çocuk Mahkemeleri Yasası’nda olduğu gibi, takdiri süre sistemine geçilmiş, hakim 1-3 yıl arasında deneme süresi belirleyecektir. Hakim cezayı ertelerken, faile “şu kadar süre suç işleme, şunları yapma” diyecek, ancak, örneğin ceza iki yıl ise deneme süresi iki yıldan az olamayacaktır. Deneme süresi ne zaman başlayacak? Bir açıklık yok. Deneme süresi, bence hükmün kesinleşdiği değil, verildiği tarihten başlamalıdır. Ve yine çok önemli bir deşişiklik: Eski sistemde, (çocuklar hariç) deneme süresinde suç işlememe dışında faile hiç bir yükümlülük yüklenemezdi. şimdi hakim, yükümlülük koyabilecek; şunları yapma diyebilecek. Ancak, hemen istisna hüküm getirilerek, yine hiçbir yükümlülük öngörülmemesine de olanak tanınmıştır. Tabii uygulamada bence hep ikinci seçenek seçilecektir; çünkü, bu sistemin alt yapısı yoktur ve oluşturulması da kolay değildir.

Örneğin, cezası ertelenen kişiye rehberlik edecek bir uzman kişi görevlendirilecek, bu uzman kişinin birçok yükümlülüğü var: Üç ayda bir mahkemeye rapor verecek, o kişi bakalım ne yapıyor diye denetleyecek veya meslek sahibi değilse sen çalış meslek öğren denilecek. Meslek sahibi olsa bile, ücret karşılışında çalıştırılmasına karar verilebilecek. Bunlar çağdaş hükümler kuşkusuz, ancak, alt yapı eksik bizde, bu sistemin hemen hayata geçirilebileceğini sanmıyorum. O nedenle, istisna hükmü tercih edilerek, eski sistem devam ettirilecektir.

Ertelemede başka önemli bir deşişiklik var. Eski sistemde Yasa’da, suç işlemeden deneme süresinin geçirilmesi halinde mahkûmiyetin vaki olmamış sayılacağı öngörülmekteydi. Yani, bu hüküm failin çok lehineydi. O suçu, hiç işlememiş gibi oluyordu.Oysa, yeni Yasa’da “ceza infaz edilmiş sayılır”, deniliyor. Dolayısıyla, ertelenmiş ve deneme süresi suç işlemeden geçirilmiş cezalarda da tüm infaz edilmiş cezaların hukuki sonuçları doğacak, örneğin cezanın adli sicilden silinmesi hemen istenemeyecek, genel prosedür uygulanacak, bu ise belli bir süre sonraki cezaların ertelenmesini engelleyecektir.

VII. Para cezaları

Para cezalarına gelecek olursak, para cezalarında sistemin tamamen değiştirilmiş olduğunu görüyoruz. Yeni Yasa’da gün para cezası sistemi getirilmiştir. Önce İskandinav ülkelerinde iuygulanan, sonra diğer Avrupa ülkelerine yansıyan “gün para cezası sistemi”ne geçilmiştir. Bu sistemde, istisnalar dışında, para cezaları 5 ila 730 gün arasında olacaktır. Yani Yasa’da eylemin karşılışı, örneğin 60 ila 100 gün para cezası denilecektir. Hakim, suçun işlendiğini tespit ettişinde, kusura göre 60 gün para cezasına takdir ederse, bunu failin ekonomik durumuna göre 20 ila 100 yeni Türk lirası arasında tercih edeceği bir miktarla çarparak, sonuç cezayı bulacaktır. Yani 60’la örneğin 50 YTl. çarpılarak, para cezası 300 YTl. olarak bulunacaktır. Bu sistemde, her bir failin ekonomik durumu ayrıca göz önüne alınacağından, suç ortaklarına veya aynı suçu işleyenlere farklı para cezaları verilebilecektir. Birlikte suç işleyen iki failden biri diyelim bin lira, diğeri belki 500 lira para cezası alacaktır.

Evet bu güzel, çaşdaş ülkeler bunu uyguluyorlar, ama bizde herkes vergi ödemiyor, kayıt dışı kazanç çok fazla, failin gelirini nasıl tespit edecek mahkemeler? Bundan kim zararlı çıkacak? Bordrolu çalışanlar zararlı çıkacak. Kayıt dışı kazancı olanların gelirleri belirlenemeyecek, çok küçük cezalarla kurtulacaklar. Avrupa ülkelerinde sistem oturmuş, kolaylıkla vergi kaçırılamıyor, kayıt dışı gelir elde edilemiyor. Herkesin geliri belli, onun için Avrupa’da bu sistem uygun bence. Dolayısıyla, yeni sistem amacına uygun biçimde hayata geçirilemeyecek, uygulama rutinleşecektir. Para cezasının, genellikle hapis cezasıyla birlikte uygulanmayacağını ve ertelenemeyeceğini tekrar belirtelim.

Yeni Yasa’da soyut para cezası 5 ila 730 gün olarak gösterilmiştir. Bu sınır yüksektir. Örneğin, bu sınır Alman hukukunda 5 ila 360, Polonya hukukunda 10 ila 360, Danimarka hukukunda ise 1 ila 60 gündür. Ayrıca, Yeni Yasa’da ayrık hükümler vardır. Örneğin, kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçunda bin güne kadar adli para cezası öngörülmektedir.

Göçmen kaçakçılık suçunda hapis cezası yanında onbin güne kadar adli para cezası verilecektir.

Yeni Yasa’da bazı suçlarda para cezasının alt ve üst sınırı gösterilmeyerek sadece “para cezasına hükmolunur” denilmiştir. Örneğin, basit yaralama, taksirle yaralama, çocuk düşürtme ve düşürme, cinsel taciz suçlarında bu yöntem izlenmiştir. Bu suçlarda hakim, 5 ila 730 gün arasında para cezasına hükmedebilecektir. Bu kadar geniş bir takdir hakkının, çok farklı uygulamalara sebebiyet vermesi, adalet duygusunu incitmesi sözkonusu olabilir.

