

T.C.
Y A R G I T A Y
Sekizinci Ceza Dairesi

Y A R G I T A Y İ L A M I

ESAS NO : 1998/ 10296
KARAR NO : 1998/ 11672
TEBLİĞNAME NO: 8/ 82685

Halkı, din ve ırk farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa tahrik etmekten sanık Recep Tayyip Erdoğan'ın yapılan yargılanması sonunda; İCK.nun 312/2, 59. maddeleri gereğince 10 ay hapis ve 716.666, 666 lira ağır para cezası ile hükümlülüğüne dair (DIYARBAKIR) 3. Nolu Devlet Güvenlik Mahkemesinden verilen 21.4.1998 gün ve 36 esas, 69 karar sayılı hükmün süresi içinde Yargıtay'ca incelenmesi sanık ve killeri ve C.Savcısı tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı C. Başsavcılığından tebliğname ile 4.9.1998 günü daireye gönderilmekle incelenip gereği düşünüldü:

Esasen hükmedilen cezanın tür ve tutarı itibarıyla CMUK.nun 318. maddesi koşullarına uymayan ve yasal süreden sonra ek layiha ile vaki duruşma isteminin reddiyle evrak üzerinde inceleme yapılmasına oybirliğiyle karar verildikten sonra dosyanın tetkikinde;

Sanığa hürriyeti bağlayıcı ceza yanında hükmedilen ağır para cezasının kuruş küsuratının gösterilmesi yazım hatası kabul edilmiştir.

A) Hüküm konusu olay:

İrticai faaliyetlerin odağı haline geldiği gerekçesiyle hakkında Anayasa Mahkemesinde dava açılan ve sonradan kapatılan bir Siyasi Partinin lider kadrosundan olan sanığın, bu yargılama sürecinde Siirt İl Başkanlığınca düzenlenen açık hava toplantısına fahri hemşehrilik sıfatında taşıyarak konuşmacı olarak katılmış ve konuşmasına "minareler süngü, kubbeler miğfer, camiler kışlamız, müminler asker" şiirini okuyarak başlamış, hiçbir şeyin kendilerini sindiremeyeceğini, gökler yerler açılıp üzerlerine tufanlar yağsa, yanardağlar saçılrsa kendilerinin susturulamayacağını, yanardağ olup, yıldırım olup, ezanları susturanların karşısında patlayacaklarını ifade ile sürdürerek referansının islam olduğunu, bu ülkede inançlara saygı duyulmadığını, tefsire (yorum) değil mufessire (yorumcuya) bakılması gerektiğini, kula kulluk edilemeyeceğini, hakka kulluk edenlerden oldukları tablosunu çizmiş, bu konuşma hemen şiir sonrasında başlayan tek bir sesleri arasında sürüp gitmiştir.

B) Hüküm özeti:

CMUK.nun (delilleri takdir yetkisi) başlığı altında sevk edilen 254. maddesinin "Mahkeme irat ve ikame edilen delilleri duruşmadan ve tahkikattan edineceği kanaata göre takdir eder" hükmünün verdiği yetkiye dayanan mahkeme vicdani kanaatinin oluşması etkenlerini

1998/10296
1998/116/2

S/2

ayrıntıya yer vererek gösterip, sübutu kabul etmiş ve sanığı TCK.nun 312/2, 59.cu maddeleri gereğince cezalandırıp koşullarının bulunmadığı gerekçesiyle 647 Sayılı Kanunun 4 ve 6. maddelerini uygulanmamıştır.

C) Temyiz davası:

Yerel mahkemenin mahkumiyet kararına karşı, o yer C.Savcısı ve sanık vekilleri usul hukuku açısından; Bant çözümünü yapan polis memurlarına yemin verilmediği, sanığın son söz hakkından yoksun bırakıldığı, gerekçeli karşı oy yazısının hüküm fıkrasına yazılmadığı, TCK.nun 59. maddesi uygulandığı halde, çelişik gerekçeyle 647 Sayılı Kanunun 4-6. maddelerinin tatbik edilmediği, esas itibarıyla de suç öğelerinin oluşmadığı gibi nedenlere dayanarak hükmü temyiz etmişlerdir.

D) Hukuki değerlendirme:

TCK.nun 312/2. maddesi bir tehlike suçunu yaptırıma bağlamıştır. Madde, TCK.nun (Ammenin nizamı aleyhine işlenen cürümler) başlığı altında 5.nci babında yer almış, TCK.nun 311. maddesi (suç işleme-ye alenen tahriki), 312. maddesi (kapalı tahrik, dolayısıyla tahrik, endirekt tahriki) yaptırıma bağlamıştır.

