

GÖREV SIRASINDA DİN HİZMETLERİNİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇLARI (TCK. M.219)

Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI*
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN**

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

I. GENEL OLARAK

5 237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 219. maddesinde, esasen kaynağına sadık kalarak, “Görev sırasında din hizmetlerini kötüye kullanma” ismi altında, “din adamlarının” dini mekânlarda, görevlerini yaparlarken, “laiklik ilkesine” aykırı olarak, “kutsal din duygularını” “Devlet işlerine ve politikaya karıştırma” yani “Dini siyasete alet etme” suçlarını düzenlemiştir^[1].

Hazırlık çalışmalarından ve gerekçeden Kanun koyucunun amacının ne olduğunu tespit mümkün olmamakla birlikte^[2], tarihine bakıldığında, ilk kez Aydınlanma sürecinde ortaya çıkmış olan bu suçlarla, Kanunun amacının, görevlerini yaparken Din görevlilerinden gelen her türlü “teokratik” saldırıya karşı, laik toplum, hukuk, Devlet düzeninin korunması olduğu görülmektedir^[3]. Gerçekten, Anayasa, Başlangıcında, açıkça “laiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmamasını” emretmektedir. Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten başlangıç kısmı Anayasa metnine dahildir (Ay. m. 176).

Burada, 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunundan aynen alındığından, zorunlu olarak, geçmişine gidilerek, 219. maddede öngörülen suçlar incelenecek; bunların, kısaca, anlamı, kapsamı ve sınırları üzerinde durulacaktır.

- [1] Adalet Komisyonunda kabul edilen tasarı madde metni madde üzerinde Adalet Komisyonundaki görüşmelerde eleştirilmiş, madde üzerinde Genel Kuruldaki görüşmelerde eleştiriler temelinde konuya ilişkin iki önerge verilmiş, sırasıyla oylanan önergelerden ikincisi kabul edilerek, 765 sayılı Kanunun “241 ve 242 nci maddelerindeki suç unsurlarının içeriğinde herhangi bir değişiklik yapılmaksızın bir madde altında toplanmış” olarak beş fıkra halinde 219. madde hükmü oluşturulmuştur. Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, T.C. .Adalet Bakanlığı Yayınları, Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Ankara 2005, s, 760 vd.
- [2] Adalet Komisyonunda ve Genel Kurulda yapılan tartışmalardan, konuşmacıların karşılıklı atışmaları dışında, Kanun koyucunun amacı hakkında “dişe değer” bir fikir edinilememektedir. Gerçekten, 765 sayılı Kanundan aynen alınan söz konusu madde hakkında bilgi eksikliği olan kimi konuşmacı, hükmün Anayasaya aykırı olduğunu, kısaca kanun önünde eşitlik, ayrımcılık yasağı ilkelerini ihlal ettiğini, düşünce hürriyetini, eleştiride bulunmak hakkını kısıtladığını, zaten aynı fiilleri başka suçların karşıladığını, bu suçta gerek bulunmadığını ileri sürmüştür (Tutanaklarla.., s. 762, 763-765, 766-768). Kanunun 219. Maddesi hükmü, aşağıda açıklanacağı üzere, Aydınlanma düşüncesinin eseri olan İtalyan Zanardelli Kanunundan gelmektedir. Zanardelli kanunun, aşağıda belirtileceği üzere, bu madde hükmüyle özgürlüğü kayıtlamamış, iddia edilenin tam tersine, kutsal Dini, düşünce, Din ve vicdan hürriyetini teminat altına almıştır. Böyle olunca, söz konusu hükmün anlamı, kapsamı ve sınırlarını belirlemede, kadim doktrin ve uygulamalara gitmek zorunlu olmaktadır.
- [3] İtalyan Ceza Kanununun 1999/205 sayılı Kanunla kaldırılan 327. maddesi hükmü, kaynağını birebir Zanardelli Kanunundan bulan TCK’ un 219. maddesi hükmünün, ne eşi, ne aynı, ne de benzeridir. O hükmün yakın zamanda kaldırılmış olması, kanunlaştırılması sırasında, bu hükme yöneltilen eleştirilere, geçerli bir gerekçe oluşturmaz. Kaldı ki, eleştiride bulunanların, İCK’ un mülga 327. maddesinin farkında oldukları kanaatinde de değiliz.

II. KANUNUN DÜZENLEMESİ

“Din adamlarının”, kanunun ifadesiyle “imam, hatip, vaiz, rahip, haham gibi dini reislerin”, “vazifelerini ifa sırasında” Devletin toplumsal, ekonomik, siyasal ve hukuki temel düzenlerini dini esaslara dayalı olarak “takbih ve tezyif” etmeleri veya bu sıfatlarından “bil istifade” bunlara uyulmamasını “tahrik ve teşvik” etmeleri, “Aydınlanma” ile birlikte oluşan laik toplum, hukuk, Devlet Düzenlerinde, siyasi hayatın veya siyasetin dini hayattan veya dinden arındırılması sürecinde ortaya çıkmış olan suçlardır.

Gerçekten, doktrinde denmektedir ki, Devletin, dini örgütlenmelerden ayrılması, tamamen modern bir olgudur; hatta o kadar modern bir olgudur ki, birçok devlette hala gerçekleştirilebilmiş değildir; bundan ötürü burada bu suçların geçmişini aramanın gereği bulunmamaktadır; onların tarihi, din hürriyetinin tarihi ile başlamaktadır^[4].

Görev sırasında din hizmetlerinin kötüye kullanılması suçlarını, Kanun, bu başlık altında 219. maddede düzenlemiştir. Düzenleme, 765 sayılı mülga TCK'nun “İmamlar, hatipler, vaizlerle ruhani reisler müteallik cürümler” fasıl başlığını taşıyan 241 ve 242. maddelerdeki düzenlemelerin birebir aynıdır. Bu düzenlemenin kaynağı Zanardelli Kanununun “Ruhani memurların vazifelerini yapmaları esnasındaki suiistimalleri” fasıl başlığını taşıyan 182, 183 ve 184. maddelerindeki düzenlemedir^[5]. Ancak kaynaktan alıntı yapılırken, “Dini memurlardan her kim...”, “Ruhani memurlardan her kim...”, “Ruhani memurlardan biri...” ifadeleri değiştirilmiş, yerine “İmam, hatip, vaiz, rahip, haham gibi dini reislerden biri...” ifadesi kullanılmıştır. Ayrıca “...devletin müessesese...” ifadesine yer verilmemiştir. Belirtilen bu farklılık dışında, 765 sayılı Kanun 241 ve 242. maddeleri, Zanardelli Kanununun 182, 183 ve 184.

[4] Manzini, Trattato, V, s. 214: İtalya söz konusu olduğunda, Piamonte statüsünün ilga edilmesinden sonra, 1839 Albertino ceza kanununun yeterli olmadığı görülmesi üzerine, din adamlarının aşırılıklarının bastırılmasının sağlanmasına ihtiyaç duyulmuştur. O nedenle, Bakan Rattazzi, Milletvekilleri Meclisine, şu açıklamayla, 2 Ocak 1854 tarihli kanun teklifini götürdü: Kuşkusuz, din görevlileri, din görevlisi olarak, özel hayatlarında, aynen diğer yurttaşlar gibi, herkese tanınan hürriyetlerden yararlanmak ve ülke kanunlarının genel düzenlemelerinin süjesi olmak haklarına sahiptirler. Bunlar, din görevlileri olarak, dünyevi çıkarla, sivil toplumun gidişatına bulaşmadan, dini görevleri alanında kalarak, kürsülerinden konuşmak, dini tebliğ etmek, dinin yazılı propagandasını yapmak haklarına sahiptirler. Ancak, din görevlileri, görevlerinin gereği olarak sahip oldukları üstünlükleri kullanarak devletin kanunlarını ve kurumlarını göz ardı ettiklerinde, inananları ihlale ve isyana sürüklemek istediklerinde, sivil toplumun zararına moral değerleri etkilemeye çalıştıklarında, barış ve hayır duyguları telkin etmek yerine, kendilerini siyasi tutkuların cazibesine kapıttırarak fanatik vaizlerle ve tahrik edici yazılarla kafaları karıştırdıklarında, akıl, haklı olarak, suça yönelik hareketlerinin bastırılmasını emreder (s. 214-5).