VIII. Tüzel kişiler

Tüzel kişilerin durumuna gelince: Yeni Yasa’da tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamayacağı öngörülmüştür. Tasarı’da tüzel kişilerin ceza sorumluluğu vardı. Komisyon Başkanı Dönmezer Hoca, tüzel kişilerin ceza sorumluluğu olmasından yanaydı. Fransız Ceza Yasası’ndan esinlenilerek tüzel kişiler için birtakım cezalar getirilmişti. Yeni Yasa’da, bunun tam tersi olmak adına sanıyorum ya da bilimsel görüş farklılışı dolayısıyla, “tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz, güvenlik tedbiri uygulanır” denilmiştir.

Güvenlik tedbirlerine bakıyoruz, neler uygulanabilir diye: Birincisi izin iptali, ikincisi müsadere. Tüzel kişi izne başlı çalışıyor ise izni iptal edilecektir. Müsadere ise yararına işlenen suçta özel hukuk tüzel kişileri hakkında uygulanacaşı yasada açıkça belirtilmişse uygulanacak, yoksa uygulanamayacaktır. Bu tedbirler arasında para cezası gösterilmemiş. Oysa, özel ceza yasalarında tüzel kişilere uygulanması öngörülen çok sayıda para cezası bulunmaktadır. Bu cezaların, yeni Yasa yürürlüşe girdikten sonra ne olacaşı belli değildir.

Yeni Türk Ceza Kanunu m. 5’te, “Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır” deniyor. O zaman, bu konuda bir kaos oluşacak. Sözkonusu hükümler artık uygulanamayacak mı yoksa bunlar idari para cezasına mı dönüştürülecek? Ancak, henüz öyle bir faaliyet bulunmadışını görüyoruz. Ayrıca, bunların tümünün idari para cezasına dönüştürülmesi de mümkün değildir. Çünkü, yargılama yapılması, maddi gerçeşin bulunması veya zararın-haksız kazancın tespit edilmesi gereken haller vardır. Türk Parasının Kıymetinin Korunması Hakkında Kanun’da pek çok hüküm var, tüzel kişilere uygulanacak para cezaları konusunda. Bunların tümünün kısa sürede elden geçirilmesi, umarız gerçekleştirilebilir.

Öte yandan, güvenlik tedbiri failin tehlikeliliği ile orantılı olur; kusurla değil. Islah edici nitelik taşır. Tüzel kişilere böyle tedbirlerin uygulanacağını öngörmek, tüzel kişilik kavramı ile başdaşmıyor. Bir kere yeni Yasa’da, tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz denilmekle, tüzel kişilerde kusur yeteneşi, iradi hareket etme yeteneği bulunamayacağı, tüzel kişilerin bir varsayım olduğu, suç işleyemeyecekleri kabul edilmiş oluyor. Öşretideki iki görüşten, bu kabul edilmiş oluyor. Ancak, öte yandan failin tehlikeliliği ile orantılı olarak uygulanabilecek güvenlik tedbirleri öngörülüyor. Bu kez de, tüzel kişilerin tehlikeli olabilecekleri varsayımı kabul edilmiş oluyor. Böylece iki düzenleme birbiriyle çelişkili oluyor. Tehlikeli olana iyileştirme, tedavi etme tedbiri uygulanır zaten. Bu nedenle, gösterilen yaptırımların bence güvenlik tedbiri olma niteliği yok; bu bakımdan çelişkiler, soru işaretleri ortaya çıkmaktadır. Bu yaptırımların, güvenlik tedbiri olarak nitelendirilmemesi yerinde olacaktır.

IX. Güvenlik tedbirleri

Gelelim güvenlik tedbirlerine: Güvenlik tedbiri, suçlunun sosyal yaşama tekrar uyum sağlaması amacıyla uygulanan eşitim ve tedavi programlarıdır. Pozitivistlerin görüşlerine göre, suçlunun kişiliği ön plana alınmalı, güvenlik tedbirleri uygulanmalıdır. Bunlar XIX. yüzyıldan itibaren ceza yasalarına da yansımıştır. Güvenlik tedbiri, tehlike haliyle orantılı olur. Güvenlik tedbirlerinde cezalandırma amacı yoktur, kusurla orantılı olmazlar, kefaret, tenkil niteliği taşımazlar, geleceğe yöneliktirler, geçmişe yönelik olmazlar. Acı verme niteliği bulunmaz; ancak, özgürlüğü başlayıcı güvenlik tedbirlerinde, özgürlüğünden yoksun kalmanın acısı, ister istemez bulunur, hissedilir.

Yeni Yasa’da asli ceza-fer’i ceza ayırımı, ceza mahkûmiyetinin sonuçları olan yaptırımlar kaldırılmıştır. Öngörülen güvenlik tedbirlerine bakıyoruz. Aslında bunlar ceza mahkûmiyetinin sonuçlarını da içeriyor, yani sadeleştirme adına biraz çelişkili düzenlemeleryapılmış oluyor. Yeni Yasa’da güvenlik tedbirleri başlığı altında şunlar yer almaktadır: Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma, eşya müsaderesi, kazanç müsaderesi, (ilgili yasada gösterilecek olan) çocuklara özgü güvenlik tedbirleri, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri, suçta tekerrür ve özel tehlikeli suçlular, sınır dışı edilme, tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri Güvenlik tedbirlerinde tek bir olumlu gelişme gözlemlemek mümkün, bu da öğretide hep eleştirilen bir hususun düzeltilmiş olmasıdır. şöyle ki, 765 sayılı Yasa’da kısmi akıl hastaları için sağlık kurumunda muhafaza ve tedavi altına alınma olanağı öngörülmemişti.

