

CEZA HUKUKU BAKIMINDAN VICDAN VE DİN HÜRRIYETİ

Yazan : Prof. Dr. Faruk EREM

I. GİRİŞ (☆)

Her şeyden evvel bu konuda kullanılan şu terimlerin mânasını tayin etmek lâzımdır: Vicdan hürriyeti, ibadet hürriyeti, din hürriyeti.

“Vicdan hürriyeti” tâbirini “Din hürriyeti” nin müteradifi sayan müellifler vardır (1). Böyle düşünenlere göre fikir hürriyeti, bir dine, bir din cemiyetine, dinî toplantılara, âme nizamına riayet ihtirazî kaydı ile hariçte yapılan dinî merasimlere katılmak hürriyetleri “vicdan hürriyeti” şeklinde anlaşılmalıdır. Buna mukabil vicdan hürriyetini çok dar mânada anlayanlar da vardır. Böyle düşünenlere göre vicdan hürriyeti “inanma (itikât) hürriyeti” (liberté de croyance) den başka bir şey değildir. Ve böyle anlaşılınca hukuk dışı bir mefhumdur. Zannımıza göre meselenin şu suretle vuzuhlandırılması mümkündür: Vicdan hürriyeti, tanrı ile olan münasebetimizi - bize en uygun gelen şekilde - tesis edebilmek hakkıdır. Vicdan hürriyeti ancak ibadet hürriyeti ile birlikte mevcut olabilir. İbadet hürriyeti, vicdan hürriyetinin tatbikî bir neticesinden başka bir şey değildir. Nasıl söz hürriyeti fikir hürriyeti için zaruri ise ibadet hürriyeti de vicdan hürriyeti için öylece zaruridir. Vicdan hürriyeti ibadet hürriyeti ile birlikte “din hürriyeti” ni teşkil ederler (2).

(*) BİBLİYOGRAFYA : AKBAY, Umumi Amme Hukuku Dersleri, I, (2. Bası), Ankara 1951 — BURY (J. B), Fikir ve söz hürriyeti (Çev. Başman, Avni), İstanbul 1945. — CLERC (F.), Les principes de la liberté religieuse en droit public suisse, Paris, 1937 — DÖNMEZER, Dini cemiyet teşkilî ve din propagandası, İst. Hf. Mec. XVII, n. 1,2, s. 2.— DUGUÏT, Traité de droit constitutionnel, V, (2. Bası), Paris 1925 (SS. 451, Liberté religieuse) — FLORIAN, Trattato di diritto penale “Dei delitti contro la libertà”. — CUERÏN (P.), La liberté comme valeur religieuse (La liberté, actes du IV e. congrès des sociétés de philosophie de langue française, Nenchatel, 1949 SS. 176) — HAURIU, Précis de droit administratif et de droit public (12. bası), Paris 1933 (S. 631, La police des cultes) — SÏMON (Jules); La liberté de conscience, Paris 1859 — LASKÏ, La liberté, Paris 1938 — LUCCHINI, Il codice penale italiano e codice di procedura penale, torino 1897 — MANZINI, Trattato di diritto penale italiano, IV, (2. bası), Torino 1926 — PERATONER (C), Dei delitti contro la libertà, Catania, 1891.

1) Bu hususta bk. Hauriou, s. 636

2) Vinet (-nin fikri), Clerc'den naklen, s. 15

Vicdan hürriyeti mutlaktır. Fakat ibadet hürriyeti, bütün hürriyetler gibi başkalarının hürriyeti, âmme nizamı ve adabı umumiye bakımından, devletin tanzim yetkisine dahildir.

“Din hürriyeti”nin felsefi veya teolojik mânaları vardır. Fakat Ceza Hukukunda din hürriyeti, vatandaşın hürriyeti olarak nazara alınır. Ceza kanunlarının bu sahadaki gayesi cemiyette her ferdin dinî inancını tesis ve izharda hiç bir engele rastlamamasını temin edecek bir düzenin kurulmasını sağlamaktadır.

Her şeyden evvel “din hürriyeti” ile batıl itikat ve hurafelere bağlılık hallerini karıştırmamak lâzımdır. Bunlarla vicdan hürriyeti - dolayısı ile din hürriyeti - arasında zaruri bir bağ mevcut değildir. Bu sebeple batıl itikatlarla mücadele ve bu sahaya kanun vazının müdahalesi vicdan ve din hürriyetine tecavüz sayılamaz. Bu itibarla şeyhlik, dervişlik, müridlik, dedelik, seyyidlik, çelebilik, falcılık, büyücülük, üfürükçülük, saipten haber vermek, murada kavuşturmak maksadı ile nushacılık gibi faaliyetleri menetmek, vicdan ve din hürriyetine tecavüz değil, bunlara hizmet etmek, onları korumaktır (3).

Ceza Hukukunda yakın zamanlarda bu çeşit suçlar hakkındaki telâkkilerde büyük değişiklikler husule gelmiştir. Eski devirlerle bugünün mukayesesi şöyle özetlenebilir. Vaktile Ceza Kanunu vicdan hürriyetine karşı dini müdafaa ediyordu. Şimdi kanun, bütün dinlere karşı vicdan hürriyetini korumaktadır (4).

Halen Ceza Kanununun himaye ettiği şey “din” değildir, “din hürriyeti” dir. ‘Dine karşı suç’ ihdası bugünkü ceza hukuku anlayışına uymaz. Çünkü doktrin dinî ‘suç mevzuu’ olamayacağı neticesine varmıştır (5). Halbuki hürriyete karşı suç işlenebilir, hürriyet suç mevzuu olabilir. Bu sebeple Ceza Kanunları bütün hürriyetler gibi “din hürriyeti” ni de himayesi altına almıştır.

Carrara din ile ilgili suçların geçirdiği tarihî safhalar üzerinde durdu (6). Bir çok müelliflerce tekrarlanan Carrara’nın kanaatine göre bu suçların tarihçesinde dört safha mevcuttur:

a) Teokratik Safha: Bu safhada suç mefhumu, günah mefhumu ile birbirine karışmıştır. Her günah bir suç gibi cezalandırılmakta ve hakiki suçlar da kendilerinde günah vasfı bulunduğu için cezayı müstelzim sa-

(3) Bk. 677 sayılı K.

(4) Manzini, IV, n. 1094

(5) Bk. Kantar, Ceza Hukuku, s. 128

(6) Carrara (Programma...), §§ 3227

yılmaktadır. Suç ile taarruza uğrayan şey insan değil, uluhiyettir. Suçlunun ceza görmesi insanın bir ihtiyacını tatmin etmek veya bir hakkı korumak için değil, taarruza uğrayan uluhiyetin intikamını almak içindir. Tanrı adına adaletin yerine getirilmesi din adamlarına düşer. Rahipler bu çeşit suçların yegane yargıçlarıdır. Cezalar çok şiddetli olmalıdır. Çünkü Tanrıya karşı gelmenin ağırlığı karşısında her türlü ceza zayıf kalır. Suçlunun ortadan kaldırılması kâfi değildir. Mümkün olduğu kadar azap çekmeli, kendisine işkence edilmelidir.

b) Yarı Teokratik Safha : Rahipler elinden adaleti almak lüzumu bu sahadaki düşüncelerde bir değişiklik husule getirdi. Tanrı kendisine taarruzun intikamını yalnız günahkâr olandan almaz. Günahkârın mensup olduğu bütün bir milletten alır. Bu sebeple günahkârı biz cismani ve şiddetli cezalarla öyle cezalandırmalıyız ki Tanrının gazabı bütün memleketin üstüne çökmesin. Bu suretle uluhiyeti değil, kendimizi koruyoruz. Günahkâr bizim haklarımızdan hiç birini ihlâl etmemiştir, fakat o hareketi ile hudutsuz ve ictinabı imkânsız felâketlere sebep olacaktır. Bu hareketi cezalandırmak suretile kendi müdafaa hakkımızı kullanmış oluyoruz.

c) Siyaset Safhası : Bu safha da iki devreye ayrılır. Birinci devrede din suçları fikri fütuhât politikasına yardım etmektedir. Dinî itikat taassup halinde kuvvetlendirmekte ve bu suretle diğer dinlere mensup milletlerden nefret duygusu yaratılmakta ve her türlü kardeşlik duygusuna mani olunmaktadır. Bu kin sayesinde yabancı istilâlara karşı koymak ve fırsat bulunca diğer ülkeleri istilâ etmek imkânı sağlanmak istenmiştir. Bu suretle din tamamiyle siyasî bir mahiyet iktisap etmiştir.

İkinci devrenin düşüncelerini Carmignani'nin mütalâalarına irca etmek mümkündür (7) : Günahın cezalandırılması Tanrıyı teskin etmek, onun intikamından halkı korumak için değildir, asıl bunun aksini düşünmek Tanrıya hakarettir. Çünkü bu suretle insana ilâhi gazabın yargıçlığı, bu gazabın şiddetini ölçmek yetkisi verilmiş olacaktır. Dinî suçların cezalandırılmasının esasî devletin kuruluşunda meknuz politik bir sebeptir. Cemiyetin gayesi ahlâki düzeni muhafazadır. Bütün tazyik ve önleyici vasıtaları, bütün zabıta kuvveti ile resmî makamlar, ceza adaleti bu gaye için çalışırlar. Fakat insan kudreti mahduttur. Kolaylıkla bertaraf edilmesi, kudretsiz hale getirilmesi kabil, beşeri adalet korkusu ile insanları kötü ihtiraslarını yenmeğe mecbur etmek mümkün değildir. Bu suretle devletin kuvvetli ve emin bir desteğe ihtiyacı vardır. Devlet bu

(7) Carrara (. dan naklen) § 3241 — 3249

desteği ancak dinde bulabilir. Ceza kanunlarındaki cezaların suçluya tatbik edileceği muhakkak değildir, din bu muhakkak olmayan müeyyidelere daha kat'î, muhakkak ve daha korkutucu müeyyideler ilâve eder. Bu sebeble din, devlet tarafından himayeye muhtaç değildir. Bilâkis devlet dinin himayesine ve dayanağına muhtaçtır. Bu manâda din hakikî sosyal bir müessesedir. Devlet dini müdafaa etmek suretile kendisini müdafaa ediyor, demektir. Dine karşı suçların cezalandırılması sebebi budur.