Suç, doktrinde tipe uygunluk, hukuka aykırılık ve kusurluluk niteliklerine sahip bir eylemle ceza normunun ihlali olarak tanımlanmakta, bu niteliklere bir de özel ağırlık özelliğini ekleme gereği ifade edilmekte ve suçun niceliği olarak değerlendirilmektedir. Suç kastı, suçu teşkil eden fiili sonuçlarını bilerek ve isteyerek işleme iradesidir. Kast kavramında iradenin varlığı temel öğe olmakla birlikte, failde yasayı ihlal etme niyeti koşul kabul edilmemekte, hiç kimsenin kanuna karşı gelme güdüsüyle suç işleme niyeti, isteminin bizzatı eylem olduğu, ancak failde bu eylemin gayri meşruluğu bilincinin bulunması gereği benimsenmektedir.

Sanık konuşmasına, Büyük Türk Milliyetçisi Ziya Gökalp'in eserinden alınan Romanos Diogenos ile Alpaslan arasında yaklaşık bin yıl geride kalmış çağın gereklerine göre yazılmış, atışmayı yansıtan ve Bizans İmparatoru Diogen'in "Yaktırayım Kuran'ı, yıktırayım kabeyi, şarka gelen görmesin, minareli kubbeyi" değine Alpaslan'ın ağzından karşılık olarak kaleme alınan "minareler sungu, kubbeler miğfer, cami kışlamızdır, muminler asker," şiirinin ilk kıtasını gizleyip, soyutlayarak ikinci kıtayı okumakla başlamıştır.

Bu şiir örneğin 1071 Malazgirt savaşı yıldönümünde bir öğrenci tarafından okunsa, ancak tamamının okunması kaydıyla olağan kabul edilebilir.

Sanık, anti laik odaklaşması nedeniyle sonradan kapatılan bir Siyasi Partinin önde gelen isimlerindedir. Siirt'te eşi nedeniyle hemşehrilik berati almıştır. Yığınları etkileyebilme, özelliğinde mevki sahibi bir kişidir. Hitap ettiği kitle, o partinin mensuplarından oluşan (şekilli) kısmen sempatican ve kısmende meraklılardan oluşan (şekilsiz) karma bir topluluktur. Adli psikolojide bu topluluk yığın niteliğinde tanımlanmaktadır. Dini duyguları çok güçlü olan bu topluluk, birbirinin etki alanına gireceği gibi, yine Adli Psikolojide belirtildiği üzere lider konumundaki kişinin cesaret ve söylemine hayran kalır. Bazen bir haykırış, kişiyi sarsar, kişinin psikolojik

1998/10296
1998/11672

S/3

kudreti muayyen noktalarda yoğunlaşır. Iradenin (NEHIY) ögesi kaybolur. Bundan sonra yığınların eğilim ve hareketi düşünceden ziyade inşiyaka bağlanır. Yığın artık sürükleyicinin etkisi altındadır.. (Publiese) bunu buhar kazanına benzetmekte "yığın büyüdükçe heyecan artıkça buhar basıncının çoğalacağını artık enerjinin harekete dönüşümünün subap'ın açılmasına kalacağını" ifade etmektedir.

Sanık vekillerinin ilmi görüş olarak sunduğu yazılarda; tehlike suçlarının zarar suçlarından farklı olduğu, tehlike suçunu oluşturan hareketin ceza normu ile yaptırıma bağlanan tehlike şeklindeki sonuca vücut verip-veremeyeceği konusunda değerlendirme yapıp, sonuçunda tahrik, teşvik, övme gibi hareketlerin tehlikeyi yaratmak bakımından uygun ve elverişli olduğu belirlenebiliyorsa, suçun varlığı kabul edilmelidir. Gerçeği yer almaktadır.

Sanığın, kula kulluk edenlerle (Atatürk'çü laik kesimi), Hakk kulluk edenlerle (İslam, Şeriat ile bütünleştiren müslümanları) amaçladığı anlaşılmaktadır.

İslam dini, barış ve kardeşlik dinidir. Müslümanlar arasında ayırım yapmaz, Allah nezdinde kimin daha makbul müslüman olduğu sanığın takdirinde değildir. Kur'anın El Hucurat Suresinin 8.ci ayetinde "müminlerden iki taraf vuruşacak olursa aralarını bulup, barıştırın" denilmektedir. Sanık bir kesimi, diğeri aleyhine kapalı da olsa kişirtmektedir.