Yeni Yasa’da bu olanak getirilmiş, bu konuda hakime takdir yetkisi verilmiş, umarım bu sık sık kullanılır. Çağdaş hukuk sistemlerinde şöyle bir slogan var artık: “Mümkün olduğu kadar az ceza, mümkün olduğu kadar çok sosyal yardım”. Bunu slogan olarak kullanıyorlar. Ama yeni Yasa’da kısmi akıl hastaları için öngörülen tedavi seçeneği dışında, güvenlik tedbirleri adına bir ilerleme gözlemlenmiyor. Yani, yeni güvenlik tedbirleri, seçenekler yok. Başka kurumların “güvenlik tedbiri” olarak nitelendirilmesi sözkonusu. Örneğin, belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma. Bu yaptırım, cezanın sonucudur. Bunu güvenlik tedbiri adı altında düzenlediğimizde, güvenlik tedbiri olmaz. Eşya müsaderesi, kazanç müsaderesi, bunlar nasıl güvenlik tedbiri oluyor? Eskiden henüz suç işlenmemişse bulundurulması yasak birtakım eşyanın müsadere edilmesini tedbir olarak nitelendiriyorduk Bu bir önlemdir, ancak, failin suçu işlediği anlaşıldığı için suçta kullanılan ya da suçtan kaynaklanan bir eşyanın müsadere edilmesi cezadır veya cezanın sonucu olan bir yaptırımdır. Yeni Yasa’da bunu güvenlik tedbiri olarak nitelendirmek yerinde olmamıştır. Güvenlik tedbiri olarak nitelendirilenler, her hukuk sisteminde akıl hastalarına, uyuşturucu bağımlılarına uygulanan muhafaza, tedavi, başımlılık terapisi, küçükleri ıslah etme, yetiştirme gibi kurumlardır. Alman Ceza Yasası’nda, “Cezalar, cezanın takdiri, cezanın ertelenmesi, adli tedbirler, emniyet tedbirleri” diye başlıklar var. Müsadere, üçüncü bölümde, yedinci başlıkta başımsız bir şekilde düzenleniyor. Güvenlik tedbirlerin arasına alınmıyor. Yeni Yasa’daki düzenlemenin hangi yasadan esinlenildiğini bilemiyorum.

Öte yandan, tekerrür hükümleri de emniyet tedbirleri arasına alınmıştır. Tekerrürde cezanın arttırılması, ağırlaştırılması çağdaş sistemlerde artık terk edildi. Yeni Yasa’da, tekerrürde cezanın ağırlaştırılmasının öngörülmemesi yerinde olmuştur, buna katılıyorum.

Tekerrürde ceza ağırlaştırılmayacak; ancak denetimli serbestlik uygulanacaktır. Denetimli serbestliğin ne şekilde uygulanacağı, kapsamının, içeriğinin ne olacağı konusunda ise infaz Yasası’nda da bir ayrıntı bulunmamaktadır. Umarız, bu konu Tüzükle düzenlenmez. Tekerrür için öngörülen bir başka husus da, seçenekli cezalardan ağır olanının seçilme zorunluluğunun öngörülmesidir. Ancak, bunun güvenlik tedbirleri arasında düzenlenmemesi gerekirdi. Önce başka bir bölümde bu kavram düzenlenip sonra ne yapılacağı gösterilmeliydi.

X. Kısa süreli hapis cezaları

Kısa süreli hapis cezaları yerine, yeni Yasa’da da seçenekler gösterilmektedir. Bu konuda, sistemde bir deşişiklik yoktur. Yine bir yıla kadar hapis cezaları, kısa süreli sayılmakta ve bunların suçlunun kişilişine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecine vs. göre çeşitli seçeneklere çevrilmesi öngörülmektedir. Kamuya yararlı bir işte çalıştırma da bu arada österilmiştir. Ancak, daha önce de söyledişim gibi, bence bu ayrı bir ceza olmalıydı, başımsız olmalıydı. Veya şöyle bir şey yapmak belki reform olurdu: Kısa süreli özgürlüşü başlayıcı cezayı kaldırmak. Karşılışında sadece para cezası öngörülmesi, yani kısa süreli özgürlüğü başlayıcı cezanın olmaması, hapis cezalarının bir yıldan başlaması. Bence bu sistem deşişikliği olurdu.

XI. Sonuç

Evet, son sözümü söylüyorum. Umarım, sizlere yeni Yasa’daki cezalar ve güvenlik tedbirleri sistemi hakkında açıklayıcı bilgiler aktarabilmişimdir. Bazı eleştirilerime yukarıda değindim. Genel olarak değerlendirmek gerekirse, batılı yasalarla geçen seksen yıllık deneyim, Yargıtay içtihatları birikimi ve yirmi yıla yaklaşan Tasarı hazırlama çalışmaları sonucunda hazırlanan yeni Türk Ceza Kanunu bu kadar eleştiriye açık bir yasa olmamalıydı, diye düşünüyorum. Daha iyisi yapılamayacak idiyse, 765 sayılı Yasa’nın ıslahı tercih edilmeliydi. O zaman, en azından yeni ve mükemmel bir yasa yapılması hedefimizi halen koruyor olurduk. 1920’li Yıllarda, genç Cumhuriyet yönetimi yüzünü batıya döndüşü, sistem deşiştirmek istedigi için yeni yasalar yapılmıştı. Oysa şimdi, bu anlamda yeni yasalar yapılması zorunluluşu bulunmamaktadır, reformları ise mevcut yasalar üzerinde en ekonomik biçimde gerçekleştirmek de mümkündür. Türkiye’nin önceliği, insan hakları ihlallerinin, işkencenin önlenmesi, demokratikleşmenin ve yargının hızlanmasının sağlanmasıdır. Yeni yasaların dönem kapatıp dönem açacak nitelikte oldukları kanaatinde değilim. Avrupa Birliği’ne girme, aceleye getirilmiş özensiz yasalar yürürlüğe konulmasının mazereti yapılmamalıdır.

b) Âyet, enfüsî mânada nefsin şerrinin akıbetini anlatıyor.

Eğer Allah mağrur nefsin önüne ve arkasına bir manevi perde çekmeseydi, o sonsuz nüfuz, kabiliyetle gönlü hemen istilâ eder; imanları mahvederdi. Allah bu âyetle inananlara, gönüllerindeki efendimizin sırrını yaşatmaları şartıyla garanti veriyor.