ç) Hukukî Safha: Bu safhada din ile ilgili suçların cezalandırılması sebebi, bir hakkın ihlâli fikri ile izah edilmektedir. Devletten evimin veya ağacımın korunmasını istemek hakkımdır.

O halde neden dini inancımı izhar ve bu inancın gerektirdiği şeyleri yapmak hakkımın korunmasını devletten istemeğe hakkım olmasın? Birinci ve ikinci safhada din ile ilgili suçlara "dine karşı suçlar", üçüncü safhada "devletin dinine karşı suçlar" adı verilebilir. Dördüncü safhada ise "din konusunda müsamahasızlık suçları" demek doğru olur.

Carrara'nın çizdiği tarihçenin, din ile ilgili suçların mahiyetini açıklamakta büyük faydası olmuştur. Halen bu suçların cezalandırılmasına yegâne sebep, mağdurun hürriyetine tecavüz edilmiş olmasıdır. Lâiklik fikrinin vuzuh kazanması ile bu suçların hürriyete karşı suçlardan sayılması fikri arasında yakın bir alâka mevcuttur.

1 — *SUÇUN MAHIYETİ* : T. C. K. halen doktrinde ittifakla kabul edilen prensibe sadık kalarak bu suçlara "din hürriyeti aleyhine cürümler" ismini vermiştir. Kanunun bu husustaki hükümleri (T. C. K. 175 - 177) Anayasanın lâiklik umdesinin müeyyidesini teşkil eder. Fakat lâikliği koruyan kanun hükümlerinin ceza kanunu hükümlerinden ibaret olduğu sanılmamalıdır.

TCK "din hürriyeti aleyhinde cürümler" e müteallik hükümleri ile "vicdan hürriyeti" prensibinin tahakkukunu sağlamıştır. Fakat bu safhada kanunun noksan olduğunu kabul etmek lâzımdır. Kanunumuza göre, dine inanmayan bir kimse, mutekit kişilerin dinî ayin ve ibadetlerini men yahut ihlâl ederse ceza görür (TCK 175). Çünkü dine inanmamak o kimsenin hakkı ise de, baskalarının vicdan hürriyetinin tezahürü sayılan ayin ve ibadetine karışmağa hakkı yoktur. Fakat mademki vicdan hürriyeti esas tutuluyor o halde bu gibi hâdiselerin aksi için de kanunda hüküm mevcut olmalıydı. Müteassıp bir kimsenin de, dine inanmayan kimsenin fiil ve hareketlerine karışmaması icap eder. Bu çeşit mü-

dahaleler için de kanunda hususî hükümler mevcut olmalıydı. Çünkü böyle düşünmek aynı vicdan hürriyeti prensipinin neticesidir (8).

2 — *LÂIKLIK ve İRTİCA* : Hürriyet kül halinde yaşayabilen bir mefhumdur. Bir sahada hürriyet kabul edilirse diğer sahalara hürriyetin sirayet etmesine mani olunamaz. Bunun aksi de doğrudur. Muayyen bir sahada hürriyet yok edilirse, diğer sahalarda da hürriyet ölür. “Teoloji veya tabii ilimler sahasında tefekkür hürriyeti için mücadele etmiş olanlar, hiç şüphe yoktur ki siyasî hürriyetin öncüleri olmuşlardır. Bruno veya Galilée olmasaydı, insanlık ne Rousseau’yu ne de Voltaire’i tanıyabilecekti.” (Laski’den)

Yine bu sebeptendir ki vicdan hürriyetinin mevcut olmadığı yerde diğer hürriyetlerin de mevcut olamayacağını sanıyoruz. Hürriyetin müdafaası, hürriyeti her gün fethetmekle olur. Demokrasilerde hürriyet bahsinde gösterilen titizliğin sebebi budur. Bu sebeple hürriyet bahsinde söylenen sözlerden, yazılardan korkmamak, ve mütemadiyen hürriyetin suiistimal edildiği zehabına kapılmamak lâzımdır. Hürriyet mefhumu, sözlerden, yazılardan silindiği zaman ortaya bir ölü sükûtu çıkar. Bu sükût demokrasinin yolunu kaybetmek üzere olduğunu gösterir. Eğer bir memlekette hürriyetten bahsediliyorsa, bahsedilebiliyorsa o memlekette hürriyet var, demektir.

İrtica hareketleri karşısında bilhassa şu sual akla gelmektedir. “Vicdan hürriyeti” ni ihlâl etmeksizin irtica hareketlerini önlemek mümkün müdür?

İnsan Hakları Demecinin 18. maddesinde ve Anayasamızın 70. maddesinde “vicdan hürriyeti” teminat altına alınmıştır. Bu hükümlere nazaran hiç kimsenin din veya mezhebinden ötürü kötülenmemesi gerekmektedir. Ceza Kanunu Anayasanın tanıdığı din hürriyetine karşı işlenen suçların cezalarını tayin etmiştir. Bu hükümlerin tetkikinden anlaşılacağı veçhile ne insan hakları demecinin, ne de diğer kanunların gayesi irticaı himayedir, bilâkis onların gayesi irticaa karşı vicdan hürriyetini korumaktır.

Demokrasi denilen mütekâmil rejim her şeyden evvel lâyikliğe dayanır. Hakiki demokrasiler lâyik olanlardır. Lâyiklik ile vicdan hürriyeti hiç şüphesiz farklı şeylerdir. Fakat birinin olmadığı yerde diğerinin yaşamasına imkân yoktur. Bu sebeple “ancak lâyik memleketlerde hakiki vicdan hürriyeti bulunur” yolundaki düşüncede isabet vardır. Hukuk devletinde “devlet dini” olmaz. Çünkü hukuk devleti fikri ile mev-

(8) Bu hususta bk. Florian, ss. 248

cut dinlerden birini tercih fikri kabili telif değildir. "Devlet dini" ayrı dinlere mensup veya dine inanmayan vatandaşların kanun önünde eşitliği prensibine aykırı düşer. Din ve devlet birbirlerinden serahaten ayrı ve farklı şeylerdir. Eğer birbirine karışacak olurlarsa her ikisi de hakiki mahiyetlerini kaybederler. Tarih bunun misâlleri ile doludur. "Modern devlette din, hukuka sahip olmanın bir şartı değildir. Hususî haklar ve amme hakları süjesi olmak için mutakit olmağa lüzum yoktur. Modern devlet, vicdan hürriyetine riayetkârdır ve bünyesinde çeşitli din ve mezheplere ve bunlara ait teşekküllere yer verir. İtikadı olmayanlar, ne takibata, ne de cezaya maruz değildirler" (9). Herkesin dinini seçmekte ve bunu izhar etmekle hür oluşu aynı vicdan hürriyeti mefhumundan ileri gelir. Eğer dinî telâkkiler aşırı bir hal alır ve muayyen bir dini kabule başkalarını mecbur tutacak maddî veya mânevî bir baskı vücuda getirecek olursa ortada vicdan hürriyeti kalmayacaktır. "İnsanlar kendilerini hür hissettikleri zaman hürdürler" (10). Vatandaş herhangi bir dine intisap edebilir veya hiç bir dine intisap etmeyebilir. Din mevzuunda herkesin istediğine inanmak hakkıdır. Vicdan hürriyeti istediğine inanmamak hürriyetidir de. Nasıl tefekkür hürriyeti kanun vazının müdahalesi dışında ise vicdan hürriyeti de böyle bir müdahalenin dışındadır (11).

İrticânın din ile alâkası yoktur. Hakiki din anlayışı vicdan müsama-hasına dayanır. Din insanlara başkalarını anlamak iktidarını verir. Anlayan af eder. Af müsama-hanın ifadesidir. Bu sebeble irtica dindarlığa değil, dinsizliğe daha yakındır. Taassup, dinde hürriyetin inkârıdır. Acaba din ve hürriyet iki gayrı kabili telif mefhum mudur? Sanmıyoruz. Guerin (12) der ki "yer yüzündeki bütün güzel şeyler gibi, din ve hürriyet mefhumları da taklit edilmek tehlikesine maruzdurlar. Nasıl hakiki olana benzeyen sahte elmaslar varsa sahte hürriyet, sahte din de vardır. Bu sahada güçlük doğuran da hürriyet ve dinin sahte olanlarıdır" Dinin sahtesi taassup ve irtica'dır.

Atatürk inkilâbı şöyle tarif etmişti: Türk milletini muasır medeniyet seviyesine yükseltmek gayreti. O halde Türkler için islâm dini bu gayreti takviye etmekten başka bir şey yapamaz. Medenî ve yüksek seviyeli bir milletin dini olduğu takdirde islâm dini payidar olabilir. Islâm dini Türk milletinin yükselmesine hizmet etmelidir.

(9) Akbay, s. 220

(10) Lâski, s. 7

(11) Ek. Duguit, V, s. 451, § 89

(12) S. 180

Kanunlarımız ve bu meyanda bilhassa ceza kanunu irtica hareketlerini önleyecek derecede sarih hükümleri ihtiva etmektedir. İrtica, inkilâpçılık düşmanlığıdır. İnkilâpçılık ise bir küllü ifade eder. Bu külle münferit taarruzlar, basit suçları meydana getirir. Meselâ Şapka Kanununa ve Yeni Harf Kanununa muhalefet halinde TCK. nun 526. maddesi tatbik edilecektir. Buna mukabil inkilâpçılığa münferit olmayan hâdiselerle de karşı gelmek mümkündür. Devletin iktisadî, siyasî veya hukukî temel nizamlarını dinî inançlara irca etmek için teşkilâtlı bir faaliyet basit bir irtica hareketi sayılamaz, böyle bir hareket Türk Devletin varlığına yönelmiş bir tehlikedir. Ceza Kanunumuzun 163. maddesinin birinci fıkrası şu hükmü ihtiva etmektedir: "Lâyikliğe aykırı olarak devletin içtimâî veya iktisadî veya siyasî veya hukukî temel nizamlarını, kısmen de olsa dinî esas ve inançlara uydurmak maksadiyle cemiyet tesis, teşkil, tanzim veya sevk ve idare eden kimse iki yıldan yedi yıl kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılır." Kanunun bu maddesi irticaı önleyebilecek derecede kuvvetli ve açık müeyyideleri ihtiva etmektedir.