Anayasamız, başlangıç bölümünde "hiçbir düşünce ve mülahazanın, Türk Milli Menfaatlerinin, Türk Varlığının, Devleti ve Ülkesiyle bölünmezliği esasını, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin, Atatürk Milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği ve laiklik ilkesinin gereği kutsal din uygulamalarının Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı" görüşüyle takdim edilmektedir.

Anayasamızın 24.cü maddesi Din ve Vicdan hürriyetini güvence altına almakla beraber 14. maddeye atıfta bulunularak, bu özgürlüğün Dil, Irk, Din ve Mezhep ayrımı yaratmak amacıyla kullanılamayacağı, aksine davranışa ve hatta başkalarını bu yolda teşvik ve tahrik edenlere yasal yaptırım uygulanacağı öngörülüp, son fıkrasında da siyasi veya kişisel çıkar sağlama ya da nüfus sağlamak için, her ne suretle olursa olsun biçimindeki kapsamlı deyim ile din ve dini uygulamaların istismar edilemeyeceği, sınırlamasını getirmiştir.

Diğer yandan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ilke olarak din ve vicdan özgürlüğünün kişisel olacağı, siyasi kuruluş ve partilerin bu hakka sahip bulunmadığını benimsediği, Ülke bütünlüğü, kamu düzeni, ulusal güvenlik, suçun önlenmesi, yargı erkinin otorite ve saygınlığının sağlanması amacıyla ifade özgürlüğünün kısıtlanabileceğini öngördüğü bilinmektedir.

Her rejim gibi demokratik rejiminde kendini savunma hakkı vardır.

Uygulamada demokratik özgürlükçü düzenin savunma hakkı evrensel ilke bazında ele alınmaktadır.

Bu ilke 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 30.cü maddesinde yer almıştır.

Özgürlüklerin, özgürlüğü yok etme amacıyla kullanılmasını ya-

1998/10296
1998/11672

S/4

saklayan diğer Uluslararası Belge "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi" dir. 17. maddesinde benzer hüküm vardır.

1976 tarihli "Kişisel ve sosyal haklara ilişkin Uluslararası Sözleşme"nin her türlü ayrımcılığı, düşmanlığı, şiddete yol açacak Ulusal, Irksal, Dinsel nefret savunuculuğunu ve propagandasını yasakladığı görülmektedir.

Sanık vekilleri her ne kadar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine dayanarak herkesin düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahip olduğunu savunmakta iseler de, bu sözleşmenin 9 ve 10. maddelerinde, (Liberte D'expression) olarak tanımlanan anlatım özgürlüğünün kullanılmasının görev ve sorumluluk gerektireceğini, özellikle kamu güvenliği, düzenin korunması açısından yasal koşullara ve yaptırımlara bağlanabileceğini de ifade etmektedir.

Anayasamız laik Cumhuriyeti demokrasinin olmazsa olmaz koşulu kabul etmiştir. Demokratik sistemin karşıtı olan her türlü totaliter rejimin kişi hak ve özgürlüklerini önemsemeyip bireyi dışlayarak toplumu esas aldığı bir gerçektir. Bu nedenle laiklik esasına dayalı demokratik sistemin insan doğasına ve onuruna en uygun sistem olduğu ve hiç kimsenin bu sistemin kendine tanıdığı hak ve özgürlükleri bireyi kul durumuna düşüren totaliter rejimin gelmesi uğrunda kullanma hakkı yoktur. Başka bir deyişle "demokratik hak ve özgürlükler demokrasiyi yok etmek için kullanılamaz."

Sanık savaş çağrısı yapmaktadır.

TCK.nun 312/2. maddesi, antidemokratik boyutta görülebilir.

Ancak hakimin iyi yasa, kötü yasa ayrımı yapma yetkisi yoktur. Hakim yasayı uygular. Yasalar hakkında siyasi platformda tartışmalar varsa çözümünü sağlamak yasama görevini üstlenen anayasal merciindir.

Sanık vekillerinin suç öğelerinin oluşmadığına ilişkin temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde görülmemiştir.