Bu on iki âyet efendimizin şanını evrene açtığından: Ey habibim, sana karşı gelen tüm mağrurları, zahirî azametli halleriyle birlikde tecrit (ayrı ve uzak tutma) ve tenkil (Öteleme) ettim, buyuruyor.

c) Yine enfüsî mânada:

Önlerine hırs, tamah ve hissetten bir set, arkalarına zulmet-i beşeriyetten (Beşer karanlığı) bir set çektik. Kendilerini kendi günahlarıyla tecrit ettik. Artık gerçeği göremezler. Senin açık gönüllere coşan sırrın, onların mühürlü kalplerine yansımaz.

Âyet 10: Şimdi tekrar yeni bir açıklama geliyor:

"Onlar için inzar etsen de bir, etmesen de aynıdır. Onlar iman etmezler. "

Demek ki boynuna gurur kelepçesi geçirilenler için, evrenin her yanını aydınlatan İnzar-i Muhammedî (S.A.S.) bir hayat getirmiyor. Çünkü onları Allah tecrit ve tenkil etmiştir, onların gerçeği görme ihtimalleri hiç yoktur.

Gönül kapısı kapalı olanları Allah, Yâsinde, boyunlarına gurur kelepçesi geçmiş olarak tarif etmekte, onları uyarmak için efendimizin yorulmamasını bildirmektedir.

Şüphesiz böylelerinin durumu her devirde aynıdır. Tıp bilimine göre gurur, aşağılık kompleksinden kurtulmak için şuur altının (Nefsin) icad ettiği vahim bir yanlışlıktır. Mükemmel olan insanda gururun zerresi yoktur. Halbuki çok özürlü olanlar, akılsız gururlarının esiridirler. (Boyun kelepçesi), onun için onlara gerçekleri bilimsel olarak anlatmak mümkün değildir.

Âyetin enfüsî manasına gelince: "Habibim, onlar elestte de belî (evet) demeyen sapık, nefslerdir. Onlar iman etmezler, boşuna yorulma, onlara inzar (uyarı) fayda vermez.

Şimdi Allah, inzar sırrının hikmetini, Efendimizi gönlüne sindirecek olanların vasfını bildiriyor: Tayyar Altıkulaç Yasin suresi”

Yazı şöyle başlıyor:

“Ankara muhabiri mahsusumuzdan-17 Piran’daki hadise etrafındaki son malumat berveçhi atidir (aşağıdadır).

Bilgiye göre Şeyh Said’in mahiyetinde 150 atlı vardı. Asiler Genç ilindeydiler ve kaçıyorlardı. Muhabir devam ediyor:

“Asileri takip etmekte olan jandarma kuvvetlerinin birkaç gün içinde ceza-i sezasını (layık olduğunu cezasını) vereceği tabidir. Tahakkuk ettiğine nazaran Şeyh Said ve maiyeti İngilizlerden teşvik ve muavenet görmekteydiler.”43

Bu nasıl bir “eşkıyaydı” ki, hakkında “asi” kelimesi kullanılıyordu ve bir yabancı devletten yardım görüyordu?

Doğuda bir isyanın patlak vermiş olduğu söylentileri her tarafta dolaşmaya başladı. Gerçi yukarıdaki haberin yayınlandığı gün, 18 Şubat’ta, mecliste iç işleri bütçesi görüşülürken içişleri bakanı Cemil Bey, bir soru üzerine “Genç’te Şeyh Said isminde bir şaki peydah oldu. Taraftarlarıyla beraber ilan-ı şekavet etti. Fakat hükümetimizin ciddi tedabiri (tedbirleri) neticesi olarak pek yakında külliyen tenkil edileceği (tepeleneceği) tabiidir.” Diyor ve gene “şaki” (haydut) tabirini kullanıyordu. Ama artık buna fazla kimse inanmıyordu.

Mustafa Kemal yine poker partisi veriyor.

Ankara, siyasi dalgalanmalar yaşıyordu. İsmet Paşa’nın da gelmesi şüpheleri büsbütün arttırmıştı. Mustafa Kemal isyanı Ali Fethi Bey’le bastıramayacağını anlamıştı. Mustafa Kemal’in konağında her zaman olduğu gibi yine poker partisi vardı. Davetliler ayrı ayrı masalarda poker oynuyorken Mustafa Kemal’in baş yaveri gizli bir telgraf getirmişti. Telgrafta, “isyanın hızlı bir şekilde büyüdüğü ve Kürtler arasında ciddi yankı bulduğu” yazılıydı. 44

Mustafa Kemal yaverine, telgrafı o zaman Başbakan olan Fethi Bey’e götürmesini söyler. Yaver telgrafı, Ali Fethi Bey’e götürür. Fethi Bey bir göz attıktan sonra tekrar yavere geri verir ve oyununa devam eder. Mustafa Kemal tekrar telgrafı Fethi Bey’e gönderir. Yine aynı şekilde göz attıktan sonra geri gönderir. Bunun üzerine Mustafa Kemal telgrafı başka bir masada poker oynayan İsmet Paşa’ya gönderir. İsmet Paşa, telgrafı okuduktan sonra oyunu bırakır ve düşünceli bir hal alır. Mustafa Kemal, yanındakilere “işte, İsmet’le Fethi arasındaki fark budur” demiştir.

Elbette büyük bir fark vardı. Çünkü Fethi Bey, daha sonraki konuşmalarında “Kürt halkının kanına elini bulamayacağını” açık bir dille ifade etmişti. Oysa İsmet Paşa, tam Mustafa Kemal’in istediği bir adamdı. Kürtlerin hakkından! ancak o gelirdi. Cumhuriyet’in Kürtlere yönelik “tedip ve tenkil” (yok etme ve bastırma) politikası tam İsmet Paşa’ya uygun bir işti. Fethi Bey Kürtlere yönelik bu politikanın doğru olduğuna inanmıyor ve daha gerçekçi bir yaklaşım sergiliyordu. Bu yaklaşım ise “Genç Cumhuriyetçilerin” işine gelmiyordu. Türk siyasetinde doğru olanlar, her zaman olduğu gibi bu dönemde de diskalifiye edildiler. Bunlardan biri de askeri harekatta alınan sert önlemlere karşı çıkan Kazım Karabekir idi. Karabekir Kürdistan’da kurtuluş savaşı yılları boyunca görev yapmıştı. Kendisi, Kürtlerin bağımsızlık istemlerine kısmen de olsa ılımlı yaklaşıyordu. Mustafa Kemal’in ılımlılarla da işi olamazdı, kendisine şiddet yanlısı insanlar gerekiyordu. Bu şiddet yanlısı ve Kürtlerin kanına elini bulandırmayı kabul eden de İsmet İnönü’ydü.