Bu maddede kullanılan "Cemiyet" tabirinin meşru cemiyetlerle alâkası yoktur. Buradaki "Cemiyet" den maksat birden ziyade kimsenin fiilen bir araya gelmesi, fiili bir birleşme meydana getirmesi, basit dahi olsa bir teşkilât kurmaları demektir.

3. *DİNİ CEMİYETLER* : Anayasa "Cemiyet Kurma Hakkı" nı tanımıştır. Netekim Ceza Kanunu da siyasi maksatlarla bu hakkı kullanmak, yani siyasî cemiyet kurmak isteyenlerin bu haklarına taarruz etmeği "Siyasi Haklara Karşı Suçlar" dan saymıştır. O halde mademki siyasî, cemiyet kurmak, Anayasadaki cemiyet kurmak hakkının bir şeklinde ibarettir, o halde din cemiyetleri kurmak hakkının vatandaşa tanınması ve bu hakkın istimaline mani olan fiillerin suç sayılması - yani TCK. nun 174. maddesine benzer bir hükmün kanunda yer alması - gerektiği düşünülebilir. Fakat bu mukayese de tam bir isabet yoktur. Siyasî cemiyetler - bilhassa demokrasilerde - siyasi hakkın şuurlu bir şekilde kullanılması için zaruridir. Fakat vicdan ve din hürriyeti bakımından dini cemiyetlerin tesisinde aynı derecede bir zarurete tesadüf edilemez. Türk Kanun vazı böyle cemiyetlerin dini hisleri istismara vasıta olacağından korkmaktadır. Bu sebeble Cemiyetler Kanunu (M. 9) "Din, mezhep ve tarikat esaslarına dayanan dernekleri" yasak etmiştir. Bu çeşit dernek kuranlar veya idare edenler hakkında - hareketleri daha ağır cezayı gerektiren bir suç teşkil etmediği takdirde - TCK. nun 526 (f. 1). maddesi gereğince cezalandırılır (Cemiyetler K.).

TCK. nun 163 (f. 1, 2, 3). maddesinde yazılı suç, Cemiyetler Kanununun 33. maddesinde zikredilen "Daha ağır cezayı gerektiren" bir suçtur.

163. maddeye göre "Lâyikliğe aykırı olarak, Devletin içtimai veya siyasi veya hukukî temel nizamlarını, kısmen de olsa dini esas ve inançlara uydurmak amacı ile cemiyet tesis, teşkil, tanzim veya sevk ve idare eden kimse iki yıla kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılır. Böyle cemiyetlere girenler veya girmek için başkalarına yol gösterenler altı aydan aşağı olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılır" (13).

4. *SEÇİM PROPOGANDALARI VE İRTİCA* : TCK. nun 163. maddesinin 4. fıkrasına göre "... siyasi menfaat veya şahsi nüfuz temin ve tesis eylemek maksadı ile dini veya dinî hissiyatı veya dince mukaddes tanılan şeyleri alet ederek her ne suretle olursa olsun propoganda yapan veya telkinde bulunan kimse" suçludur. Seçim propogandalarında bu maddeye girecek fiillerden sakınmak gerekmektedir. Maddenin yazılışı çok geniştir ve kanun vazınının bu hüküm ile seçim propogandalarının her bakımdan dini mevzular dışında kalmasını istediği açıkça anlaşılmaktadır. Bu madde hükmünün sadece "halifecilik partileri"ni cezalandırdığını ileri sürmek kanun vazınının maddeyi yazarken bilerek ihtiyar ettiği geniş ibarelerin hakiki manasına aykırı olur.

Bu konuda şu soru akla gelebilir: 163. maddenin bu hükmü "antidemokratik" midir? Antidemokratik kanunların tesbiti için teşkil edilmiş olan ilim heyetinin kabul ettiği ölçü şudur: "Siyasî hakları, amme haklarını ve insan haklarını kaldıran veya tahdit eden hükümleri ihtiva eden kanunlar antidemokratiktir". Bu ölçüde tam bir isabet vardır. Bu ölçüye vurulduktaki 163. maddenin yukarıda tekrarlamış olduğumuz hükmü tamamiyle demokratik bir mahiyet arz etmektedir. Şöyleki:

Vicdan hürriyeti amme haklarından, dolayısıyla insan haklarından"dır. "Din hürriyeti" vicdan hürriyetinin tezahürüdür. Vicdan hürriyeti ancak lâayık olan bir muhitte mevcudiyetini idame ettirebilir.

Demokrasinin iki unsuru vardır: Hürriyet ve müsavat. Vatandaşlar arasında mutlak bir müsavat ancak hürriyetten fedakârlık etmekle mümkün olabilir. Buna mukabil mutlak ve hudutsuz bir hürriyet müsavatı yok eder. Vicdan hürriyeti bahsinde bu makul muvazenenin ölçüsü "Lâayiklik Prensibi" dir. Bu sebeple lâayikliğe aykırı hareketleri suç sayan 163. madde memleketimizde demokrasinin inkişafını sağlayacak kanun hükümlerinden biridir.

(13) Bu mesele hakkında daha geniş bilgi almak için bk. Dönmez, Dini cemiyet teşkili ve din propogandası, İst. Hf. mec. 1951, Cilt XVII, n. 1-2, ss. 2

II. DİN HÜRRIYETİNE KARŞI SUÇLAR HAKKINDA KANUN HÜKÜMLERİ

TCK. nun "Din Hürriyeti Aleyhinde Cürümler"e müteallik hükümlerinden bir kısmı doğrudan doğruya din hürriyeti ile ilgili fiillere taallük eder. Diğer bir kısmı ise ölümlere saygı duygusuna aykırı fiilleri cezalandıran hükümlerdir.

Dini işlerin, ibadet ve ayinlerin icrasını men veya ihlâl etmek, ruhanî memurlara karşı veya dine tahsis edilmiş eşya üzerinde suçlar birinci kısma, ölümlere veya mezarlıklarda bulunan eşyalara karşı işlenen fiilleri cezalandıran hükümler de ikinci kısma girer.

Kanunumuzun ölümlere saygı duygusuna aykırı fiilleri "Din Hürriyeti Aleyhinde Cürümler" faslında yer vermesinde isabet yoktur. Bu fiillerin nasıl olupta din hürriyetine veya her hangi bir hürriyete taarruz teşkil edebileceğini izah etmek imkânsızdır. Bu doğru olmayan hali haklı göstermek için mehzaz kanunun gerekçesinde, ölümü mukaddes sayan hissin, bütün medeni milletlerin belki en eski ve müşterek imanını teşkil ettiği yolunda bir mütalâa (14) ileri sürülmekte ise de bu mütalâaya iştirak güçtür. Normal bir insan, her türlü dini telâkkilerden ayrı olarak, ölümlere ve mezarlıklara saygı besler, din bu duyguya yardımcı olabilir, fakat bu duygunun mevcudiyeti için zaruri değildir. Bu suçları hürriyete karşı suç saymak da yanlıştır. Çünkü ölünün hürriyet hakkından bahsedilemez. Yaşayanların ise ölümlere veya mezarlıklara karşı fiillerle hürriyetleri ihlâl edilmiş sayılamaz. Ölümlere, mezarlıklara, ve orada bulunan eşyaya saygı, bir duygudur. Duygu ise hürriyet değildir. Bu duygu bir sosyal ahlâk vakıasıdır. Bu sebeple bu suçların böyle bir zaviyeden ele alınması ve kanunda bu tarzda bir sistematik tasnife tabi tutulması doğru olurdu (15).

A. Doğrudan doğruya din hürriyetini alâkadar eden suçlar

§ 1. Dinî işlerin, idabet ve ayinin men ve ihlâli suçu :

TCK. nun 175. maddesine göre "Her kim devletçe tanınmış olan dinlerden birini tahkir maksadı ile dini işlerin yahut ibadet ve ayinin icrasını men veya ihlâl ederse" cezalandırılır.

1) Suçun maddi unsuru: "Dini işlerin yahut ibadet ve ayinin icrasını men veya ihlâl" bu suçun maddi unsurudur. Bir din veya mezhebe has "İbadet ve ayin" diğer bir tabirle, bir din veya mezhebin koyduğu

(14) Manzini (-den naklen), s. 394

(15) Bu hususta bk. Manzini, IV, n. 1096; Florian ss. 170

merasim kaideleri dahilinde cereyan eden bir faaliyet bahis mevzuu olmalıdır. Bir faaliyetin ayin veya ibadet sayılıp sayılmıyacağı, o din veya mezhebin kaidelerine göre tayin edilmelidir. İbadet veya ayin bu gibi işlere tahsis edilmiş mahallerde veya böyle mahaller dışında cereyan edebilir. İbadet veya ayinin hariçte cereyan edebileceği hususu, TCK. nun 529. maddesi hükmünden de istihraç olunabilir. Yalnız hariçte icra edilecek ayinlerde "Toplanma Hakkı" mefhumu da nazara alınmalıdır. Bu sebeple hariçte yapılan ibadet ve ayinlerde yalnız TCK. nun 175 ve 529. maddeleri değil, "İçtimaatı umumiye kanunu" hükümleri de nazara alınmalıdır. Kanuna uygun olmayan toplanma mahiyeti arzeden veya "ait olduğu daire tarafından kanuna müsteniden vuku bulan memnuiyet hilâfı olan" (TCK. 529) ibadet veya ayinin men veya ihlâli 175. madde hükmüne girmez. Yalnız bu gibi hallerde fiilin 188. maddeye dahil olup olmadığı ayrıca tetkik edilmelidir. İbadet veya ayine bir ruhani memurun riyaset etmiş olması veya olmamasının ehemmiyeti yoktur (16). "Dini işler" ibadet ve ayin vasfını taşımayan ve fakat bir din veya mezhebin koyduğu merasim kaideleri dahilinde cereyan eden diğer faaliyetlerdir. "Dini nikâh" ı buna misal gösterebiliriz. Kanunu medeni nikâhdan evvel, dinî nikâhın icrasını menetmiştir. (TCK. 237) Fakat medeni nikâhtan sonra, dinî nikâhın icrası yasak olmadığından böyle bir merasimin icrasını menetmek - zannımıza göre - 175. maddedeki suçu meydana getirir. "Vaız" da dini işlerdendir (17). Hristiyan vatandaşların "Günah Çıkarma"sı da dini işlerden sayılmalıdır.