[5] Kanunun kendisi ve şerhi için bkz., Majno, Ceza Kanunu Şerhi, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, Yargıtay Yayınları No: 4, Cilt 2, Ankara 1978, s. 190-195

maddelerinin özünde aynıdır. Bu demektir ki, kanunun 219. maddesi, iddia edilenin aksine, ne yeni, ne de özgün bir düzenlemedir. Kanunun 219. maddesi, ceza hükmü hariç, 765 sayılı Kanunun 241 ve 242. maddelerinin bilgisayarda “kes-yapıştır” yöntemiyle yapılan birebir kopyasıdır. Burada Kanunun getirdiği ciddi yenilik (!) iki maddeyi tek bir maddede toplamış olmasıdır.

Böyle olunca, “yasak savma” dışında işe yarar bir gerekçe mevcut olmadığından, 219. madde hükmünün yorumunda, yani hükmün anlamını, kapsamını ve sınırlarını belirlemede zorunlu olarak hem Zanardeli Kanununun, hem de 765 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu dönemde oluşmuş olan doktrin ve uygulama geçerli olacaktır.

Kanun birçok suç “din hizmetlerini kötüye kullanma” adı altında tek bir maddede düzenlenmiş olduğundan, fail, hukuki konu, mağdur ortak olarak, ama her bir suç, ayrı olarak incelenecektir.

III. SUÇUN FAİLİ, MAĞDURU VE HUKUKİ KONUSU

Kanun, “imam, hatip, vaiz, rahip, haham gibi dini reislerden biri” dediğinden, suçun faili, sayılan bu kişiler ve bu kişilere benzeyen kişilerdir^[6]. Bu itibarla suç özgü (mahsus) suçtur.

Ancak, fail olmak için sadece sıfat sahibi olarak imam, hatip, vaiz, rahip, haham olmak yeterli değildir. Kanunda açıkça “vazifesini ifa sırasında” dendiğinden, “dini reisin” , ayrıca, imam, hatip, vaiz, rahip, haham olarak bir dini mekânda, “dini hizmet” vermekle görevlendirilmiş bulunması gerekmektedir^[7]. “Dini vazifenin resmen tevdi edilmiş bir vazife” olmasının gerekli olmadığı ileri sürülmüştür^[8].

Ülkenin koşullarına uygun olarak^[9], Diyanet İşlerinin, Anayasa ve 1965/633 sayılı Kanun gereğince Başkanlık çatısı altında “kamu hizmeti” olarak düzenlenmiş olması, tartışmalara neden olmaktadır. Hukuk düzenimizde “din hizmeti” ile

[6] Farklı düşünce: Bu suçu din adamlarından biri işleyebilir. “Din adamı” tabiri ile muayyen bir dinin dahili kaidelerine göre hususi bir vazife ile mükellef kılınmış kimseler anlaşılacaktır. Erem, Ceza Hukuku, HH., s.382,

[7] Majno, Ceza Kanunu, s.191: Fakat bu cürmün faili olabilmek için ruhani memur olmak kâfi olmayıp cürmün vazifesini yaptığı sırada işlenmiş olması icap eder.

[8] 2.C.D. 6.11. 1963, 9452/11161. Kararda “Sanığın resmen tayin edilmiş bir imam olmadığı anlaşılmaktadır, Fakat TCK’ un 241. Maddesinde bahsi geçen dini vazifenin resmen tevdi edilmiş bir vazife olmayacağı maddenin manasından anlaşılmaktadır. . .Bu itibarla TCK’ un 241. Maddesinde bahsi geçen vazife unsurunun imam ve vaizlere resmen yani tayin yolu ile tevdi edilmiş vazife olmayacağı aşikardır” denmektedir. Çağlayan, Türk Ceza Kanunu, Ankara 1970, C. II, s, 731,

[9] Hafizoğulları, Laiklik, İnanç, Düşünce Ve İfade Hürriyeti, Ankara 1997, s. 43 vd.; İD., Laicism, Tr., M.İbrahim Yılmaz, Atatürk Culture Centre Publications, Ankara 2000, s. 28vd.

“dinî hizmet” aynı şey değildir. Her ikisi de Türk Ceza Kanununun 6/1,c maddesi anlamında “kamusal faaliyet” olmakla birlikte, biri kamu görevi, öteki kamu hizmetidir. İmam, hatip, vaiz, ibadet yerlerinde “din hizmeti” değil, kanun gereği “dinî hizmet” vermektedirler. Öyleyse, Diyanet İşleri Başkanlığı çalışanlarından, bir “kamusal faaliyet” olarak “din hizmeti” veren “memurlar” değil, sadece “dinî hizmet” veren din görevlileri bu suçun faili olabilmektedirler^[10].

Diyanet İşleri Başkanı, yardımcıları, kurul üyeleri, müfettişler, il ve ilçe müftüleri, diğer memurlar, vs., memuriyet görevlerini yaparlarken suçun kapsamına giren açıklamalarda bulduklarında, bu suçun faili olmazlar. Buna karşılık, dinî hizmet veren Başkanlık çalışanları, dini mekânlarda, yani camilerde, mes-citlerde, mezarlıklarda veya dinen diğer kutsal sayılan başka bir yerlerde “dinî hizmet” vermekle görevlendirilmiş olan kimselerdir. Bunlar suçun failidirler. 633 sayılı Kanun, bunları, “vaizler, imam-hatip ve müezzin-kayyumlar, Kuran kursu öğreticileri, eğitim görevlileri” başlığı altında 12 ve devamı maddelerinde saymıştır. “Gibi” edatına bakılarak yapılacak genişletici bir yorumla, sadece imam, hatip, vaiz değil, ayrıca müezzin, kayyum, Kuran kursu öğreticileri, eğitim görevlileri bu suçun faili olabilirler.

Kuşkusuz, Diyanet İşleri Başkanlığı diğer çalışanları, dini siyasete alet ettiklerinde, yani bu suçların konusunu oluşturan bir fiil işlediklerinde, artık bu suçların değil, fiil başka bir suç oluşturmadığında “görevi kötüye kullanma” suçu (TCK. m. 257) düşünülmelidir.

Hukuk düzenimizde “dedeler” veya kanunen tanınmayan diğer din erbabı kimseler, ne imam, hatip, vaiz, ne de dini hizmet veren kimse olarak tanımlanmadıklarından, bu suçun faili olamazlar. Rahip, haham gibi dini reislerden,

[10] C.G.K. 5.11.1990, 245/259 : “Gerek 633 sayılı Kanun gerek TCK’ un 279.maddesine nazara alındığında imam, hatip vaiz gibi din hizmetlilerinin yaptıkları görevler, kamu görevi niteliğinde olmadığından, ceza kanunu uygulamasında memur sayılmazlar”. Savaş-Mollamahmutoğlu, Türk Ceza Kanununun Yorumu, Seçkin Yayınevi, Ankara 1998, C. II, s.2561. Yazarlar aynı yerde ayrıca alıntı olarak şu açıklamada bulunmaktadırlar: [”Ceza Kanunu bakımından memur kamu görevini yerine getiren kimsedir. Halbuki imam, hatip, vaiz gibi din hizmetlilerinin yaptıkları vazifeler kamu görevi mahiyetinde olmadığından, bunlar ceza kanununun uygulamasında memur kabulüne imkan yoktur (Garraud, Traite’, Cilt IV, No. 1487, s. 313. Gözübüyük, Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Cilt III, 297. Madde)] Karar ve açıklama 5237 sayılı TCK’ 6-1c maddesi hükmü bakımından da geçerlidir. Bu hüküm karşısında imam, hatip, vaiz, rahip, haham gibi dini reisler kamu görevlisi değildirler, çünkü “kamusal faaliyet” yürütmemektedirler, Ancak., 633. Sayılı Kanunun, “vaizler, imam-hatip ve müezzin-kayyumlar, Kuran kursu öğreticileri, eğitim görevlileri” başlığı altında 12 ve devamı maddelerinde sayılanlar dışında kalan memurlar, “kamusal faaliyet” yürüttüklerinden, kamu görevlisidirler. Bu kişiler, memurlar ve diğer kamu görevlilerininin (Ay., m. 129) yargılanmaları usulüne tabidirler. Bu konuda, kadim doktrinde de, memurlarla “Dini memurlar” arasındaki fark sadece ceza hususunda değil takibat hususunda da kendini gösterir (Majno, Ceza Kanunu, 2, s.192) denmektedir.