Ceza ve emniyet tedbirleri sisteminin açıklanmasında, cezalarla emniyet tedbirlerinin ne yolda hesaplanması konusunu da ele almak zorunluğu vardır. Ceza hukukunda, yürürlükteki bazı kurallara aykırı eylemleri yasaklamanın en önde gelen aracı ceza tahdididir. Bu tehdidin, toplumun suç işlemesini önlemeyi başaramadığı kişiyi, en az tekrar suç işlemekten alıkoyacak ölçüde bulunması gerekir. İşte bu ölçünün belli edilip saptanması genel olarak cezanın hesaplanmasını ifade eder.

Cezanın hesaplanması, birisi Kanun Koyucuya ve ötekisi onu uygulayacak mahkemelere ilişkin olmak üzere iki ayrı evreyi kapsar. Genel ve soyut olarak birinci evrede, Kanun Koyucu önce, suçlara uygulanacak olan ceza ve emniyet tedbirlerinin çeşit ve sıralarını, sonra hangi çeşitten ne miktar verilebileceğini yine genel ve soyut olarak kanunda belli eder. Bundan sonra yine Kanun Koyucu ceza kanun veya ceza hükümlerinde tanımlanıp öğeleri belirtilen her suç karşılığında, hangi çeşitten ve ne ölçülerde ceza ve emniyet tedbirleri verilebileceğini saptar; yani, ceza yaptırmalarının çeşitlerim ve hükmedilebilecek miktarlarını, kanun maddesinde tanımını yapıp öğelerini gösterdiği her eylem için soyut ve özel bir şekilde gösterir. Böylece her suç sayılan eylem için saptanan ceza veya emniyet tedbirleri kanunda gösterilen çeşitten olmak zorunluğu bulunduğu gibi, yine kanunda ve maddede gösterilen sınırlar içinde kalınması gerekir. Cezaların genel ve soyut veya özel ve soyut olarak belli edilip saptanmasında gözönünde tutulan ölçü, genel olarak bilimsel, deneysel ve yararcı bir nitelik gösterir. Ancak, cezada en başta suçun ağırlığının ve sonra suçun toplum için göstereceği tehlikenin gözönünde bulundurulması gerekir. Böylece, her suçun cezası ile varsa emniyet tedbirinin önceden belli olması ve bunların işlenen suçların ağırlığı ve suçun teşkil edeceği tehlikenin büyüklüğü ile orantılı bulunması esaslarına uygunluk sağlanmış olur.

Suç karşılığında bir tehdit ve dolayısiyle tenkil aracı olarak yaptırımların cinslerini, çeşitlerini ve hangi sınırlar içinde uygulanabileceklerini önceden genel ve soyut veya özel ve soyut bir biçimde belli edip saptamak, Anayasa'nın 64. maddesiyle Yasa Koyucuya tanınmış yetkiler içinde olmakla birlikte bu yetkiler hiç kuşku yok ki, Anayasa'nın temel ilkeleri ve ceza hukukunun kuralları ile de sınırlıdır.

Bu sınırlardan birincisi, Anayasa'nın 11. maddesinin "Temel hak ve hürriyetler, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla sınırlanabilir. Kanun, kamu yararı, genel ahlâk, kamu düzeni ve millî güvenlik gibi sebeplerle de olsa, bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz." biçimindeki hükümdür.

Ancak, toplum halinde yaşamanın esas koşullarını hiçe sayarak toplumun huzurunu bozan ve bu arada diğer kişilerin temel hak ve hürriyetlerini de çiğneyen, hukuksal deyimi ile suç işleyen veya işleme eğiliminde bulunan kişilerin ceza tehdidi altında bulundurulması, ve ceza yaptırımları uygulanarak tekrar suç islemeleri engel olunması, herhangi bir tartışmaya yer veremeyecek derecede bir toplum gerçeğinin gereğidir. Bu arada suçluların, işledikleri suç sayılan yasak eylemin ağırlığı ile orantılı ve kişiliklerine uydurulmuş bir ceza yaptırımına çarptırılmaları gereği de ortadadır.

Bu nedenlerle, ceza konusunda Anayasa'nın, sözü geçen 11. maddesi hükmüne dayanmağa genel hukuk kuralları ve hukuk mantığı bakımlarından bir olanak düşünülemez. Bu yönleri gözönünde tutan Anayasa Koyucusu, sözü geçen ceza konularını, temel hak ve ödevlere ayırdığı ikinci kısmının kişinin hakları ve ödevlerini gösteren ikinci bölümünde ayrıca düzenlemek gereğini duymuştur. İşte bu gerek nedeni ile, esasen ceza hukuku alanında tarihsel ve uzun bir gelişim evresinden geçerek gittikçe oluşmuş ve bugün belli ve kesin bir nitelik kazanmış olan cezaların kanuniliği ve şahsîliği temel ilkeleri Anayasa'nın 33. maddesinde, gerek kişi ve gerekse toplum yaşantısı yönünden birer güvence olarak yer almış bulunmaktadır. O halde, ceza konusunda Yasa Koyucunun Anayasadaki bu güvenceleri de gözönünde tutarak, kanunun yasakladığı eylemler karşılığında bir yaptırım olarak cezaları belli edip saptamak yetki ve olanağı vardır.