Usuli itirazlara gelince; iki polis tarafından çözümü yapılan konuşma bandının sanık tarafından da çözümlenen bir örneği dosyaya ithal edilmiş ve ikrar karşısında bu kişilere yemin verilmemiş olması hukuki eksiklik sayılmamış, sanık duruşmadan varestede tutulmasını istemiş, vekillerine son söz verilmiş, muhalif üyenin karşı düşüncesi hüküm fıkrası altına yazılmış, TCK.nun 59. maddesi sanığın duruşmadaki davranışlarıyla ilgili gözleme dayandırılmış, 64/ Sayılı Kanunun 4 ve 6. maddelerinin uygulanmayışı yolunda gösterilen yasal gerekçe ile bir çelişki yaratmadığı görülmüştür. Bu itibarla temyiz itirazları yerinde değildir.

Bir hüküm, gerekçe yokluğundan yada yetersizliğinden bozulabilirse de dosya içeriğine uygun gerekçenin abartılı ve ayrıntılı olması nedeniyle beğenilmemesinden bozulamaz. Diğer yandan, Usul Hukukumuzda savcığı red müessesesi yoktur. Yargıtay'da tebliğnameyi kim düzenlerse düzenlesin C.Başsavcısı adına düzenler, asli görev ve sorumluluk C.Başsavcısına aittir. C.Başsavcısı ikna yeteneğini kullanması açısından hukuki platformda kişisel düşünce ve kanaatini dava konusu dışına da taşarak açıklamışsada, bu ayrıntı Yargıtay'ca değerlendirilebilir. Ancak, red yetkisi vermez. Sonuçta tebliğname hükmün onanmasını istemiş, dairesimiz kendi hukuki değerlendirmesine göre gerekçelerini göstererek belirli ve sınırlı ölçüde tebliğnamedeki düşüncüyü benimsemiştir.

1998/10296
1998/11672

S/5

SONUÇ VE KARAR:

Toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanığın suçunun subutu kabul, soruşturma sonuçlarına uygun biçimde suç niteliği tayin edilip savunması incelenerek tartışılıp reddolunmuş, ceza uygulaması yerinde görülmüş, temyiz itirazları varit bulunmamış olmakla, hükmün tebliğname vechile (**ONANMASINA**), 23.9.1998 gününde üye Muhittin Mihçak'ın sanığın beraati yönündeki karşı düşüncesiyle oyçokluğuyla karar verildi.

Başkan	Uye	Uye	Uye	Uye
N.Unver	U.Kızılkılıç	S.Çetinkol	M.Mihçak (K.D)	Y.K.Doğan

KARŞI OY YAZISI:

6.12.1997 günü Siirt ilinde yasal olarak tertip edilen açık hava toplantısında, İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanı olan sanık Recep Tayyip Erdoğan konuşmasına, Ziya Gökalp'in "minareler süngü, kubbeler miğfer, camiler kışlamız, mü'minler asker mısraları ile başlayıp," ... imanımla övündüğümüz ecdadımızı hiçbir şeyin sindiremiyeceğini, Türk'ün ecdadını zaferden zaferle koşturan şeyin inanç birliği olduğunu, yanlış zihniyetlerin ülkeyi sıkıntıya soktuğunu, Siirt'de açlık, işsizlik olduğunu, bunun uygun olmayan kişilere seçimlerde oy verilmesinden kaynaklandığını, Siirt'lileri kendilerinin eniştesi, damadı olarak değil, Allah yarattığı için sevdiğini, referansının İslam olduğunu, zira kendisinin insan olup tornadan çıkmış demir parçası olmadığını, bu nedenle inancını rahatlıkla söylemesi gerektiğini" belirttikten sonra, İstiklal marşımızın "Bu ezanlar ki şahadetleri dinin temeli,

Ebedi yurdumun üstünde benim inlemeli,
Kim bu cennet vatanın uğruna olmaz ki feda,
Şüheda fışkıracak, toprağı sıksan şüheda,
Canı, cananı bütün varımı alsın da hüda,

Etmesin beni tek vatanımdan beni dünyada cüda," mısralarını okuyup, "... kardeşler, İstiklal Marşımız bizim manifes--tomuzdur, kuvvetimizi İstiklal marşının ruhundan alıyoruz, bu nedenle İstiklal Marşındaki (hakkıdır hakka tapan milletimin İstiklal) dendiği gibi, kula kul değil hakka kul olacağız" diyerek, yapılan zamlardan kendisinin sorumlu olmadığını, zam sorumlusunun Ankara olduğunu, ülkede meydana gelen selden dahi bir kısım grupların kendisini sorumlu tutmaya kalktığını, bunların yanlış olduğunu, zihniyetler ne olursa olsun, düşünceler ne olursa olsun, insanların doğrularda birleşmelerini, bir olup, beraber olup, bütün olup, ülkedeki yanlışları denetmeleri gerektiğini, kendisinin Belediye Başkanı olarak 27.500 öğrenciye eğitim yardımı yaptığını, bu yardımın halkın parası olduğunu, muhaliflerinin demokrasiye inanmadıklarını ve yalan konuştuklarını,

..