Kilise ve Havra ahkâmının bu nitelikte gördüğü, kilise ve havrada dini vazife yapan din görevlileri anlaşılmalıdır. Sadece bu kimseler bu suçun faili olurlar.

Failin sıfatı bu suçları mahsus suç yapmaktadır. Elbette mahsus suça iştirak kuralları içinde suça başkalarının iştiraki mümkündür. TCK'na göre, özgü suçlarda, ancak faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur (TCK. m. 40/2).

Geçmişte, “ruhani reislerin” görevlerini yaptıkları sırada haiz oldukları manevi kuvvetleri göz önüne alarak bunların zararlı hareketlerinin özel hükümlerle cezalandırdığı ifade edilmiştir^[11]. İnsanı korurken, laik toplum, hukuk, devlet düzeninin temelini atan AİHS., 9., 10. maddelerinde “din hürriyetini” dinin ifadesi hürriyetini teminat altına almış, himayesini emretmiştir. Anayasa, 2, 14., 24., 136. maddelerinde, dinin, dini duyguların, dince kutsal sayılan şeylerin siyasi veya kişisel çıkar sağlamak amacı ile istismar edilmesini ve kötüye kullanılmasını yasaklamakta, dolayısıyla gerekli yasal düzenlemelerin yapılmasını emretmektedir. Bunun bir sonucu olarak, kanun, imam, hatip, vaiz, rahip, haham gibi kendilerine inanılır bir mevki işgal edenlerin tezyif, telkin, teşvik ve tahriklerini cezalandırmak gereğini hissetmiştir^[12]. Kısacası, kanun, bu suçla, din görevlilerinin camiye, kiliseye, havraya siyaset sokmalarını önlemeyi amaçlamaktadır.

Böyle olunca, suçun hukuki konusu, dini reislerin, kamu barışını bozabileceğinden, “vazifelerini ifa sırasında” kutsal dini siyasete alet etmelerini önlemedeki kamusal yarar olmaktadır.

Suçtan zarar gören, mağdur, herkes yanında, kanunen kamu barışını sağlamakla görelî kamu idaresidir.

Bu suçlar salt hareket suçlarıdır. Kanun hareketin kendisini tehlikeli görmektedir. Bu, bunların, kanunun suç saydığı fiilin etkisini üzerinde gösterdiği maddi bir konusunun bulunmaması demektir.

[11] Manjno, Ceza Kanunu, s. 190: “Kanun vazî ruhani reislerin vazifelerini yaptıkları sırada haiz oldukları manevi kuvveti göz önüne alarak bunların zararlı hareketlerini hususi hükümlerle cezalandırmıştır. Dini işlere bağlılıkları daha fazla olan devletler dahi ruhani memurların suiistimallerini sureti mahsusada cezalandırdıkları halde Toskana Kanununda bu hususta hükümler mevcut değildi. Çünkü Toscano Grandük Hükümetinin dini prensibi bu hükümlere uymazdı. Sardunya Kanunu bu suiistimalleri 268 ve270, maddelerinde bahis mevzuu etmekte idi. Bundan sonra düzenlenen layihalarda bu hükümler birçok münakaşalara yer vermiştir”. Öyle sanıyoruz ki, Manjno, bu düşüncesiyle, daha o çağda, insanlığın yazgısını değiştiren Aydınlanma Çağının temeli olan laiklik/sekularizm düşüncesinin evrilerek gelişmesine işaret ederken, öte yandan laik-sekuler toplum- hukuk-devlet düzeninin cezai himayesinin zorunluluğuna işaret etmek istemiştir.

[12] Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 383

IV. HÜKÜMET İDARESİNİ VE DEVLET KANUNLARINI VE HÜKÜMET İCRAATINI TAKBİH VE TEZYİF ETME

1. FİİL

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 209/1. maddesi hükmünde, fiili, failin, “vazifesini ifa sırasında alenen hükümet idaresini ve devlet kanunlarını ve hükümet icraatını takbih ve tezyif etmesi” olarak tanımlamaktadır.

Hükmü bugün geçerli olan hukuk düzeninin esaslarını göz önüne alarak yorumlarsak, yani sistematik yoruma tabi tutarsak, “...takbih ve tezyif etme” fiilinin konusunu, öncelikle Anayasanın 2, 14, 24/5., 174. maddeleri hükmü, Anayasanın 2. maddesinin göndermede bulunduğu AİHS’ in “Haklar ve Özgürlükler” ve ek protokollere ilişkin hükümleri, Anayasa ve Kanunlar, hükümetin, Türkiye Büyük Millet Meclisinin eylem ve işlemleri ve Türk Mahkemelerinin kararları oluşturmaktadır demek yanlış olmaz. Kanun, bunu, hükümetin idaresi, Devlet kanunları ve hükümetin icraatı olarak ifade etmiştir^[13].

Bu bağlamda, imam, hatip ve vaizlerin, vazifelerini ifa sırasında ör., cemaate laikliğin fitneden ibaret bulunduğunu, medeni nikahın, verginin, milli piyanonun, faizin haram olduğunu, Mecelleyi kaldıranların, ulusun egemenliğini savunanların Deccal olduğunu, kadınların erkek doktorlara görünmelerine göz yuman erkeklerin, Şeriat karşısında kadın- erkek eşitliğini savunanların dinden çıktıklarını, gavur karıları gibi örtünen kadınların cehennemde yanacaklarını, içkili aş evlerine izin veren belediyelerin günah işlediklerini, vs. söylemeleri bu suç oluşturur^[14]. Bunun kanıtı, kadim İtalyan doktrininde “medeni evlenmeyi takbih eden ruhani memur hakkında bu madde hükmü tatbik edildiği gibi hükümetin dini tesisler aleyhine hareket ettiğini vaazında söyleyen ruhani memur hakkında da bu madde tatbik edilmiştir”^[15] uygulamasıdır.

Dilde, takbih, kınama, ayıplama; takbih etmek, kınamak, ayıplamak; tezyif, bir şeyi değersiz, adi, bayağı, aşağılık göstermeye çalışma, küçültmek istemek, alay

[13] “Hükümet idaresi” tabirini “Devlet idaresi” şeklinde ve bab başlığına uygun tarzda anlamak icap eder. Aksi takdirde “Hükümet idaresi” ile “Hükümet icraatı” (=idari muameleler, tasarruflar) tabirleri arasındaki farkı izah imkânsızlaşır. Esasen mehz kanunda “Hükümet idaresi” değil “Devletin müesseseleri” ni takbih ve tezyiften bahis olunmaktadır. Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 383.

[14] “Vergilerin fazlalığını, milli gelirin israf edildiğini, bunun ahlaksızlığa yol açtığını, Devletin mabetleri soyduğunu, medeni nikahın evlenme dışı sürekli bir münasebetten başka bir şey olmadığını bildiren din adamının bu madde hükmü ile tecziyesi İtalyan mahkeme içtihatlarınca kabul olunmuştur”. Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 386

[15] Majno, Ceza Kanunu, s. 192.

etme, eğlenme; tezyif etmek, aşağılamak anlamındadır^[16]. Doktrinde, kanundaki anlamında, takbihin “bir hususun manen mahkûm edilmesi” ; tezyifin “ idareyi, kanunları halk nazarında küçük düşürücü telkinler” olduğuna dikkat çekilmiştir^[17]. Elbette “Devlet müesseselerini tenkit etmek vatandaşlar tarafından vukua geldiği takdirde bunun bir nazari kıymeti vardır. Bunları tahdit etmek doğru olmaz. Fakat iş bu tezyif ve takbihin ruhani memur tarafından vazife ifası sırasında vukuu – tenkitçinin halk üzerinde yapacağı tesir itibariyle- zararlı neticeler meydana getirebilir”^[18]. Laik bir toplum-hukuk-Devlet düzeninde, “dini hizmet” görmekle görevli kimseler görevlerini yaparken, “dinî kisveden” yararlanarak “dini siyasete” alet etmemekle, açıkçası müminlerin vicdanlarına el atmamakla görevlidirler. Dinin Devletin “demokratik, laik, sosyal, hukuk devleti” düzenine karşı olacak bir biçimde açıklanması, yorumu; imam, hatip, vaiz, rahip, haham gibi dini reislerin, müminin vicdanına müdahalesidir.