Eğer failin fiili neticesinde, ibadete, ayine veya dini işe başlanamamış veya devam edilememiş yahut bunlar ikmal edilememiş ise "mani olmak" hali husule gelmiştir. Eğer fiil neticesinde dini iş, merasim veya ayin inkıtaa uğramış veya talik edilmiş veya normal cereyanında her hangi bir değişiklik olmuş ise ortada "ihlâl" vardır. Inkıta veya talikin kısa sürmüş olmasının suçun unsuru bakımından tesiri yoktur. Mani olmak veya ihlâl etmek için kullanılan vasıtaların ehemmiyeti yoktur. Fakat 175. maddenin ikinci fıkrasında yazılan hususların vasıta olduğu haller şiddet sebebidir.

175. maddedeki suç "Maddi Suç" dur. Bu sebeble "Teşebbüs" mümkündür (18). İbadet ve ayinin başkalarının hakkını ihlal edecek mahiyet arzetmemesi lâzımdır. Bu sebeble ibadet ve ayinin "Halkı Rahatsız Eden Hareketler" (TCK 546) mahiyetini iktisap etmesi halinde (Kilise

(16) Florian, ss. 250; ksz. Majno, II, n. 766

(17) İtalyan Yğ. Kararı, Lucchini, m. 140, n. 9

(18) İtalyan Yğ. Kararı, Lucchini, m. 140, n. 11, Manzini IV, n. 1102

çanını çalmağı suiistimal gibi) bunların men veya ihlali 175. madde hükmüne dahil olmaz.

2) Suçun Manevi Unsuru: Fiil "Devletce tanınmış dinlerden birini tahkir maksadı ile" işlenmiş olmalıdır.

Münhasıran veya başlıca gayesi insan üstü bir varlığa teabbüt olan manevî ahlâk kaideleri topluluğu "Din" sayılmalıdır (19). Kendini insan üstü bir varlığın himayesi altına sokan ve azalarının ahlâkî tekâmülünü veya mütekabil bir yardımlaşmayı sağlayan topluluklarda (Masonluk gibi) "Din" vasfı yoktur. Kanun dinler arasında cezai himaye bakımından bir tercihte bulunmamıştır. Bu husus dahi lâyiklik prensibinin bir neticesidir. Netekim Kanun 175. maddesinde "Din" tabirini değil, Devletce Tanınmış "Dinlerden biri" tabirini kullanmıştır.

Kanun "Devletce Tanınmış Dinler"den bahsediyor. Kanunun kullandığı ibare, maksadına uygun değildir. Kanun sarahaten menedilmemiş veya Türk Mevzuatı ile kabili telif dinleri kasteder. Devamına müsaade edilmiş ve Türk Mevzuatı ile kabili telif bulunmuş dinler 175. maddedeki himayeden faydalanırlar. Maddenin tatbiki için resmi makamlarca din hakkında bir "Tanıma Muamelesi" nin vücudu şart değildir (20).

Lâik olmıyan Anayasalarda ve onlara muvazi Ceza Kanunlarında kabul edilmiş olan formül şudur: "Devletin dini ve devletçe müsamaha edilen dinler". Lâik memleketlerde "Devlet Dini" mevcut olamaz. Bu sebeple "Devletçe müsamaha edilen dinler" de bahis mevzuu olamayacaktır. Esasen bir dinin müsamaha edilmiş olması onun hukukan himayesi demek değildir. Mirabeau'nun şu mütalâasında hakikat hissesi büyüktür: "Benim nazarımda en geniş mânası ile din hürriyeti o kadar mukaddes bir haktır ki, onu müsamaha kelimesi ile ifade etmek dahi, bence bir nevi istibdattır. Çünkü müsamaha göstermek hükümetin elinde olunca göstermemek de onun dileşine bağlı kalır" (21). O halde dinlerin hukukan ve eşit olarak himaye görmesi ancak lâyiklik prensibinin tatbiki ile mümkün olur.

Fiil dinlerden birini "Tahkir maksadı ile" işlenmiş olmalıdır. Bundan anlaşılacağı veçhile kanun umumi kasıttan başka bir de "Hususî Kasıt" aramaktadır. Diğer bir deyimle manevi unsurun mevcut sayılması için dinî işlerin, ibadet veya âyin, icrasını men veya ihlâl fiilinin, ne-

(19) Din'in tarifi hakkında bk. Duguít, IV, ss. 454

(20) Bk. TCK. nun 175. maddesi hakkında Yargıtay Ceza Kanunu zabıtları, celse, 7 Eylül 341

(21) Bury - Başman (- dan naklen), s. 96, 97

ticelerini bilerek ve isteyerek işlemek "irade" si kâfi değildir. Bu fiilin dinlerden birini "tahkir maksadı ile" — yâni böyle bir saik ile — işlenmiş olması lâzımdır. T. C. K. nun 175. maddesinde kullanılan "Tahkir" kelimesinin, "Hakaret" mânasına alınması doğru olmaz. Dinlerden birini tezyif, hor görme saiki kâfi sayılmalıdır.

Hususî kast bu suç, diğer suçlardan ayırmağa da hizmet eder. Meselâ dini işlerin, ayinin veya ibadetin icrası, tehdit kullanmak suretile ihlal edilmiş ve bu hareket tezyif ve hor görme saikinden başka maksatlardan ileri gelmiş ise 175. madde tatbik edilemez ve fakat şartları mevcut ise 188. madde tatbik edilir.

3. Şiddet Sebebi: Eğer suçun "işlenmesi zamanında cebir ve şiddet ve tehdit veya tahkir vaki olmuş ise" ceza arttırılır (TCK. 175, f 1). "Cebir ve Şiddet" tabiri "Maddi Cebir" manasınadır. Çünkü "Manevi Cebir" kanunda "Tehdit" tabiri ile ayrıca tasrih edilmiştir. "Tahkir" tabiri ise aynı maddenin birinci fıkrasında kullanılan ibareye tekabül eder. Birinci fıkrada tahkir "Saik" olarak nazara alınmıştır. İkinci fıkrada şiddet sebebi sayılan hal, tezyif keyfiyetinin husule gelmiş olmasıdır. Şiddet sebebi sayılan "tahkir" mefhumu dahi, geniş yorumlanmalıdır. Kanunun maksadı dinî iş, ibadet ve ayinin icrasının men ve ihlâlini aşan ve bu iş, ayin veya ibadette hazır bulunanları rencide eden her türlü söz veya hareketi şiddet sebebi saymaktır. Bu sebeple hakaret ve sövme bu tabire dahil olduğu gibi, mesela ayin ve ibadette hazır bulunanlarla "Alay Etmek" dahi bu tabire girer.

Şiddet sebebi sayılan hallerin "Fiilin işlenmesi zamanında" (TCK. 175. f. 2) husule gelmiş olması lâzımdır. Fiili işlemek için, veya fiil tekemmül etmeden evvel veya devam etmekte iken bu haller husule gelmiş olmalıdır. Eğer bunlar fiil tekemmül ettikten sonra husule gelmiş iseler suçun şiddet sebebi sayılamazlar. Böyle durumlarda içtima hükümleri tatbik edilmelidir (TCK. 78).

Bu suç her hangi bir "kimse" tarafından işlenebilir. Eğer suç bir memur tarafından memuriyetine ait kuvvet ve vasıtaları kullanmak suretile işlenmiş ise ceza arttırılır (TCK. 281).

§ 2. Dinî hissiyatı tezyif suçu

T. C. K. nun 175. maddesinin üçüncü fıkrasına gör "Din ve mezheplerden birini tezyif ve tahkir yolunda neşriyatta bulunanlar" ceza görür. Bu hüküm mehaz kanunda mevcut değildir. Mehaz kanundan yapılan 1325 tarihli ilk tercümede de böyle bir hüküm yoktur. İlk defa bu hükme

Adliye Vekâletince hazırlanan "Türk Ceza Kanunu Lâyihası" nda (M. 209) rastlanmaktadır.

Bu hükmün mevzuu üzerinde bazı tereddütler husule gelebilir. Bu hüküm "Din" ve "Mezhep" leri mi korumak için vazedilmiştir? Din ve mezheplerin "Suç mevzuu" olamayacağı, bugünkü devletin dinin müdafiliği görevine sahip bulunmadığı hususları evvelce görülmüştü. Eğer kanunun bu hüküm ile din ve mezhepleri müdafaa etmek gayesini güttüğü iddia edilecek olursa bugünkü doktrin ile kabili telif olmayacak bir netice ortaya çıkar.