Ceza alanında kişi hürriyetleri yönünden gözönünde tutulması zorunlu temel ilkelerinden oluşan kişi ve toplum yaşantısı güvenceleri, Anayasa'nın 33. maddesinde, yukarıda açıklanan amaçlarla açık bir biçimde gösterildiği gibi, temel hak ve hürriyetlerin en başında gelen yaşama, maddî ve manevî varlığını geliştirme ve kişi hürriyetlerini ayrıca 14. maddenin birinci fıkrası hükmiyle yine güvence altına almış bulunan Anayasa Koyucusu, bu hak ve hürriyetlerle ilgili olarak aynı maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarına koyduğu "Kimseye eziyet ve işkence yapılamaz" ve "İnsan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza konulamaz." biçimindeki genel ilkelerle, kişi dokunulmazlığı ve hürriyeti terimleri ile adlandırıldığı bu hakların da mutlak olmadığını ve ancak toplum yaşantısının zorunlu kıldığı hallerde kanunda açıkça gösterilmek ve hâkim kararına dayanmak koşulları ile kayıtlanabileceğini belirtmiş ve bundan başka, eziyet ve işkenceyi ve insan haysiyetiyle bağdaşmayacak ceza konulmasını da yasaklamış bulunmaktadır. Nitelik ve kapsamları açıklanan bu hükümlere göre, sözü geçen 33. ve 14. maddelerde sayılan yasaklar dışında kalan ceza yaptırımlarının, kanunların yasakladığı eylemler karşısında Yasa koyucu tarafından önce genel ve soyut olarak belli edilip saptanan çeşit ve ölçülerinin Anayasa'ya aykırı bir yönleri bulunamıyacağının kabulü, doğal ve kaçınılmaz bir sonuçtur. Çünkü Anayasa, yukarıda belirtilen temel ilkeler, güvenceler ve sınırlamalar yetinerek, ceza alanında uygulanacak yatırımların çeşit ve ölçülerini, genel ve soyut olarak dahi olsa, belli edilip saptamak gereğini duymamıştır.

Her ceza yaptırımının, uygulandığında, kişiye bir acı vereceğinde kuşku yoktur. Bu acı daha ziyade bir takım yoksunlukların sonucudur. Ceza yaptırımlarının konulmasında ve dolayısiyle uygulanmasında, daima böyle bir erek kendini duyurur. Ancak, yaratılmak istenen acının makûl ve insanî bir sınırı aşmaması, işkence ve eziyet derece ve niteliğini almaması şarttır. Ceza yaptırımlarının çeşit ve ölçülerinin geçirdiği süreç, toplumların uygarlık seviyeleri yakından izlediğinden, örneğin itiraz konusu hükmünde yer alan hapis cezası gibi bugün en ileri ülkelerde de henüz vazgeçilmesi uygun görülmeyen hürriyeti sınırlayıcı yaptırımlarda hükümlünün en büyük yoksunluğu, irade ve hareket serbestliğini, cezayı çektiği sürece yitirmekte olmasıdır. Bütün bu yoksunluklar, cezanın tehdit ve dolayısiyle tenkil amaçlarını taşımasının doğal bir sonucudur. Diğer yönden, ceza yaptırımlarının çeşit ve ölçüleri bakımından, bunların insan haysiyeti ile bağdaşır olması da bir sınır olarak görülür. İnsan haysiyeti kavramı, insanın hangi durumda hangi koşullar altında bulunursa bulunsun, sırf insan oluşunun kazandırdığı değerin, gerek toplum ve gerek bireylerce tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu, öyle bir davranış çizgisidir ki, ondan aşağı düşülünce, yapılanlar insanı insan olmaktan çıkarmış demektir.

Ancak, insan haysiyeti kavramını, toplumların, kendi görenek ve geleneklerine ve toplum yaşantısının kurallarına göre, insanın saygıya değer olabilmesi için onda bulunması zorunlu görülen kişisel niteliklerle karıştırmamak dahi gerekir. Çünkü insan haysiyeti kavramı, insana, sadece insan olmasının kazandırdığı herkesçe tanınması gerekli bir değerden ibarettir.

Bu açıklamaların gösterdiği gibi, yasak bir eylem karşılığında insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir ceza yaptırımı konulması olanağı yoksa da, bu ilkenin, hürriyeti sınırlayıcı ceza yaptırımlarının, suçun ağırlığı ile orantılı olarak belli edilip saptanması zorunluluğu bakımından kesin bir sınır teşkil edeceği düşünülemez. Çünkü, toplum yaşantısının belli bir evresinde toplumun huzurunu bozan ve bu nedenle suç sayılan eylemlerin önlenmesi ve suçluların tenkil edilmesi bakımlarından, ceza yaptırımlarının çeşit ve ölçülerinin makûl ve insanî sayılacak sınırları aşmamak kaydiyle, Yasa Koyucu tarafından seçilmesi olanağı vardır. Kanun Koyucu böylece, yasaklamakla beraber ayrıca ceza yaptırımı ile önlemek istediği eylemlerin öğelerini, yani suçluluk koşullarını genel ve soyut olarak belli edip saptama yetkisine sahiptir. Aslında her ceza yaptırımı, kamu hukuku alanında yer alan ve ereği kamu düzenini kurmak ve kollamak olan bir hukuk kuralıdır Esasen ceza hukuku, karakteri itibariyle, eski, sosyal bakımından toplumun kültür ve uygarlık seviyesi ve sosyal ve ekonomik yaşantısı koşulları ile yakından ilgili, kuralları eşit,ve tek biçimde olup kamu hukuku alanında yer alan bir hukuk dalı bulunduğundan başka, ancak Devletçe konulabilir ve biçimlendirilebilir olması nedeniyle kuralları, bir bakıma siyasi karakter de taşır. Yani, toplumun belli bir zamandaki tüm yaşantısının siyasî oluşumu, ceza hukuk kurallarına, ya doğrudan doğruya veya dolayısiyle etkili olur ve onlara yansır. Bu etkileme ve yansıma, Anayasa'da yer alan temel ceza kurallarına ve gerek bunlarla gerekse öteki hükümlerle konulan sınırlara, güvencelere, buyurucu ve yasaklayıcı hükümlere ve ayrıca genel hukuk kurallarına aykırı bulunmamak suretiyle, ceza hukuku alanında olağan bir durum sayılmak gerekir. Bu nedenle de, bir eylemi veya davranışı belli bir zamanda suç sayan bir ceza hükmünün, soyut olarak ceza siyaseti veya cezanın siyasîliği yönlerinden Anayasa'ya uygunluk denetimine bağlı tutulabileceği gibi yersiz bir düşünceye varılamaz. Çünkü, ceza kuralları ile kapsadıkları ceza yaptırımları Devlet ve toplum yaşantısının belli bir zamandaki tüm yaşantısının çeşitli nedenlerle getireceği zorunlukların doğurduğu gereksinmeleri karşılamak üzere yalnız Devletçe ve gerek toplumun gerekse onu oluşturan bireylerin yaşantılarının düzen ve güvenini sağlamak amaçlarıyla konulabilmektedir.