Takbih ve tezyif ifadesindeki “ve” bağlacının “veya” anlamında kullanıldığını düşünüyoruz. Bu açıdan suçun seçimlik hareketli bir suç olduğu söylenebilir. Kınamak, ayıplamakta da, aşağılamakta da, suç oluşur. Bu halde, birçok suç değil, tek bir suç vardır.

Takbih ve tezyif alenen olmalıdır. Dini ibadet, ayin ve törenlerde din görevlisince cemaate yapılan açıklamalar alenidir. Bu konuda daha önce belirtilen hususlar burada da geçerlidir.

Alenen takbih ve tezyifte bulunma, din görevlisinin “ vazifesini ifa sırasında” olmalıdır. Din görevlisinin vazifesi, dinin emri olan ibadet, ayin ve törenleri yönetmektir. Kuran Kursları vazife kapsamında düşünülmelidir.

Suç, münhasıran icra hareketiyle işlenir^[19] ve neticesiz bir suçtur. Alenen işlenmesi istendiğinden bu suça teşebbüs olmaz. Kuşkusuz, hazırlık hareketleri cezalandırılmaz. Vaizin, vereceği vaazi hazırlaması, bazı kimselere vermesi, bastırması, göndermesi, vs. hazırlık hareketidir.

Özgü (mahsus) suç koşullarında suça iştirak mümkündür. Bunun anlamı bu suça fail ancak özgü suçun fail olabileceği, diğer şeriklerin ise azmettiren veya yardım eden olarak iştirak edebileceğidir.

2. HUKUKA AYKIRILIK

Fiil hukuka aykırı olmalıdır. Hukuka uygunluk nedenlerinin hiç birinin bu suçla bağdaşmadığını düşünüyoruz. Dini veya idari hiyerarşik üstün emrinin

[16] Türkçe Sözlük, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Türk Dil Kurumu, Ankara 1998, 2, s. 2118, 2213

[17] Erem, Ceza Hukuku, HH., s.385

[18] Majno, Ceza Kanunu, 2, s. 191

[19] Erem, Ceza Hukuku, HH., s.385: Fiil yazı veya benzeri vasıtalarla işlenmiş ise aleniyet şartının tahakkuku ile fiil tekemmül etmiş olur.

yerine getirilmesi, faili sorumluluktan kurtarmaz^[20], çünkü ilişkisi, sıfatı, rütbesi, görevi ne olursa olsun, kimse kanunun suç saydığı bir fiilin işlenmesi emrini veremez, kimse de yerine getiremez (Ay., m. 137).

Kanun bu suç yönünden 218. madde hükmüne göndermede bulunmamıştır. İmam, hatip vaiz, rahip, haham gibi dini reislerin, Devletin organlarının eylem ve işlemlerini değerlendirme, eleştirme hakları bulunmamaktadır. Kiminin iddiasının aksine, bu, İHAS., karşısında ne kanun önünde eşitlik, ne ayrımcılık yasağı ilkesinin, ne de düşünce ve ifade hürriyetinin ihlalidir. Dini reislerin dini vazifelerini ifa sırasında, Devletin organlarının eylem ve işlemlerinden mutlak surette uzak durmak zorundadırlar. Devletin, Devletin organlarının, Devletin organı yerindeki kimselerin eylem ve işlemlerini “vazifesini ifa sırasında” “din bazında” değerlendirmek, açıkçası kanunun ifadesiyle “takbih ve tezyif etmek” imam, hatip, vaiz, rahip, haham gibi dini reislerin üstüne vazife değildir.

3. KUSURLULUK

Suç kastla işlenir. Suçun taksirli biçimi yoktur. Kast, failin, vazifesini ifa sırasında, hükümet idaresini, Devletin kanunlarını veya hükümet icraatını bilerek ve isteyerek alenen takbih veya tezyif etmesidir. Kastın ispatının güçlük çıkardığı, bir anlayışa göre kastın fiilden anlaşıldığı, dolayısıyla takbih ve tezyif olarak kabul edilen fiilde böyle bir kastın mevcut olmadığını savcının değil, sanığın ispat etmesi gerektiği ileri sürülmüştür^[21].

Bir fiilin olup olmadığının, yani var olup olmadığının ispatı başka şeydir, o fiilin nitelendirilmesi başka bir şeydir. Böyle olanca, fiilin olup olmadığını, ör., vaaz verdiği esnasında vaizin “mümine hükümet nikâhını dayatmak onu zinaya zorlamaktır” sözünün söylenip söylenmediğini iddia eden ispat edecek; eğer olmuşsa, artık o fiilin, ispatı değil tavsifi söz konusu olduğundan, fiili oluşturan sözün nesnel olarak “takbih ve tezyif” niteliğini taşıyıp taşımadığını hâkim belirleyecektir. Hâkim, ne savcının ne de sanığın sabit olan fiile yüklediği anlamla bağlıdır. Hâkim, ör., sarf edilen sözün, failin niyetine bakmaksızın, nesnel olarak, takbih ve tezyif niteliğinde olduğuna veya olmadığına kendi karar verecektir.

[20] “Dini bir makamdan alınan emrin icrası fail için mazeret nedeni teşkil etmez” Erem, Ceza Hukuku. HH., s. 386. Diyanet İşleri Başkanlığı, İl ve İlçe Müftülükleri “Dini bir makam” değildir. Bu açıklama herhalde Kilise ve Havra için söz konusudur. Erem’in düşüncesinin aksine, “Amirin emri” (m. 24), CMK’ un 2005/5353 sayılı Kanunla değişik 223/ 2, b. maddesi hükmüne rağmen, bir mazeret nedeni olarak değil, bir hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmelidir. Hafizoğulları-Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010, s. 239 vd.

[21] Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 386

Fiili hata mümkündür. Failin, ör., sözünü, “vazifesini ifa sırasında” veya “alenen” sarf etmediğini sanması fiili hatadır. Hata kastı kaldırır. .

4. CEZA

Fiil sabit olduğunda, fail, Kanuna göre “bir aydan bir seneye kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır veya bunlardan birine hükmolunabilir”. Kanun, hem hürriyeti bağlayıcı ceza ve para cezası öngörmekte, hem de takdire bağlı olarak bu cezalardan birinin seçilmesine imkân vermektedir. Hâkim, adli para cezasını seçtiğinde, 61/9. madde hükmünü göz önüne alacaktır.

B. SIFATTAN BİLİSTİFADE HÜKÜMET İDARESİNİ VE KANUN VE NİZAM VE EMRİ VE DAİRELERDEN BİRİNE AİT OLAN VAZİFE VE SALAHİYETİ TAKBİH VE TEZYİF ETME VEYA MEMURU VAZİFESİ İCABINA KARŞI İTAATSİZLİĞE TAHRİK VE TEŞVİK ETME

1.KANUNUN DÜZENLEMESİ

Kanununun 219/2. madde hükmünde, zahiren öyle gözükmeyle birlikte, seçimlik hareketli bir suça yer verilmemiş, suçun hukuki konusunun, mağdurunun, failinin aynı kimse olması, suçlara aynı cezanın verilmesi temelinde üç farklı suça birlikte yer verilmiştir. Bunlar, “Hükümetin idaresini kanun ve nizam ve emirleri ve dairelerinden birine ait olan vazife ve salahiyeti takbih ve tezyif” , “halkı kanunlara yahut hükümet emirlerini icraya karşı itaatsizliğe tahrik ve teşvik” , “memuru memuriyetinin vazifesi icabına karşı itaatsizliğe tahrik ve teşvik” suçlarıdır.