Kanun - kullandığı ibare himayenin din ve mezheplere taallük ettiği zehabını uyandırmasına rağmen - tezyif edilen din ve mezhebe mensup kimselerin "Dini hislerini" rencide edecek neşriyatı önlemek istemiştir. Bu sebeple suçun mevzuu, din veya mezhep değil, o din veya mezhebe mensup olanların dinî hisleridir. Yargıtay bir kararında dâva konusu "Yazı ile hissiyatı dinîyenin tahkir ve tezyif edilmiş" olduğu neticesine varmıştır (22). Bu kararı ile yargıtayımızın suçun mevzuunu "Dinî hisler" e irca ettiği neticesine varmak doğru olur. Bu suretle anlaşıldığı takdirde 175. maddenin son fıkrası hükmünü müdafaa kolaydır. Çünkü kimsenin başkasının mukaddes saydığı şeylere müteallik saygı duygusunu rencide etmeğe hakkı olamaz. Nitekim yeni İsviçre Ceza Kanunu (m. 161) başkasının vicdanına ve bilhassa Tanrıya inanmak mevzuundaki kanaatına taarruz edilemeyeceğini sarih bir hüküm ile müeyyideye bağlamıştır.

Fakat 175. maddeye böyle bir mâna verilince son fıkra hükmünün "Hürriyet aleyhinde cürümler" babında yer almasını izah etmek müşküldür. Çünkü bu suçun mevzuu "Hürriyet" değil, dinî bir "His" dir. Fakat kanunun sistematik taksimatına taallük eden bu kusur yalnız 175. maddenin son fıkrasına münhasır değildir. "Din hürriyeti aleyhinde cürümler" faslında yer alan diğer bazı hükümlerde de (meselâ ölülere veya mezarlara saygı duygusuna karşı suçlar) bu kusur mevcuttur.

Kanun bu suçu ancak "Neşriyat" halinde cezalandırıyor. Bu hükümle dinî hislerin rencide olmaması sağlanmak istenildiğine göre bu suç için "Neşriyat" kaydını koymak doğru değildi. Çünkü fail aynı neticeyi başka vasıtalarla da (nutuk, tiyatro vs.) elde edebilir.

Failin cezalandırılması için "Tezyif kasdı"nın subutu lâzımdır. Çünkü bu suç cürümdür. Ve kanunun gayesi dinleri ve mezhepleri her türlü tenkit dışı bırakmak, onlara neşriyat sahasında bir dokunulmazlık tanı-

(22) CGK 9.2.948, e. 160, k. 64

mak değildir. Bu sebeple 175. maddenin son fıkrasını tatbikte her şeyden evvel suç konusu yazının, o din veya mezhep mensuplarının dini hislerini rencide kasdı ile yazılmış olup olmadığını araştırmak lâzımdır.

Eski Ceza Kanunu peygambere sövmek fiilini (Fezahatı lisanıye) cezalandırıyordu. (Mülga K. 55), mer'i Ceza Kanununumuzda böyle bir hüküm mevcut değildir. O halde peygambere sövmek suçu halen mevcut değildir, neticesine varmak mümkün müdür? Bu hususta kat'i bir şey söylenemez. Peygambere sövmek fiili 175. maddenin üçüncü fıkrasındaki hükme dahil olabilecek tarzda, yani dini tezyif kasdı ile peygambere sövmek tarzında - işlenmiş ise bu fiil "Dini hissiyatı tezyif suçu" nu meydana getirebilir. Bu sebeple fezahatı lisanıye suçunun tamamıyla mülga olduğu neticesine varmağa 175. madde hükmünün mani olduğunu zannetmekteyiz.

Ceza Kanununun 175. maddesinin üçüncü fıkrasındaki hükmün tatbikinde yargıcın çok dikkatli davranması gerekir. Çünkü gayesinden uzaklaştığı takdirde bu hüküm cemiyet için faydeli neticeler tevhit edemez. Çok zararlı da olabilir ve hükmün ilgası zarureti ortaya çıkabilir. Bury'nin (23) naklettiği şu mütalaada isabet vardır: "Mukaddesata dil uzatma cezalarının ilgası.. âcil bir zarurettir. İkide birde ortaya çıkan ve hiç birinin hiç kimseye faydası olmadığından başka bazan din perdesi altında hususî kötü maksatların tatminine yol açtıkları için, uğruna yapıldıkları dâvaya (yani diene) bile zararı dokunan takibat rezaletlerinin önü alınabilir."

§ 2. *Ruhani memurlar hakkında suçlar*

TCK. nun 176. maddesine göre: "Bir kimse.. ruhani memurlar hakkında şiddet istimal yahut onlara karşı hakaret eder veya dil ile tecavüz eylerse" cezalandırılır.

Kanun "Ruhani Memurlar"ı hususî surette korumuştur. Kanunda bu husus hakkında iki hüküm vardır. Bunlardan birincisi bir dini tezyif saiki ile o dine mensup ruhani memurlar hakkında onları tezyif edici fiillere taallük eder (TCK. 176, f. 1), ikincisi her hangi bir cürmün cezasının mağdurun ruhani memurluk sıfatından dolayı artırılmasına da irdir (TCK. 176, f. 2). Görülüyorki kanun ruhani memurları hususî surette himaye etmektedir. Fakat unutmamak lâzımdırki kanun vazı ruhani memurları himaye ederken sair yerlerde (TCK. 241, 242) vazifesi-

ni suiistimal edecek ruhaniler hakkında şiddetli müeyyideler vazetmiştir. Bu hükümler birbirini tamamlar.

1. Ruhanilere karşı suç: Muayyen bir dini tamim eden ve mensup olduğu dinî teşekkülün dahili disiplini gereğince dinin esaslı ibadet veya ayin faaliyetlerini yaptırmak yetkisine sahip bulunan ve sadece basit bir mümin sayılmasına imkân olmayan kimse "Ruhani Memur" dur. Bu kimsenin ifa ettiği görevde esaslı bir dini vasıf bulunmalıdır. Bu sebeble din işleri ile uğraşan idari memurlar veya çok basit ve tali bir dini hizmet ifa eden kimseler ruhani memur sayılamaz. Bu maddenin kullandığı "Memur" tabirinin manasını münhasıran 279. maddede aramak doğru olmaz. Kanununun 176. maddesinde ruhani "Memur" tabirini kullanması suçun mağduru olan kimsedeki ruhanilik vasfının daimiliği, o hizmete "memur edilmiş" olmasını işaret içindir. Bu sebeble esaslı bir dini hizmeti arizi ve muvakkat olarak ifa eden kimseye "Ruhani Memur" denemez. Ruhani memurun mensup olduğu dinî teşekküldeki "Rütbe" sinin 176. maddenin tatbiki bakımından tesiri yoktur (24). Türk Ceza Kanunu bazı hükümlerinde "Ruhani Reis" tabirini kullanmıştır (bk. TCK. 241. 242). Bu hüküm ile 176. maddeyi mukayese ederek "Ruhani Memur" ve "Ruhani Reis" tabirlerine farklı manalar vermek doğru olmaz. Mehzaz Kanundaki aynı tabirin farklı olarak tercümesi bu ayrılığı meydana getirmiştir. Kanun vazınının hususî bir maksadı yoktur.

Kanun Ruhani Memura karşı "Şiddet İstimali" ve "Hakaret ve dil ile tecavüz" den bahsediyor. Burada da kullanılan tedbirlerde isabet yoktur. Kanun "Şiddet" tabirini "Cebir" manasında kullanmaktadır. Bu sebeble ruhani memura karşı "Maddi Cebir" bu maddeye dahil olduğu gibi "Manevi cebir" (= Tehdit) de bu maddeye girer (25). Fakat 175. maddenin ikinci fıkrasında cebir ve şiddetten ayrı olarak "Tehdit" in de tasrih edilmiş, 176. maddede yalnız "Şiddet" den bahsedilmiş olması tatbikatta tereddütlere mucip olabilecektir. "Hakaret ve dil ile tecavüz" den maksat Ruhani Memura karşı her türlü tezyif ve terzil edici söz ve hareketlerdir.

Cebir veya tezyif fiillerinin aleniyette işlenmesi şart değildir. Maddedeki hakaret tabirine bakarak hadisede "İhtilat Unsuru" aramak doğru olmaz. Çünkü - evvelce izah edildiği veçhile - bu maddelerde kanunumuzun kullandığı "Tahkir" ve "Hakaret" kelimeleri ile dar manadaki hakaret kastedilmektedir,

(24) Manzini, IV, n. 1114

(25) Aynı mahiyette Manzini, IV, n. 1116

Cebir ve tezyif fiillerinin ruhani memura karşı ve fakat "Devletce Tanınmış Olan Dinlerden Birini Tahkir" saiki ile işlenmiş olması lâzımdır. 176. maddedeki "Devletce tanınmış dinlerden birini tahkir kasdı" yolundaki ibare yalnız dine tahsis edilmiş eşyalara münhasır değildir. Eğer bir ruhani memura karşı bir dini tahkirden gayrı bir maksatla (me selâ şahsi intikam saiki ile) bu fiiller işlenmiş ise 176. maddenin birinci fıkrası tatbik edilmez.

Bazı müellifler mağdurun ruhanilik sıfatının fail tarafından bilinmesi lâzım geldiği şartı üzerinde durmaktadırlar (26). Zannımıza göre bu münakaşa lüzumsuzdur. Çünkü failin bir dini tahkir saiki ile hareket ettiği sabit olursa hakkında cebir veya tezyif fiiline başvurduğu kimsenin bir ruhani memur olduğunu bilmemesine maddeten imkân yoktur. Fakat buna mukabil mağdurun tahkir etmek istediği dinin ruhani memuru olduğunu zannetmesinin ehemmiyeti yoktur. Çünkü kanun her hangi bir dinin ruhanisi hakkında bu hükmün tatbikini sağlayacak bir ibare şekli ihtiyar etmiştir. Bundan başka dine inanmayan bir kimsenin hangi dine mensup olursa olsun her hangi bir ruhani memur hakkında böyle bir fiil işlenmesi de mümkündür.