Özetlenecek olursa, Yasa Koyucu, yukarıda gösterilen kayıtların belli ettiği sınırlar ve koşullar içinde kalarak, belli bir eylem veya davranışı yasaklamakla birlikte soyut ve genel olarak suç sayıp, onu çeşit ve ölçüsünü seçeceği ceza yaptırımları ile önlemeğe çalışmak yetkisine sahip bulunmaktadır. O halde yukarıda, A bölümünde Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmadığı belirtilen 648 sayılı Siyasî Partiler Kanununun 37. maddesinin itiraz ve inceleme konusu birinci fıkrasının düzenlediği önseçimde propaganda yasağını suç sayarak cezalandırılmasını amaç güden yine itiraz ve inceleme konusu 122. maddedeki yaptırımların, gerek yasaya konulmaları gerekse çeşit ve ölçüleri bakımından Anayasa'nın itirazda gösterilen maddeleri hükümleri ile öteki herhangi bir hükmüne aykırı yönleri görülememiştir” Resmi Gazete tarih/sayı:7.7.1972/14238

1. 1926 yılından bu yana alıştığımız suçların Cürüm-Kabahat ayırımını kaldırmaktan tutunuz da daha birçok konuda Alman Hukuk Sistemine öykünen Tarihi kanun koyucunun, uzmanlarının Alman dilini bilmelerine rağmen, o sisteminde, bağımsız bir başlık altında, cezai himayenin konusu yapılan **Din hürriyetini görmezlikten gelmesini**, ayrıca Alman Kiliselerinin tüzel kişiliğinin farkında olmamasını anlamakta zorluk çekiyoruz. Gerçekten, Alman ceza hukukuna bakarak cürüm – kabahat ayırımını ortadan kaldıran Tarihi Kanun Koyucunun, aynı titizliği Din hürriyetine karşı suçlarda göstermemesi açıklanabilir bir davranış değildir. Bizden farklı olarak, Alman hukuk sisteminde, Din hürriyetine karşı suçlar, Kişiye karşı suçlar içinde eritilmemiş, dolayısıyla, kanun önünde eşitlik ilkesi ihlal edilmemiştir. Esasen, dil fakiri olmamıza rağmen, biz, bu hukuk düzeninde, Din hürriyetine karşı suçların, tıpkı Zanardelli Kanununda olduğu gibi, bağımsız bir başlık altında düzenlemiş olduğunu saptamış bulunuyoruz. Tarihi Kanun Koyucunun, elindeki sonsuz imkana rağmen, Alman hukukunun laik toplum/hukuk/devlet düzenine yakışan bu düzenlemesini görmemiş olması, sadece bir rastlantı olarak değerlendirilemez. [↑](#footnote-ref-1)
2. Laiklik ( An. m. 2 ), dolayısıyla kanun önünde eşitlik ilkesinin ( An. m. 10 ) sonucu olan Din ve vicdan hürriyeti ( An. m. 24 ), Aydınlanma döneminden bu yana, cezaî himayenin konusu olarak ceza kanunlarının nerede ve nasıl düzenleneceği konusunda ciddi tartışmalara yer vermiştir. Zanardelli Kanunu, Dine saldırıları, Kişiye Karşı Suçlar arasında değil, Dini ferdi-toplumsal bir kurum sayarak, “Din Hürriyetine Karşı Suçlar” adı altında bağımsız bir kategori olarak düzenlemiş, ayrıca Kilisenin mallarına vaki saldırıları ağırlatılmış hırsızlık suçu saymıştır. İtalyan Ceza Kanunu, Dine saldırıları, İkinci Kitabın, Dördüncü Başlığında “Dinî Duyguya ve Ölülere Acıma ( pieta’ ) Duygusuna Karşı Suçlar” suçlar başlığı altında, 402-406, 407-413. maddelerinde düzenlemiştir. Kanun, İkinci Kitabının Onikici Başlık altında Kişiye (persona) karşı suçlara yer vermiştir. Bu suçlar arasında, özellikle hakaret suçlarında kişiye izafeten dinle ve ölülerle ilgili hiçbir düzenleme yapmamıştır. Bu demektir ki, laik bir toplum/hukuk/ devlet düzeninde, kişiye karşı suçlar arasında, hiçbir adla ve amaçla dine karşı suçların, özellikle ölülere karşı suçların yeri yoktur. Laik Türkiye Cumhuriyeti Devletinin temellerini oluşturan 765 s. Kanunda Kişi karşı suçlar arasında, dine karşı suçlara yer verilmemiştir. Dine karşı suçlar Din Hürriyetine Karşı Suçlar adı altında başlı başına bir kategori olarak düzenlenmiştir.