Bu suçların faili, “yukarıdaki fıkrada gösterilen kimselerden biri”, yani imam, hatip, vaiz, rahip, haham gibi dini reislerinden biridir. Ancak, burada, 219/1. fıkra hükmünden farklı olarak, suçun tanımında “vazifesini ifa” unsuruna yer verilmiş değildir. Bu durum, Cami, Kilise ve Havranın konumu yüzünden, yönetsel veya kurumsal olarak bu sıfatı haiz olmayan, bununla birlikte “din adamlığı” kisvesinde fiilen “dini hizmet” verdiklerinden “dini reis” yahut “kanaat önderi” sayılarak kendilerine “hoca”, “hoca efendi”, vs., sıfatı verilen kimseler de suçun faili olabilir mi sorusunu akla getirmektedir. Kanunun amacı yahut suçun hukuki konusu göz önünde tutulduğunda, genişletici yorumla, bu kişilerin de fail sayılmasının mümkün olduğu düşünülebilir. Elbette, bu, kıyas değildir, Kanununun 2/3. maddesi hükmüne bir aykırılık oluşturmaz.

Suçun hukuki konusu, dinin siyasete alet edilmesinin önlenmesine ilişkin kamusal yarardır. Din adamlarının bu sıfatlarından yararlanarak halkı suça tahrik ve teşvik etmelerini önlemekte kamu yararı görülmüştür^[22].

Suçun mağduru kamu barışını korumakla görevli kamu idareleridir. Bu konularda daha önce yapılan açıklamalar burada da geçerlidir.

Doktrinde, kanunun bu hükmünün “tamamlayıcı hükümlerden” olduğuna, kanunun özel olarak hükme bağladığı hallerde bu hükmün değil, o hükümlerin uygulanmasının gerektiğine dikkat çekilmektedir. Dolayısıyla, suç işlemeye tahrik, suçu ve suçluyu övme, kanunlara uymamaya tahrik, vs. hallerinde, din adamlığı sıfatının suiistimali hakkındaki umumi şiddet sebebiyle (TCK. m.219/.4) birlikte, o hükümlerin uygulanması icap eder denmektedir^[23].

2. SIFATINDAN BİLİSTİFADE HÜKÜMETİN İDARESİNİ, KANUN VE NİZAM VE EMİRLERİ TAKBİH VE TEZYİF ETMEK VEYA HALKI KANUNLARA HÜKÜMET EMİRLERİNE KARŞI İTAATSİZLİĞE TAHRİK VE TEŞVİK ETMEK

2.1. Fiil

Türk Ceza Kanunu, fiili, “din adamlığı” sıfatından yararlanarak, failin, “hükümetin idaresini, kanun ve nizam ve emirleri, dairelerden birine ait olan vazife ve salahiyeti takbih ve tezyif etmesi” veya “halkı kanunlara yahut hükümet emirlerini icraya karşı itaatsizliğe” yahut “memuru memuriyetinin vazifesine icabına karşı itaatsizliğe tahrik ve teşvik etmesi” olarak tanımlamaktadır.

Hükümden anlaşılacağı üzere, burada seçimlik hareketli bir suç söz konusu olmaktadır. Düzenlemede yer alan “ve” bağlaçlarının, kaynağına uygun olarak “veya” olması gerekmektedir^[24]. Seçimlik hareketler bakımından ortak olan unsur, failin fiilinde “ruhanilik sıfatından” yararlanmasıdır^[25]. Kanun, bunu, “iş bu sıfatından bilistifade” biçiminde ifade etmiştir. Failin, yaygın veya örgün olarak “din adamı” olmak sıfatından yararlanarak suçu işlemesi yeterlidir. Bunun gerçekleşmesi, elbette ki, bu sıfatın doğurduğu telkin ve etkiden yararlanılarak, bu suçun işlenmesi halinde mümkündür. Ancak, bunun, olayda gerçekten etkili olup olmadığının araştırılmasına gerek yoktur^[26].

“Hükümetin idaresinden” maksat Hükümetin icraatıdır. “Kanun ve nizam ve emirler” tüm mevzuatı ve yetkili mercilerin emirlerini ifade etmektedir.

[22] Erem, Ceza Hukuku, HH, s. 386

[23] Erem, Ceza Hukuku, HH., s.386

[24] Manzini, Trattato, V, s.228,

[25] Manzini, Trattato, V, s. 229; Majno, Ceza Kanunu, 2, s. 193

[26] Erem, Ceza Hukuku, HH., s.387

“Dairelerden birine ait olan vazife ve salahiyetten” maksat, kanundan kaynaklandığından, kamu idaresi görev ve yetkileridir. Kanun, bunları “takbih ve tezyif” etme fiilini suç saymaktadır. Öte yandan “kanunlar” “emirler” muhataplarına uymak yükümlülüğü koyan hükümlerdir: “İtaat vazifesinin esasen mevcut olması icap eder. Sadece sosyal veya ahlaki vazifelere aykırı fiillere tahrik ve teşvik bu suçu meydana getirmez”^[27]. “Memur” “kamu görevlisi” anlamındadır. “Memuru memuriyetinin vazifesi icabı” ifadesi memurun kanundan doğan görevini ifade etmektedir. Kanun, bunların “icabına karşı itaatsizliği” tahrik ve teşvik etmeyi suç saymaktadır. Burada “ve” bağlacının “veya olduğunu” düşünüyoruz. Doktrinde, “maddede sayılan hususta “tahrik ve teşvik” suçun maddi unsurudur” denmektedir.^[28]

Bu suçta, önceki suçtan farklı olarak, takbih ve tezyif etme fiilinin “alenen işlenmesi” şartına yer verilmemiştir. Fiil, bir tek kimse veya birçok kimse yahut farklı zamanlarda birden çok kimse huzurunda işlenebilir. Bu sonuncu hal bir suç işleme kararının icrası kapsamında olduğunda, zincirleme suç söz konusu olur.

Takbih ve tezyif etmek, yukarıda açıklanmıştır, tekrar edilmeyecektir. Tahrik daha önce açıklanmıştır. Teşvik etmek, itaatsizlik konusunda şevke getirmek, itaatsizliğe özendirme, heveslendirmektir.^[29]

Suç salt icra hareketi ile işlenen, neticesiz bir suçtur. Hareketten bir zarar veya zarar tehlikesinin doğması aranmamıştır. Seçimlik hareketlerden biri veya birkaçı yapıldığında suç oluşmuş olur.

Takbih ve tezyif etmek, tahrik ve teşvik etmek, genelde sözle yapıldığından, bu suça teşebbüs, kural olarak mümkün olmaz^[30]. Ancak, takbih ve tezyif yahut tahrik ve teşvik başka bir biçimde ifade edildiğinde, kısaca hareket parçalara bölünebildiğinde, suça teşebbüs söz konusu olabilir. Örneğin mektup gönderilmesi veya bildiri dağıtılması durumunda, hareket parçalara bölünebilir olduğunda suça teşebbüsün mümkün olduğunu düşünüyoruz.

2. 2. Hukuka aykırılık

Fiil hukuka aykırı olmalıdır. Hukuka uygunluk nedenlerinin bu suçla bağdaşmadığını düşünüyoruz.

[27] Erem, Ceza Hukuku, HH., 387; Manzini, Trattato, V, s. 229

[28] Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 387

[29] Kanun 39/2,a maddesi hükmünde suça iştirakin bir türü olarak “suç işlemeye teşvik etmek” ten söz etmektedir. Teşviki açıklamada bu hükme ilişkin açıklamalardan yararlanılabilir. Bkz. Hafizoğulları-Özen, Türk Ceza Hukuku, s. 373vd.

[30] Manzini, teşebbüsü mümkün görmektedir. Trattato, V, s. 234.