Cebir veya tezyif fiillerinin ruhani memura karşı "Vazifesini icra sırasında" veya "Vazifesini icradan dolayı" işlenmesi şart değildir. Bu sebeple fiilin dinlerden birini tahkir saiki ile ruhani bir memura karşı işlenmiş olması kâfidir. Bu netice 176. maddenin birinci ve ikinci fıkralarının mukayesesinden kolaylıkla istihraç olunmaktadır. Esasen böyle bir şart aranması doğru olmazdı. Çünkü dinlerden birini tahkir saiki ile bir ruhani memura karşı bu fiillerin işlenmesi halinde netice ile saik arasında kâfi bir bağ mevcut demektir.

2. Umumî Şiddet Sebebi: TCK. nun 176 (f. 2). maddesine göre "Ruhani memurların vazifelerini icra esnasında veya vazifelerini icradan dolayı bir cürüm irtikap olunduğu takdirde bu cürmün kanunen muayyen olan cezası altında bir miktarı arttırılır".

Kanun bu hükmü ile hususî bir suç ihdas etmiş değildir, umumî bir şiddet sebebi vazetmiştir. Kanunu böyle bir hüküm vazetmeğe sevkeden sebep şudur: Ruhani memur sıfatını haiz kimselere karşı işlenen suçlarda taarruz yalnız mağdur ruhaniye karşı işlenmiş değildir, muayyen bir din veya mezhebin temsilcisi olması bakımından bu taarruz aynı zamanda o din veya mezhebin mensuplarının dini hislerini de rencide eder. Bundan başka şiddet sebebinin tatbiki için cürmün, o ruhaninin vazifesini icra sırasında veya vazifesini icradan dolayı işlenmiş olması lâzım-

dır (TCK. 176, f. 2). Ruhaniye karşı vazifesi esnasında veya vazifesinden dolayı işlenecek bir suç o ruhani memurun ibadeti, dini işlerin icrası gibi vazifelerini yapmasında engel olabilir. O din veya mezhep mensuplarının bu vazifelerin sükûnet içinde icrasını arzu etmek haklarıdır. Halbuki fiil ile bu hak ihlal edilmiştir.

Umumî şiddet sebebinin tatbiki için şu şartlar aranır: Ruhani memura karşı işlenmiş olan suç bir "Cürüm" olmalıdır. Ruhanilere karşı işlenmiş "Kabahat" lerde umumî şiddet sebebi tatbik edilmez. Cürüm "Kasıtlı Cürümler" den olmalıdır. "Taksirli Cürümler" e bu şiddet sebebinin tatbik edilemeyeceği, kanunun maksadının kasden vaki taarruzların cezasını arttırmak olduğu zannındayız. Şiddet sebeplerinin tatbiki ile kast arasında münasebet hakkında evvelce verdiğimiz malûmat bu zannı kuvvetlendirmektedir (27).

Bu cürmün 176. maddenin birinci fıkrasında yazılı olandan farklı bir cürüm olması lâzımdır. Birinci fıkrada yazılı suçdan gayri bir suç olmak ve ruhani memura karşı işlenmiş bulunmak şartı ile her hangi bir cürüm hakkında umumî şiddet sebebi tatbik edilir. Mevaz kanunun gerekcesinde, bu suçun birinci fıkradaki suçdan daha ağır bir suç olması yolunda bir şart mevcut idi, bu şart kaldırıldı.

Cezası arttırılacak cürmün işlendiği mahallin (kapalı veya umuma açık mahal gibi) ehemmiyeti yoktur.

§ 4. Dine Tahsis Edilmiş Eşyaya Müteallik Suçlar

TCK. nun 176. maddesine göre: "Bir kimse devletce tanınmış olan dinlerden birini tahkir maksadı ile mabetlerde bulunan eşyayı yıkar veya bozar yahut bir suretle zarar verirse" ve 177. maddeye göre "Bir kimse ibadethanelere konulmuş olan abide vesair bu gibi eserleri... bozarsa" ceza görür. Bu iki hükmün her ikisi de dine tahsis edilmiş eşyalara tealluk eder. Fakat 176. maddedeki suç dinlerden birini "Tahkir Maksadı ile" işlenen fiillere aittir. 177. madde ise failin böyle bir maksadı mevcut olmadığı zaman tatbik olunur. Dine tahsis edilmiş eşyalara taarruz halininin cezalandırılması sebebi, bu fiillerle din hürriyetini prensip olarak kabul eden hukuki düzenin ihlal edilmiş olmasıdır. Çünkü din hürriyetinin tezahürünü yalnız ibadet ve ayinin ihlali ile olmaz, bir dinin gayri maddi varlığını temsil eden eşyaya taarruz şeklinde de olabilir (28).

(28) Bk. Manzini, IV, n. 1125

(27) Bk. Erem, Türk Ceza Hukuku, I, (2. bası)

1- Suçun Dinlerden Birini Tahkir Maksadı ile İşlenmesi: Bu suçun maddi unsurunu Kanun şöylece tahdit etmiştir: "Mabetlerde bulunan eşyayı yıkmak, bozmak yahut diğer bir suretle bu eşyaya zarar vermek". O halde bahis konusu eşyanın "Mabetlerde Bulunması" lâzımdır. Mehz Kanun "Mabetlerde Bulunan Eşya" dan değil "Dinin icrasına tahsis edilmiş eşya" dan bahseder. Me' haz Kanunla mukayesesinde kanunumuzun mabetlerde bulunan her türlü eşyayı nazara aldığı ve fakat mabetler haricinde bulunan eşyayı - bunlar dini işlerin icrasına tahsis edilmiş olsalar bile - himaye dışı bıraktığı neticesine varmak lâzım gelmektedir. Bu hüküm şayanı tenkittir. Mabetlerde bulunan her türlü eşyanın ve bilhassa doğrudan doğruya dini işlerin icrasında kullanılmayan eşyanın böyle hususî bir himayeden faydalanmasını izah güçtür. Buna mukabil dince mukaddes sayılan eşyaların hepsinin mabetlerde bulunması lâzım gelmez. Bilhassa hiristiyan dininde mabetlerin dışında bu çeşit eşyanın vucuduna rastlanmaktadır. "Kilise Çanı" nda bu çeşit eşya vasfı var mıdır? Mehz Kanunu serhedenler ve Fransız Mahkeme İctihadı, çan'ın müminleri dini ibadet ve ayine çağırmağa mahsus bir eşya olduğundan bu himayeden faydalanacağı fikrindedir (29). TCK. himayeyi "Mabetlerde bulunan eşya" ya inhisar ettirdiğine göre umumiyetle mabetlerin içinde değil, dışında bulunan Çan'ın - dinlerden birini tahkir maksadı ile bozulması, kırılması, yerinden çıkarılması gibi fiillerin 176. maddeye girip girmeyeceği tereddüdü mucip olabilir. Kanunun kullandığı "Mabetlerde" tabirini, "Mabedin Dahili" ne hasretmek doğru olmaz. "Mabedin Müştemilâtı"nı da mabede dahil saymak doğru olur.

Suç mevzuu olabilecek eşyanın - zannımıza göre - menkul olması şart değildir. İbadethanenin bir kısmını veya bütün ibadethaneyi yıkmak halinde - eğer fiil dinlerden birini tezyif saiki ile işlenmiş ise - 176. madde tatbik edilmelidir. Çünkü ibadethane içinde bulunan eşyayı yıkmak halini suç sayan bir hükmün, aynı mahiyette ve fakat daha ağır olan bir fiili ihtiva etmediği neticesine varılmaz. Azı cezalandıran bir hükmün çoğu da cezalandırdığı neticesine varmak mantık icabıdır.

Menkul olsun, gayri menkul olsun eşyanın maddi değerinin, kime ait olduğunun (bir tek kimseye veya bir cemaata ait olmasının) ehemmiyeti yoktur.

İbadethanede mevcut bir abide veya buna benzer eserleri "Dinlerden birini tezyif saiki" ile "tahrip etmek, bozmak, her hangi bir şekilde maddeten veya manen zarar vermek (Dini bir abidenin üzerine onu gü-

(29) Bk. Florian, ss. 258.

lünç hale sokacak bir şey koymak gibi) hallerini de 176. maddeye dahil telâkki etmek doğru olur. Bu gibi eserlerden 177. maddede sarahaten bahsedilmiş olması onları 176. maddenin dışında bırakmaz. Çünkü 177. madde dinlerden birini tezyif saikından gayri halleri cezalandırır.

Kanun suça vücut verecek fiili "Yıkma", "Bozma", "Yahut diğer bir suretle zarar vermek" şeklinde tasrih ediyor. "Yıkma" dan kanunun maksadı, tahrip etmektir. "Bozma" bahis konusu eşyanın, tahsis edildiği gayeye hizmet edemeyecek şekilde sokulmasıdır. Bu fiilleri kanun tadadi olarak tayin etmemekte ve her hangi bir şekilde eşyaya "zarar verecek fiiller" in suçu meydana getireceğini ilâve etmektedir. "Zarar vermek" tabirini, maddi zarar şeklinde anlamak doğru olmaz. Dine tahsis edilmiş eşyaya "Manen zarar vermek" dahi bu madde hükmüne dahil sayılmalıdır. Aksi takdirde hakaretimiz sayılan bir çok fiiller (camilerdeki mukaddes sayılan yazılara karşı hakaretimiz hareketlerde bulunmak gibi) bu eşyaya maddi bir zarar vermedikleri için 176. maddeden hariç kalacaklardır. Bu ise Kanunun Maksadına uygun değildir. Bu husus bilhassa bu çeşit eşyaya karşı söz ile vaki taarruzlar için mühimdir. Söz ile dahi manevî bir taaruzun mevcut olacağı hususunda müellifler ittifak halindedir (30).