   Bilgimizin ve imkanlarımızın yetersizliğini İtiraf etmekle birlikte, biz öyle sanıyoruz ki, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini İmzalayan Avrupa Birliği Devletlerinin Ceza Hukuku Düzenlerinde Kanunun düzenlemesine emsal olacak bir düzenlemenin olduğunu sanmıyoruz. Gerçekten, Kanun, Din ve vicdan hürriyetini cezai himayenin konusu yapmamış, Din ve vicdan hürriyetini ihlal eden davranışları parçalara bölerek İkinci Kitabında “Kişiye Karsı Suçlar” başlığı altında, bir kısmını Yedinci Bölümde **“Hürriyete Karşı Suçlar”,** bir kısmını sekizinci Bölümde “Şerefe Karşı Suçlar” ve diğer bir kısmını Onuncu Bölümde “Malvarlığına Karşı Suçlar” kategorisi içinde düzenlemiştir. Dikkatlice bakılmadığında Kanunun çözümünün dahiyane olduğu söylenebilir. Ancak, Din, Türk Hukuk Düzeninde, Kişinin, İnsanın, Vatandaşın bir niteliği midir sorusu sorulduğunda, iş karışmaktadır. Gerçekten, Din, ne Anayasada, ne Anayasanın artık bir parçası olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde, ne de Medeni Kanunda kişinin bir niteliğidir. Böyle olunca, Din ve vicdan hürriyetine karşı saldırıları düzenleyen hükümlerin, aynen Avrupa Birliği üyesi Devletlerin Ceza Hukuku Düzenlerinde olduğu gibi, “Kişiye Karşı Suçlar” arasında yeri yoktur. Laik bir hukuk düzeninde, ne doğrudan ne de dolaylı olarak, Kişiye dinî bir sıfat verilebilir. Türk hukuk düzeninde Din, kişinin, insanın, vatandaşın ne kimliği ne niteliğidir. Türkiye Cumhuriyeti bir “Din” devleti değildir. Öyleyse, Kanunda yer alan düzenleme, ancak teokratik toplum/hukuk/devlet düzenlerinde rastlanabilecek bir düzenlemedir.

   Bu durdum, sistematik açıdan, Ceza Kanununun, bir parçasını oluşturduğu hukuk düzeni ile tutarlı olmadığını, tabiri caizse “altı kaval üstü şişhane olduğunu” kanıtlamaktadır. Dileğimiz, Ceza Kanununun, “teokrasi özlemlerinin” giderilmeye çalışıldığı bir alan olmamasıdır. Ceza Kanunun Anayasaya aykırı olamadığından, Anayasanın, değiştirilmesi bile teklif edilemeyen maddelerinden olan 2. maddesi hükmü, bu hükmün yansımaları ve göndermede bulunduğu AİHS ciddi bir tehlikeyi önlemiştir. [↑](#footnote-ref-2)
3. (Haşiye): Otuz sene cebr ü işkenceler altında sıkıştırıldığı halde, hiçbir defa Avrupa şapkasını başına koymadı. [↑](#footnote-ref-3)
4. Nisa, 83. [↑](#footnote-ref-4)
5. Yazır. II.1402. [↑](#footnote-ref-5)
6. Tevbe, 122. [↑](#footnote-ref-6)
7. Yazır, III,2646. [↑](#footnote-ref-7)
8. Ahmet Naim, Tecrit Tercemesi, Ankara, 1970, I, 77. [↑](#footnote-ref-8)
9. Buhârî, İtisam, 10; Müslim, îman, 247; Ahmet Naim, Tecrît., I, 78. [↑](#footnote-ref-9)
10. Fıkıh Usülünün lüzumu ve önemi için bk. Başgil, Esas Teşkilat Hukuku Dersleri Ana Hukuk, Ankara 1943, s.33-37: Atar, Fahrettin, s. 4; Aydın, Sivaslı İbn Hümüm., s. 13. [↑](#footnote-ref-10)
11. Maide, 3, başka bir ayet için bk.Ali İmrân, 48. [↑](#footnote-ref-11)
12. Yazır, II, 1568. [↑](#footnote-ref-12)
13. Tirmizi, Ahkam. 3; Ebu Davut, Akdiye 11. [↑](#footnote-ref-13)
14. İmam Mâlik, Muvatta; Kader, 3. [↑](#footnote-ref-14)
15. Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, İst.1996, I,31. [↑](#footnote-ref-15)
16. Schacth, s.9. [↑](#footnote-ref-16)
17. Schacht. s.9, Hamidullah. Muh. İslam Hukuku Etüdleri, İst.1984, s.21. [↑](#footnote-ref-17)
18. Schacht, s.12; 212. [↑](#footnote-ref-18)
19. Şûra, 13, 21, Maide, 48, Cariye, 18. [↑](#footnote-ref-19)
20. Hamidullah, s.21, 84; Schacht, s.213. [↑](#footnote-ref-20)
21. Schacht, s.118; Bilmen, Ö.Nasuhi, Hukuk-u İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiye Kamusu, İst., 1967, I. 338. [↑](#footnote-ref-21)
22. Karaman, I, 31. [↑](#footnote-ref-22)
23. Schacht, s.209. [↑](#footnote-ref-23)
24. Ansay, s.1. [↑](#footnote-ref-24)
25. Siyasetnâme, s. 30-34. [↑](#footnote-ref-25)
26. Başgil, Esas Teşkilât Hukuku, İst., 1960, s.134; Karaman, I,41 [↑](#footnote-ref-26)
27. Mehmet Birsin, age., s. 34. [↑](#footnote-ref-27)
28. Geniş bilgi için bkz. Mâverdî, Edebü’d-dünya ve’dîn, nşr. Mustafa es-Sekkâ, Muhammed Şerif Sükker, Beyrut 1988, s. 69-70,201-219,268-269, Huriye Tevfik Mücahid, age., s. 124-126; Kallek, agm, s. 247-252. [↑](#footnote-ref-28)
29. Çağrıcı, Mustafa, “Mâverdî’de Siyaset Ahlâkı”, İslâmiyat, Ankara 2003, c. VI, sy. 1, s.82-87. [↑](#footnote-ref-29)
30. Ahkâmü’s-Sultaniyye, s. 75. [↑](#footnote-ref-30)
31. Ahkâmü’s-Sultaniyye, s. 32. [↑](#footnote-ref-31)
32. Ahkâmü’s-Sultaniyye, s. 35. [↑](#footnote-ref-32)
33. Ahkâmü’s-Sultaniyye, s. 31, 32, 53, 73, 79, 131. [↑](#footnote-ref-33)
34. \* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yeni TCK Sempozyumunda sunulan tebliğ metni. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2006)’da yayınlanmıştır. [↑](#footnote-ref-34)