2.3. Kusurluluk

Suç kastla işlenir. Suçun taksirli şekline yer verilmemiştir. Kast, failin, “din adamlığı” sıfatından yararlanarak “hükümetin idaresini, kanun ve nizam ve emirleri, dairelerden birine ait olan vazife ve salahiyeti takbih ve tezyif ettiğini” veya “halkı kanunlara yahut hükümet emirlerini icraya karşı itaatsizliğe” yahut “memuru memuriyetinin vazifesi icabına karşı itaatsizliğe tahrik ve teşvik ettiğini” bilmesi ve istemesidir.

Failin niyetinin, ör., Dinin emirlerini tebliğ etmek, ahiret korkusu, Hükümete kızgın olmak, vs., suçun oluşumunda önemi yoktur^[31].

2.4. Ceza

Fiil sabit olduğunda, fail hakkında “üç aydan iki seneye kadar hapse ve adli para cezası ve müebbeden veya muvakkaten bilfiil o vazifeyi icradan ve onun menfaat ve aidatını almaktan memnuiyetine hükümlenir”.

Mülga 765 sayılı Kanun, kanunun olduğu ülkenin hukuki koşullarını göz ardı ederek müeyyide hükmünü ülkesinin hukuki koşullarını yansıtan Zanardelli Kanunundan^[32] aynen alınmıştır. 5237 sayılı Kanun 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanununun 242. maddesi hükmünü “iki yüz liraya kadar ağır cezai nakdi” hükmünü “adli para cezası” olarak değiştirerek aynen almıştır.

Adli para cezası seçimlik ceza olarak öngörülmüş değildir. Cezanın miktarı da gösterilmemiştir. Böyle olunca, bu cezanın miktarının belirlenmesinde, TCK'nun 52 ve 61/8. maddeleinin hükmü göz önüne alınacaktır.

Zanardelli Kanunu dönemi İtalya'dan farklı olarak ülkemizde Dinin yaygın düzenlenmesi ve 5237 sayılı Kanunun “Güvenlik Tedbirleri” sistemi karşısında, “müebbeden veya muvakkaten o vazifeyi icradan ve onun menfaat ve aidatını almaktan memnuiyetine” hükmünün anlamını, kapsamı ve sınırlarını belirlemenin pek kolay olmadığı açıktır.

Biz, hükmün, imam, hatip, vaiz, rahip, haham gibi dini reislerin, tabi oldukları düzenlemeler göz önünde tutularak, yapmakta oldukları “dini görevlerden” yani imamlık, hatiplik, vaizlik, vs., görevlerinden alınmaları ve görevlerinin karşılığı olarak aldıkları aylıktan mahrum edilmeleri anlamına geldiğini düşünüyoruz.

[31] Manzini, Trattato, V, s.234

[32] Manzini, Trattato, V, s. 234, dn., 2.

C. SIFATINDAN İSTİFADE EDEREK KANUNA GÖRE KAZANILMIŞ OLAN HAKLARA MUHALİF İŞ VE SÖZLERDE BULUNMAYA BİR KİMSEYİ İCBAR VEYA İKNA ETME

1.KANUNUN DÜZENLEMESİ

Zanardelli Kanunu, “Din reis ve memurlarının”, “ kendi sıfatlarından istifade ederek”, kanuna göre kazanılmış olan haklara muhalif iş ve sözlerde bulunmaya bir kimseyi icbar veya ikna etmeleri suçunu, 183. maddesinde düzenlenmiştir^[33]. Mülga 657 sayılı Kanun, suça, 242/2. maddesinde yer vermiştir.

Kanun, ifadesi Zanardelli Kanunundan kısmen farklı olarak, 765 sayılı mülga Kanunun 242/2. maddesi hükmünü, “...kanunlara veya...” ifadesini çıkararak, 219/3. maddesi hükmü olarak aynen benimsemiştir. Burada “...balâdaki fıkrada yazılı ceza tertip olunur” hükmü, gönderme hükmüdür. Kanun, bununla, 219/2. madde hükmünün müeyyide hükmüne göndermede bulunmuş olmaktadır.

Dil yönünden titizlendiği iddia edilen Kanun koyucunun “...kanunlara veya..” ifadesini madde hükümünden çıkarırken “...balâdaki...” kelimesini görmemezlikten gelerek koruması dikkat çekicidir.

Zanardelli Kanunu “kanunlara veya kanunen kazanılmış olan haklara muhalif iş ve sözlerde bulunmaya bir kimseyi icbar ve ikna etmeyi” suç sayarken, Kanun, sadece “kanuna göre kazanılmış olan haklara muhalif iş ve sözlerde bulunmaya bir kimseyi icbar ve ikna etmeyi” suç saymaktadır. Böylece, Kanun, suçun kapsamını daraltmış olmaktadır. Burada “ kanuna göre kazanılmış olan haklar” ifadesinin, “kanunen kazanılmış olan haklar” olarak anlaşılmasının daha doğru olduğunu düşünüyoruz.

2. FAİL, HUKUKİ KONU, MAĞDUR

Fail kaynakta “ruhani memurlar” olarak ifade edilmiştir. Kanun, faili, “din reis ve memurları” olarak ifade etmiştir. İtalyan hukuk düzeninde, ülkede dinin örgün olmasından ötürü ruhani memurların kim veya kimler olduğu bellidir, dolayısıyla faili belirlemede bir zorluk yoktur. Hukuk düzenimiz söz konusu olduğunda, ülkede dinin yaygın olmasından ötürü, faili belirlemede ciddi bir zorluğun bulunulduğunu, dolayısıyla zorluğun, “ Görevi sırasında din hizmetlerini kötüye kullanma” madde başlığını taşıyan 219. madde hükmünün ancak sistematik bir yoruma tabi tutulduğunda aşılabileceğini düşünüyoruz. Böyle

[33] “Kendi sıfatlarından istifade ederek kanunlara veya kanunen kazanılmış olan haklara muhalif iş ve sözlerde bulunmaya bir kimseyi icbar ve ikna eden ruhani memurlar hakkında dahi yukarıdaki fıkrada yazılı ceza tatbik olunur “ Majno, Ceza Kanunu Şerhi, 2, s. 192

olunca, “dini reis ve memurları” ifadesinden, suçun failinin, kurumsal olarak veya fiilen, imam, hatip, vaiz, papaz, haham gibi dini reisler olan kimselerin olduğunun anlaşılması gerekmektedir. Öteki suçlarla ilgili açıklamalar burada da geçerlidir.

Doktrinde, kanun koyucu, bu hükümlerle, telkin ve tazyik kabiliyeti bazı kimseler üzerinde çok yüksek dereceye ulaşan din adamlığı sıfatının dünyevi işlere müdahalesini önlemek istemiştir” denmektedir.^[34] Suçun hukuki konusu, laik toplum, hukuk, devlet düzeninin korunması zımında, dinin siyasete alet edilmesinin önlenmesindeki kamusal yararadır. Daha önce yapılan açıklamalar burada da geçerlidir.

Suçun mağduru kurumsal olarak kamu barışını korumakla yükümlü kamu idaresidir. Failin kanuna göre kazanılmış olan haklara muhalif iş ve sözlerde bulunmaya icbar ve ikna ettiği kimse, kiminin iddia ettiğinin aksine^[35], suçun mağduru değil, suçun maddi konusudur^[36].

3. FİİL

Kanun, failin, kendi sıfatından istifade ederek, kanunen kazanılmış olan haklara muhalif iş ve sözlerde bulunmaya bir kimseyi icbar ve ikna etme” fiilini suç saymaktadır.

Bu tamamlayıcı bir hükümlerendir.^[37] Ruhani kimselerin halkı kanunen elde edilen haklara muhalif iş ve sözlerde bulunmaya kendi hakkından istifade suretiyle icbar ve ikna etmeleri suç olmaktadır. Kanun hakkın ihlalini cezalandırır. Yoksa özel menfaate hanel veren neticeler kanunun bu konuda aradığı neticeler değildir. Burada ceza tayin edilen fiil, genel bir zarar doğuran hakkın ihlali fiilidir. Elbette sıfatından istifade suretiyle hükümet aleyhine veya dairelerden birine karşı tahriklerde bulunan ruhani kimse, bu hareketle, kişisel bir menfaati de ihlal edebilir. Ancak, suç teşkil eden nokta, genel zararı doğuran fiildir^[38].