Suçun manevi unsuru "Kast" ve "Hususî Kast" dır. Kanun umumî kasdı kâfi görmemekte ve bu fiillerin "Dinlerden birini tahkir maksadı ile" işlenmesini şart koşturmaktadır. Bu sebeple ibadethanede bulunan bir eşyayı tamir için kırmak mecburiyetinde kalan işçi bu suçu işlemiş olmaz. Hususî kast, bu suçu, maddi unsur bakımından benzerlik arzeden diğer fiillerden ayırır. Eğer hususî kast mevcut değilse fiil, nası ızzar (TCK. 516) Hırsızlık (TCK. 492, f. 5) veya başka bir suç olabilir (31). Hususî kast mevcut değilse fiil çok kere nâsı ızzar (TCK 516) teşkil eder. Çünkü 176. maddedeki fiil - kendisinde bir dini tezyif saikından ileri gelen bir hususiyet bulunan - bir nâsı ızzardan başka bir şey değildir. Bu sebeple Florian (32) bu fiilin hususî bir suç sayılmasını doğru bulmaz. Bu müellife göre bu gibi hallerin, nâsı ızzar suçunu şiddet sebebi sayılması doğru olurdu. Netekim abide ve heykeller hakkında Nası ızzar (TCK. 516. f. 3) ın şiddet sebebi şekli kabul edilmiştir. Kanunun 176 ve 516. maddelerinin içtima halinde yalnız 176. madde tatbik edilmelidir.

(30) Florian, ss. 257, Manzini, IV, n. 1126

(31) Manzini, IV, n. 1128

(32) ss. 170

“Tahkir Kasdı” tabirinin manası evvelce izah edilmişti. İtalyan Yargıtayı bu gibi eşyalara karşı tezyif saiki ile değil, dileğin kabul edilmesinden doğan hiddet neticesinde işlenen fiillerde “Hususî Kast” mevcut olmadığı neticesine varmıştır. İtalyan Yargıtay sar’alı olan karısının iyileşmesi için Meryem Anaya yalvaran, buna rağmen karısının iyileşmediğini gören ve bundan hiddetlenerek Meryem Ananın resmine silah ile ateş eden kimsede bu saik mevcut olmadığı neticesine varmıştır (33). Çalmak kasdı ile mabetlerde bulunan eşyayı tahrip veya bozmak bu suçu meydana getirmez. Bir ruhani memurdan intikam almak için bu çeşit eşyaların tahribi halinde de 176. madde tatbik edilemez.

Resen takibi müselzim olan bu suç hakkındaki Kamu Davasına eşyanın sahibi olan fert veya topluluk müdahil sıfatı ile iştirak edebilir. Fakat müdahil davacı ancak “Maddî Zarar’ın tazminini isteyebilir, “Manevi Zarar Tazminatı” isteyemez, çünkü hadisede “Bir şahsın veya bir ailenin şeref ve haysiyetini ihlal eden” bir cihet mevcut değildir (TCK 38)

2. Suçun umumî kast ile işlenmesi: TCK. nun 177. maddesine göre: “Bir kimse ibadethanelere konulmuş olan abide vesair bu gibi eserleri bozarsa” cezalandırılır. “Faydalanmak niyeti” mevcut olan hallerde hırsızlığa müteallik hükümler tatbik olunmalıdır, bk. TCK. 492, f. 5

Suçun maddi unsuru “Abide ve sair bu gibi eserleri bozmak” tır. Kanunun bu hükmünü - kullandığı ifade şekli dolayısı ile - tahdidi bir hüküm olarak kabule imkan yoktur. Kanun “Abide” leri tasrih ettikten sonra “Sair bu gibi eserleri” i işaret etmek istemiştir. Bu sebeble heykeller, bilumum tezyinat, divar yazıları, lavhalar, resimler, sembolik işaretler gibi hususları bu maddede zikredilen “Eserler” tabirine ithal etmek doğru olur (34).

Kanun kısaca “Bozmak” fiilinden bahsetmektedir. Şüphesiz tahrip etmek, kırmak veya maddi bir zarar mevcut olmasa bile abide ve sair gibi eserlerin ifade ettiği manayı değiştirecek (mesela onu gülünç hale sokacak) ilaveler “Bozmak” tabirine dahildir. Çünkü bu tabiri kanun umumî ve geniş mânada kullanmıştır.

Abide vesair bu gibi eserlerin “İbadethaneler” de bulunması lâzımdır. Bahis konusu olan mahallin, ibadete tahsis hususundaki iradenin devam etmekte olması lâzımdır. Terk edilmiş bir ibadethanede bu suç işlenmiş olamaz.

(33) Bk. Lucchini, m. 142, n. 4; Florian, ss. 257

(34) Heykeller için kşz. 3531 sayılı kanunun gerekçesi (Erem, Gerekçeli TCK. 516, not, 3, 4)

Kanun 175. maddesinde "Mabet", 177. maddesinde "İbadethane" tabirini kullanmıştır. Böyle farklı tabirler kullanmakta kanunun hususi bir maksadı olup olmadığını araştırmaya elverişli bir kaynaktan, resmi bir gerekçeden mahrumuz. Belki de Kanun Vazı "Türbeler" de bulunan eserleri de himayeye dahil etmek için 177. maddede "İbadethane" tabirini kullanmıştır.

Suçun manevi unsuru, sadece umumi kasıttır. Taksir (dikkatsizlikle bir eseri kırmak gibi) kâfi değildir. Kanun "Bozmak" fiilinin icrasındaki saika ehemmiyet vermemiştir. Evvelce söylediğimiz veçhile bu husus 176 ve 177. maddeler arasında esaslı bir fark teşkil eder.

Dinlerden birini tezyif saiki aranmadığına göre 177. maddedeki bu hükmün "Din hürriyeti aleyhinde cürümler" arasında yer almasında sebep yoktur. Mala karşı işlenen suçlara ait hükümlerle bu ihtiyacı karşılamak doğru olurdu (35).

B. ÖLÜLERE SAYGI DUYGUSUNA AYKIRI FİLLER

TCK. yalnız ölü insanın cesedini değil, ölünün gömüldüğü mahallerin de taarruzdan masun kalmasını sağlamak istemiştir.

a) Mezarlıklarla ilgili suçlar: TCK. nun 177. maddesine göre: "Bir kimse... kabristanlardaki mahkukatı bozar veya mezarları tahrip ederse" ve "Bunlardan birini telvis ederse" cezalandırılır.

Kanun tahdidi bir ifade şekli ihtiyar etmiştir. Kanun şu üç fiili cezalandırmaktadır: Kabristanlardaki mahkukatı bozmak, mezarları tahrip etmek, bunlardan birini telvis etmek.

Kanunun bu hükmünü Nası İzzar (TCK. 516, b. 3) ve Hırsızlık (TCK. 492, b. 4) hakkındaki hükümlerle karşılaştırılınca tereddüde düşülmektedir. Zannımıza göre bu hükümlerin tatbik edileceği hadiseleri tayinde failin gayesini araştırmak lâzımdır. Eğer failde başkasına zarar vermek veya eşyadan faydalanmak niyeti mevcut değilse ve 177. maddede zikredilen maddi unsurlar da mevcut ise hadiseye 177. maddenin tatbiki doğru olur.

Kanun, 177. maddesinde sadece "Kabristanlardaki mahkukatı bozmak" dan bahsediyor. Kabristanlardaki sair eşyayı, kanunun bu madde hükmünden niçin hariç bıraktığını izah etmek imkânsızdır.

İnsan bakiyesinin istirahatına tahsis edilmiş mahaller "Mezar" tabirine girer. Kanun "Mezarlık" değil, "Mezar" dan bahsettiğine göre münterit mezarlar da bu maddeye dahil sayılmalıdır (36).

(35) Bu hususta Bk. Manzini, IV. n. 1130

(36) Kşz. Manzini, IV, n. 1137

b) İnsan Bakıyesi Hakkında Suçlar: TCK. nun 178. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasına göre: "Bir kimse bir ölünün nâş ve kemikleri hakkında hakaret yapar yahut tahkir maksadı ile veya sair gayrı meşru bir maksada mebni tamamen veya kısmen birinin nâşını yahut kemiklerini alırsa" ve "Bunlar haricinde olarak bir kimse bir ölünün nâşını tamamen veya kısmen alır veya resmen ruhsat almaksızın bir nâşi mezardan çıkarır yahut kemiklerini alırsa" cezalandırılır.

Kanunun bu maddesi hükmü iyi kaleme alınmamıştır. Bu sebeble kanundan mana çıkarmak ta hayli güçtür. Bu madde beş çeşit fiili suç saymaktadır:

- 1) "Ölünün nâş ve kemikleri hakkında hakaret yapmak";
- 2) "Tahkir maksadı ile tamamen veya kısmen birinin nâşını yahut kemiklerini almak";
- 3) "Sair gayrı meşru bir maksada mebni tamamen veya kısmen birinin nâşını yahut kemiklerini almak";
- 4) "Bunlar haricinde olarak bir ölünün nâşını tamamen veya kısmen almak";
- 5) "Resmen ruhsat almaksızın bir nâşi mezardan çıkarmak yahut kemiklerini almak";

Bu beş ayrı fiili tetkik etmeden evvel hepsi hakkında müşterek hususlar üzerinde durmak faydalı olur: Kanunumuz suç mevzuu olan "Nâş" ve "Kemikleri"ni nazara almaktadır. Meyhaz Kanun "ölünün külleri" hakkında da bu suçun işlenebileceğini kabul eder. Memleketimizde umumiyetle ölünün yakılması ve küllerinin saklanması âdet halinde değildir. Fakat her hangi bir vatandaşın ölümü halinde cesedinin yakılmasını vasiyet etmesine kanuni mani yoktur. Kaldı ki ölünün yakılması hususu mevzuatımıza dahil olmuştur. (Umumî Hıfzıssıhha Kanunu, 224 - 226). "Cesedinin yakılmasını arzu ettiğini mübeyyin olup mevtanın hayatında iken yazdığı vesika veya bu hususta şifahen arzu izhar ettiğini işitenlerden lâakal üç zatın tahriri şahadet ve tasdikleri" (Umumî Hıfzıssıhha K. 225. n. 2) ile cesedin yakılma arzusu ile yerine getirilebilir. Bundan başka ceset bir kaza neticesinde de (mesela uçak kazalarında) kül haline gelmiş olabilir. Bu sebeble kanunumuzun - meyhazda olduğu gibi - ölünün külleri hakkında da bu suçun işlenebileceğini derpis etmesi doğru olurdu.

"Nâş" insan cesedi manasınadır. İnsandan doğan insan sayıldığına göre, kısmen hayvana benzeyen veya acube manzarası arzeden doğuklar dahî "Ceset" sayılmalıdır.

İnsan cesedi kime ait olursa olsun (ister ahlâk sahibi bir kimseye isterse bir katile ait olsun) müsavi surette himaye görür. Ölü doğukların 178. maddeye dahil "Nâş" sayılıp sayılamayacağı üzerinde tereddüd edi-

lebilir. Meyhaz Kanunu tatbik eden İtalyan Yargıtayının hiç olmazsa bir saniye yaşamış olmağı şart koştüğünü gösteren kararlarına rastlanmaktadır (37). Fakat bir çok İtalyan müellifi yargıtayın bu içtihadını tenkit etmektedir (38). Bazı Alman müellifleri de İtalyan Yargıtayı gibi düşüncüler. Meselâ Binding (39), ölü doğmuşları ceset tabirinin dışında sayar ve cesedi şöyle tarif eder: Yaşamış bir insanın cansız bakiyesi.

“Nâş” (= ceset) 178. maddedeki suçlara ne zamana kadar mevzu teşkil edebilir? Uzuvarların dağılması ile ceset, 178. maddedeki suçun mevzu olmaktan çıkar. Çünkü kanun cesedin parçalarını değil, kül halinde “Nâş”ı nazara almaktadır. Bir insan bakiyesinde beşeri şeklin mevcudiyeti kâfi ve zarurî sayılmalıdır. Vücutun bazı kısımlarının mevcut olmasının (mesela bir bacağın ve hatta kafanın mevcut olmamasının) ehemmiyeti yoktur. Fakat buna mukabil beşeri şekli temsile müsait olmayan bir uzuv parçası, tek başına ceset sayılamaz. Bu mütalâa ilkah mahsulü cisimler için de varittir. Yaşayan bir organizmadan tabii veya sun’i şekilde ayrılmış ve henüz insan vücudü şeklini alamadan harice atılmış düşük mahsülleri (rüşeym) de ceset sayılamaz.

“Mumyalar”ın ceset sayılıp sayılmayacağı, dolayısı ile 178. maddeye dahil olup olamayacağı hususu münakaşalıdır. Mumyaları ceset sayan müellifler vardır. Fakat ekseriyetle mumyalar bu madde hükmüne dahil sayılmamaktadır. Çünkü mumyanın aksamı, mevcudiyetini ikame ettirmekte ise de bu hal tabii kuvvetler neticesinde değil, insan mesaisi neticesindedir. Florian (40) mumyalar hakkında meselenin kesin olarak halledilmesine taraftar değildir. Bu müellife göre, mumyalar bazı hallerde birecessüs ve merak mevzuu olmaktan çıkar ve merhamet, saygı hissi tevhit edebilir, büyük adamların mumyalarında olduğu gibi. Bu gibi hallerde 178. maddedeki hukuki himaye için kâfi sebep var demektir.

1) “Ölünün naş ve kemikleri hakkında hakaret yapmak”! Kanunun bu ibaresi - Türkçe bakımından - doğru değildir. Çünkü “Hakaret Yapmak” tabiri Türkçeye uygun düşmemektedir. Fakat bu ifade zaafının kasdı olduğunu sanıyoruz. Çünkü kanunun bu hükmünün cezalandırmak istediği husus, bir ölünün cesedi veya kemikleri üzerinde hakaretimiz “Maddi Fiiller” işlenmiş olması halidir. Söz ile hakaret bu hükme dahil değildir. İşte kanunumuz “Hakaret Yapmak” yolundaki ibaresi ile bunu kasdetmek istemiştir. Bu sebeble söz ile hakaret suçu teşekkülü için kâfi

(37) Bk. Lucchini, m. 144, n. 4

(38) Manzini, IV, n. 1143; Florian, ss. 286

(39) Florian (- dan naklen), ss. 286

(40) ss. 286

değildir. Söz tezyifi tamamlar ve bilhassa failin saikını göstermek bakımından ehemmiyetlidir, fakat yalnız başına - yani ona fiiller refakat etmiyorsa - söz ile hakaret suçun objektif unsurunu teşkil edemez. Söz ile hakaret halinde 488. maddenin ikinci fıkrası hükmü tatbik olunmalıdır.

178. maddede bahis mevzuu olan failin "Hakaret Saikı" ile hareket etmiş olması değildir. Çünkü failde hakaret saikı mevcut olmaksızın da fiil "Hakaret Amiz" sayılabilir. Ceset üzerinde cinsi fiilleri işlemek gibi. Crespolani (41) ceset üzerinde cinsi temas halinde ırza geçmeye müteallik hükümlerin tatbikine taraftardır. Fakat müelliflerin çoğunluğu bu mütalaanın yanlışlığı ve bu gibi fiiller hakkında 178. maddenin tatbiki gerektiği fikrindedirler.

İtalyan Yargıtayına şöyle bir hadise intikal etmiştir. Ölmüş bulunan bir çocuğun fakir ebeveyninden bahşiş alamamış olan bir belediye mezar-cısı, kendisinin gömdüğü çocuğu mezardan çıkarıp ebeveyninin evine getirmiş ve çocuğun anasına, işte oğlunuz canlandı, diyerek cesedi oraya bırakmıştır. Bu hadise hakkında İtalyan Yargıtayı 178. maddenin tatbikine karar vermiştir (42). Bir cesedin bazı mahallerine dokunmak, bir cesedi kötü bir mahalle (meselâ helâya) koymak gibi hallerde de 178. madde tatbik olunur.

2) Tahkir maksadı ile tamamen veya kısmen birinin nâş ve kemiklerini almak": Kanunun bu ibaresinde kullanılan "Almak" tabirine bakılarak bu fiili "Hırsızlık" ile karıştırmak doğru olmaz. Çünkü ceset, mülkiyet konusu olarak himaye görmemektedir, ve esasen "Faydalanmak Niyeti" de bu mevzuda esas değildir. Failin saikı "Tahkir Niyeti"nde toplanmaktadır. Kanunun bu maddesinde kullanılan "Almak" tabiri, bir kimsenin hakkı olmadığı halde bir cesedi ziyetliği altına alması manasınadır.

3) "Sair gayrı meşru bir maksada mebni tamamen veya kısmen birinin nâşını yahut kemikleri almak": Bu ipotez bir yukarki ipotezden şöyle ayrılır: Yukarki ipotezde "Almak" fiili, faildeki "Tahkir Saikından" ileri gelmektedir. Bu ipotezde ise her türlü gayrı meşru saik ile işlenebilir. Batıl itikat, büyücülük, intikam vesaire gibi maksatlarla ceset veya kemikleri almak hali bu ipoteze dahildir (43).

4) "Bunlar haricinde bir ölünün nâşını tamamen veya kısmen almak": Bu ipotez ikinci ve üçüncü ipotezden yine saik bakımından ayrılır. Bu ipotezde fail cesedi hakaret veya her hangi gayrı meşru bir saik ile

(41) Florian (- dan naklen), s. 293, nt. I

(42) Bu karar için bk. Lucchini, m. 144, n. 5; Florian, ss. 286

(43) Bk. Lucchini, m. 144, n. 1

almamıştır, fakat kanun bir cesedi almağı bizatihi suç saymıştır. Bu sebeble meselâ hayatta en sevdiği kimsenin cesedini ailesinin ziyaret etmesine mani olmak için almak hali de bu ipoteze dahil sayılmalıdır.

5) “Resmen ruhsat almaksızın bir nâşi mezardan çıkarmak yahut kemiklerini almak”: Kanun bu hükmü ile her türlü meşru ve gayri meşru himayeden müstakil olarak bir cesedin mezardan çıkarılmasından bahsetmek istemektedir. Mehzaz kanunu şerheden müelliflerin mütalâasından da anlaşılacağı veçhile (44) kanun umumî hıfzıssihha mülâhazası ile bu hükmü vazetmiştir.

“Nâş” bakımından suçun maddi unsuru onu “Mezardan Çıkarmak”dır. Fakat bunun “Resmen Ruhsat Almaksızın” yapılmış olması lâzımdır. Çünkü adli tahkikat, ilmi gayeler veya yeni cesetlere yer hazırlamak gibi maksatlarla da nâş mezardan çıkarılabilir. Buradaki müsaade “Resmi Ruhsat” şeklindedir. Sadece ölünün yakınlarının müsaadesi kâfi değildir.

Kanunun bu hükmü ile Umumi Hıfzıssihha Kanununun 300. maddesi karşılaştırılınca bazı tereddütler ortaya çıkmaktadır. Umumi hıfzıssihha Kanununun bu maddesine göre “..... lazım gelen müsaadeyi almadan her hangi suretle olursa olsun mezarları açanlar altı aydan bir seneye kadar hapsedilir”. Halbuki 178. maddenin ikinci fıkrasındaki ceza “bir aydan iki aya kadar hapis” dir. Bir mezarı açmanın cezasının, bir cesedi mezardan çıkarmanın cezasından daha ağır olması ve bu fiillerin mevzuatımızda ayrı ayrı nazara alınması sebebini izah etmek imkânsızdır.

Bu fiil bir cürümdür. Bu sebeble “Kast”ın mevcudiyeti zaruridir. Bu sebeble cesedin mezardan çıkarılmış olması kasıt ile değil de dikkatsizlik veya tedbirsizlik yüzünden (meselâ başka bir maksat ile yapılan bir kazı neticesinde kazaen) husule gelmiş ise fiil suç değildir.

Eğer yukarda zikredilen suçlar, “Kabristana yahut ölü gömülmeğe mahsus sair mahallere memur olan veyahut kendilerine nâş ve kemikleri tevdi olunan kimseler tarafından” işlenecek olursa ceza arttırılır.

(44) Florian, ss. 286