Fiil ikna ve icbar ile vukua gelebilir^[39]. Bir dinin emirlerini açıklamak, anlatmak, tebliğ etmek, ikna veya icbar değildir. İcbar ve ikna ayrı kavramlardır. Suçun icbar ve ikna şeklinde kanunda ifadesinde isabet yoktur denmiştir^[40].

[34] Erem, Ceza Hukuku, HH., s.388

[35] Erem, Ceza Hukuku, HH., s.389

[36] “Tabiidir ki sıfatından istifade suretiyle hükümet aleyhine ve dairelerden birine karşı tahriklerde bulunan ruhani memur bu hareketle şahsi menfaati de ihlal edebilir, Fakat asıl cürüm teşkil eden nokta umumi zararı doğurma fiilidir”. Majno, Ceza Kanunu, 2, s.195

[37] Erem, Ceza Hukuku, HH., s.388; Manzini, Trattato, V, s. 228

[38] Majno, Ceza Kanunu Şerhi, 2, s.194 vd. Ayrıca bu konuya ilişkin tartışmalar için bkz., Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 388.

[39] Majno, Ceza Kanunu, 2, s.195

[40] Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 389

Suç, icbar suretiyle işlenebileceği gibi ikna suretiyle de işlenebilir. Yeter ki, din adamlığı sıfatı, icbar veya ikna vasıtası olarak kullanılmış olsun^[41].

İcbarı cebir ve şiddet temsil eder^[42]. “Manevi tazyik” ile de bir kimse icbar edilebilir^[43]. İcbar tabirinin “tazammun ettiği cebir ve şiddet”, tehdide kadar gitmez^[44]. İkna ise iğfal demektir^[45]. İkna iğfal mahiyetini haizdir, basit tavsiyeler ikna değildir^[46]. Kendi sıfatından istifade ederek, failin, kanunen kazanılmış olan haklara muhalif iş ve sözlerde bulunmaya bir kimseyi icbar etmiş olması yeterlidir^[47]. Ancak, önceki suçta aranan “ tahrik filinin aksine olarak burada cürüm tahakkuk edebilmek için failin takip ettiği gayeye ulaşmak icap eder”^[48]. Doktrinde, gerek icbarda ve gerek iknada, ikna ve icbar edilen kimsenin iradesi hilafına bir hareket farz kılınmıştır; yoksa iradesiyle yapılan fiil ruhani memurun tesiriyle olsa bile suç olabilecek mahiyette değildir denmektedir^[49].

Uhrevi bir gazabı tahrik tehdidi, hatta cehennem korkusu veya uhrevi nimetlere mazhariyeti temin vaadi gibi vasıtalarla bir kimsenin muayyen bir harekette bulunmağa ikna ve icbar edilmesi halinde hükmün uygulama sahası bulunduğu, ancak ikna veya icbarla bir kimseye yaptırılmak istenen şeyin kanuna veya kanunlara göre kazanılmış haklara muhalif bir söz veya hareket olmasının icap ettiği ifade edilmektedir^[50].

Din adamlığı sıfatından ve dini tazyik vasıtalarından yararlanılarak, ör., bir yasama meclisi üyesini muayyen bir beyanda bulunmağa (kanuna aykırı söz), yaşlı bir şahıs üzerindeki dini etkilerden yararlanılarak mallarını şu veya bu dini kuruluşlara bırakmağa ikna veya icbar (mirasçıların kanuni haklarına aykırı hareket) gibi hallerde bu hüküm uygulanacaktır denmektedir^[51].

Ancak, hükmün uygulanmasında isabet elde etmekte zorluklar olduğu iddia edilmiştir. Belli sınırlar içinde kalmak koşuluyla faiz almak kanuna aykırı sayılmaz. Faizin haram olduğuna ve faiz olarak aldığı meblağı borçlusuna iadeye bir kimseyi ikna eden yahut hükmen kabili ispat olmayan bir gabin iddiası karşısında satıcının zararını tazminine zorlayan din adamının suçlu sayılmasındaki zorluk ortadadır. Kanun koyucunun hükme bu kadar geniş bir uygulama alanı tanıdığı düşünülemez^[52].

[41] Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 389

[42] Majno, Ceza Kanunu, 2, s.195

[43] Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 340

[44] Majno, Ceza Kanunu, 2, s. 170

[45] Majno, Ceza Kanunu, 2, s. 195

[46] Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 341

[47] Majno, Ceza Kanunu, 2, s. 170, 195

[48] Majno, Ceza Kanunu, 2, s.195

[49] Majno, Ceza Kanunu, 2, s.195

[50] Erem, Ceza Hukuku, HH., s.389

[51] Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 389

[52] Erem, Ceza Hukuku, HH., s.389

İcbar etmek, ikna etmek, icra hareketi gerektiren davranışlardır. Bir kimseyi kanuna göre kazanılmış olan haklara muhalif iş ve sözlerde bulunmaya İcbarla bulunmak veya ikna etmekle suç tamamlanmış olur.

Suçta teşebbüsün mümkün olmaz. Özgü (mahsus) suçta iştirak koşullarında suçta iştirak mümkündür.

4. HUKUKA AYKIRILIK

Fiil hukuka aykırı olmalıdır. Hukuka uygunluk nedenlerinin bu suçla bağdaşmadığını düşünüyoruz. Diyanet İşleri Başkanlığının çalışanı imam, hatip, vaiz, vs., söz konusu olduğunda, zaten, Anayasanın emri olarak, bunların, kanunun suç saydığı bir fiilin işlenmesi emrini yerine getirmeleri mümkün değildir.

5. KUSURLULUK

Suç kastla işlenir. Suçun taksirli şekline yer verilmemiştir. Kast, failin, kendi sıfatından istifade ederek, kanuna göre kazanılmış olan haklara muhalif iş ve sözlerde bulunmaya bir kimseyi icbar veya ikna ettiğini bilmesi ve istemesidir.

5. CEZA

Müeyyide hükmü bir gönderme hükmüdür. Fiil sabit olduğunda, fail hakkında, yukarıdaki fıkrada yazılı cezanın tertip olunacağı öngörülmüştür.

Yukarıdaki açıklama burada da geçerlidir.

D. ORTAK HÜKÜM: DİNİ REİSLERİN BAŞKA BİR SUÇ İŞLEMELERİ HALİNDE BU SUÇTA CEZANIN ARTIRILMASI

1.KANUNUN DÜZENLEMESİ

Zanardallı Kanunu, ortak hükmü, “Ruhani memurların vazifelerini yapmaları esnasındaki suiistimalleri” fasıl başlığı altında 184. maddesinde^[53] düzenlemiştir. Doktrinde, Devletin, her ne kadar dine müteallik işlerden uzak kalması lazım gelirse de, ruhani memurların vazifelerini yaptıkları sırada işledikleri suçun yapacağı tesiri göz önüne almaması, kabil değildir denmektedir^[54].

[53] Bir dinin memuru, kanunun esasen bu niteliği göz önüne aldığı haller hariç, sıfatını öne çıkararak, önceki maddelerde öngörülen suçlardan başka bir suç işlediğinde, o suç için kanunda öngörülen ceza altıda birden üçte bir kadar artırılır. Dilimize “ministro” memur, “culto” dinin, “delitto” “suç” olarak çevrilmiştir.

[54] Majno, Ceza Kanunu, 2, s.195

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu, ortak hükmü, “İmamlar, hatipler, vaizlerle ruhani reisler müteallik cürümler” fasıl başlığı altında 242. maddenin 3 ve 4. fıkralarında düzenlemiştir. Kendi içinde bütünlük gösteren hükmün, kaynak kanunun aksine, iki fıkra halinde düzenlenmesi isabetli olmamıştır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, ortak hükme “Görev sırasında din hizmetlerini kötüye kullanma” madde başlığı altında 219. maddenin 4 ve 5. fıkralarında düzenlemiştir. Burada “dini reislerden biri dini sıfatından istifade ederek birinci fıkrada (219. madde) yazılı fiillerden başka bir cürüm işlerse altıda bir miktarı çoğaltılmak şartıyla o cürüm için kanunda yazılı ceza ile mahkûm olur”, “şu kadar ki kanun iş bu sıfatı esasen nazarı itibara almış ise cezayı çoğaltmaya mahal yoktur” demektedir.

Her iki kanunla Zanardelli Kanunu arasında fark bulunmaktadır. Zanardelli Kanunu “.. evvelki maddelerde yazılı fiillerden başka bir cürüm işlerse” diyerek, 182 ve 183. maddelere göndermede bulunurken, 765 sayılı TCK 242/3. maddesinde “evvelki maddede yazılan fiillerden..” diyerek, sadece Zanardelli Kanununun 182. maddesinin karşılığı olan 241. maddeye göndermede bulunmakta, dolayısıyla Zanardelli Kanununun 183. maddesinin karşılığı olan 242. maddeye göndermede bulunmamaktadır. Ancak, doktrinde, bu farklılık göz ardı edilerek, suçun cezasının ağırlaştırılmasının, “dini sıfatlarından istifade ederek” din adamlarının işledikleri 241 ve 242. maddelerde öngörülen suçların dışında kalan tüm öteki suçlar bakımından söz konusu olduğu ifade edilmiştir^[55].

5237 sayılı Kanuna gelince, Kanun “... birinci fıkrada yazılı cürümlerden başka...” diyerek, Zanardelli Kanununun 183. maddesinin karşılığı olan 765 sayılı mülga Kanunun 242. maddesine değil, bu kanunun “evvelki madde” ibaresini “...birinci fıkra” şeklinde değiştirerek, aslında Zanardelli Kanunun 182. maddesinin karşılığı olan mülga kanunun 241. maddesine göndermede bulunmuş olmaktadır. Bu, kanunun, ortak hüküm yönünden, kaynak kanundan açıkça ayrılmış olması demektir.

Kanun koyucunun hata yapmayacağı dikkate alınarak ve fark göz önünde tutularak, 219. maddenin 4 ve 5. fıkra hükmünün anlamının, kapsamı ve sınırlarının yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir.

2. Hükmün Anlamı, Kapsamı ve Sınırları

Dilinin ve ifadesinin bozukluğu bir yana, Kanun, 219. maddenin 4 ve 5. fıkrasında “dini sıfatından istifade ederek” suç işleyen din adamları hakkında, şahıslarına bağlı olarak suçu ağırlaştırılan bir ağırlatıcı nedene yer vermiştir.

Kanun, “...bunlardan biri...” diyerek, göndermede bulunmuş, dolayısıyla 219. maddenin 1. fıkrasında işaret edilen “imam, hatip, vaiz, rahip, haham gibi dini reisleri” kastetmiştir. Böyle olunca, herhalde kendilerine din adamı denen

[55] Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 390

herkes değil, sadece kurumsal olarak dini görev yapan din adamları hükmün kapsamındadır.

Kanun "...birinci fıkrada yazılı fiillerden başka bir cürüm işlerse altıda bir miktarı çoğaltılmak şartıyla o cürüm için kanunda yazılı cezaya mahkûm olur" diyerek, açıkça suçu ağırlatan nedenin 219. maddenin 1. fıkrasında öngörülen fiillere ait olmadığına vurgu yapmakta, dolayısıyla 2. ve 3. fıkralarda öngörülen suçları hükmün kapsamı dışında bırakmaktadır. Buradan, ağırlatıcı nedenin, 219. maddenin 1. fıkrasında öngörülen suçlar hariç ve fakat açıkça, 2 ve 3. fıkralarında öngörülen suçlara ait olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.

Ancak, kanun, 5. fıkrada "Şu kadar ki kanun iş bu sıfatı esasen nazarı itibara almış ise" dediğinden, hükmün konuluş amacı göz önüne alınıp amaçsal-sistemik bir yorum yapıldığında, ağırlatıcı nedenin, kaynağından farksız olarak, 219. maddenin 2 ve 3. fıkralarının öngördüğü suçlara da ait olmadığı, ama iş bu sıfatın nazarı itibara alınmamış olduğu tüm diğer suçlara ait olduğu görülür. Gerçekten, kanun koyucu, din adamlarının bu sıfatlarından yararlanarak işleyebilecekleri suçların bu maddede sayılanlarla sınırlı kalmadığını düşünerek, bu sıfatı diğer tüm suçlara şamil bir ağırlatıcı neden kabul etmiştir. Din adamlığı sıfatının bütün özellikleri ve özellikle bazı suçları işleyebilmek için sağladığı kolaylık şiddet sebebini izah eder^[56].

Ağırlatıcı neden, failin, filini işlerken "dini sıfatından istifade" etmiş olması halinde uygulanır. Bu demektir ki, ağırlatıcı nedenin uygulanabilmesi için, failin imam, hatip, vaiz, rahip, haham gibi dini reislerden biri olması yetmez, suçunu işlerken dini sıfatından yararlanmış olması gerekir. Bu suçta kanıtlanmış olmalıdır. Şüphe sanık lehine değerlendirilecektir.

[56] Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 390

SONUÇ YERİNE

Kaynağını mülga 765 sayılı TCK' unda, dolayısıyla Aydınlanma düşüncesinin bir ürünü olan İtalyan Zanardelli Kanununda bulan 5237 sayılı TCK' un 219. maddesi hükmü, esasen laik toplum, hukuk, Devlet düzeninin bir teminatı olarak doğmuştur.

Adalet Komisyonunda ve Genel Kurulda yapılan tartışmalara bakıldığında, suçun geçmişinden, konma nedeninden pek fazla haberdar olunmadığı izlenimi ortaya çıkmaktadır. Bu bir eksiklik olarak değerlendirilmiştir.

Birebir 1889 tarihli İtalyan Zanardelli Kanunundan, dolayısıyla 765 sayılı mülga TCK' un 241, 242. maddelerinden birleştirilerek aynen alınan 5237 sayılı TCK' un 219. maddesinde öngörülen suçlar, Dinin, dini kurum ve kuruluşların, din görevlilerinin örgün olduğu laik İtalyan toplum, hukuk, Devlet düzeninin gerekleri göz önünde tutularak oluşturulmuştur.

İtalya'dan farklı olarak, Ülkemizde, Din, dini kurum ve kuruluşlar, örgün değildir, yaygındır. Dinin, dini kurum ve kuruluşların yaygı olması demek, bunların tüzel kişiliklerinin bulunmaması demektir. Gerçekten, hukuk düzenimizin gereği olarak, ne Caminin, ne Kiliselerin, ne de Havranın tüzel kişiliği mevcuttur. Bununla birlikte, imam, hatip ve vaizlerin Diyanet İşleri Başkanlığına bağlı olarak hiyerarşik bir yapılanma içinde oldukları görülmektedir.

Böyle olunca, 219. madde öngörülen suçların, ülkede Dinin, dini kurum ve kuruluşların yaygınlığı temelinde, özellikle imam, hatip ve vaizlerin konumlarının yeniden ele alınması, dolayısıyla suçun faili konusunda mevcut bulunan çelişikliğin giderilmesi gerekmektedir. İddia edilenin tersine, bu konuda, kanunun kamu görevlisini tanımlayan 6,1,c maddesi hükmünün yeterli olmadığını, sadece karmaşa yarattığını düşünüyoruz.

Öte yandan, eleştiriler dikkate alınmalı, maddenin dili sadeleştirilmeli, "... başka bir cürüm işlerse" yanlışı, inatlaşma konusu olmaktan çıkartılarak, ivedi düzeltilmelidir. Esasen bilgi eksikliğinden, dikkatsizlikten kaynaklanan temel yanlışları sürdürme çabası içinde olmanın, kimseye bir yarar sağlamadığı düşüncesindeyiz.