1998/10296
1998/11672

S/6

artık sözlerinin sonuna geldiğini, Türk-Kürt, Laz-Çerkez, Arap-Beyaz, Doğulu-Batılı, Kuzeyli-Güneyli şeklinde ayırım yapmayı birlik ve beraberlik içinde olmaya mecbur bulduklarını, zira birbirlerini bağlayan bağlar olduğunu, bu toplumda 70 milyonu ayırt etmeksizin sevdiğini, hepimizin Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olduğunu, inançlara, fikre, düşünceye kimsenin müdahale etmemesi gerektiğini, 780 bin kilometre karelik vatanın bir ve bütün ve parçalanmaz olduğunu, dünyanın yeniden yapılanma dönemine gireceğini, herkesin fikrinde, düşüncesinde, inancında hür ve serbest olacağını, kula kul olmayan, hakka kul olan, beraberce, bütün olarak, barışa, sevgiye, kardeşliğe dayalı bir Türkiye kurmaya hazır olmaları gerektiğini, belirterek Necip Fazıl'ın,

Mihraptan ilahi kelimeler geliyor yere düşmüş,
Selam geliyor ne para ne pul ne makam ne mevki,
Savulun kalplere adil düzen geliyor,

şeklindeki şiirini okuyarak konuşmasını tamamlamış bulunmaktadır. Davaya ve mahkumiyete konu olan yukarıda belirtilen bu konumada TCK.nun 312/2. maddesinde belirtilen (Halkı, sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik eden kimse... cezalandırılır) suçunun yasal unsurları bulunmamaktadır.

Çünkü;

A) AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ YONUNDEN YAPILAN

İNCELEMEDE:

Roma, 4 Kasım 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Türkiye 1954 yılında taraf olmuş olup, sözleşme gereği komisyon, mahkeme ve bakanlar komitesinden oluşan üç organı bulunmaktadır. Türkiye, komisyonun bireylerden başvuru alma yetkisine 1987'den bu yana, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yargılama yetkisinde 1990'dan bu yana kabul etmiş, bu şekilde adı geçen sözleşme Türk İç Hukukunun bir parçası haline gelmiştir. Bu mahkemenin işlevi, devletlerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine uymalarını sağlamak için bir çeşit Avrupa denetimi yapmaktır. Bu sözleşmeyi imzalamış olan devletlerin birinde hakları çiğnenen herkes, önce iç kanun yollarını tüketir; hala hakkını alamadıysa o zaman milli düzeyde elde ettiği ve fakat tatmin olmadığı karardan itibaren 6 ay içinde Strazburg'a başvurabilir. Bu güne kadar 1800 civarında kişi Strazburg'a başvurmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin insan haklarına ilişkin kriterleri belirten 10. maddesi aynen şöyledir:

Madde 10: 1- Herkes anlatım özgürlüğüne (Liberte d'expression) sahiptir. Bu hak, düşünce özgürlüğünden başka, resmi makamlar karışmaksızın ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın, haber ve düşünce almak yada vermek özgürlüğünü içerir. Bu madde, devletin radyo, sinema yada televizyon işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmasını engellemez.

2- Kullanılması görev ve sorumluluk gerektiren bu özgürlükler, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün, kamu güvenliğinin, düzeni korumanın, suçun önlenmesinin, sağlığın yada ahlakın ve başkalarının ünü yada haklarının korunması için, demokratik bir toplulukta zorunlu önlemler niteliğinde olarak, gizli haberlerin açıklanmasının

1998/10296
1998/11672

S/7

engellenmesi yada yargı erkinin üstünlüğünün ve yansızlığının sağlanması bakımından, kanunla belirli işlemlere, koşullara, sınırlamalara yada yaptırımlara bağlı tutulabilir.

Bu açıklamalardan sonra belirtmek gerekir ki, Birleşmiş Milletler "dinsel hoşgörüsüzlüğün önlenmesi" bildirgesi yanında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin yukarıda belirtilen 10. maddesinde yer alan ifade özgürlüğü bakımından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yerleşmiş içtihatlarına göre, bir beyanın 10. maddenin 2. fıkrası çerçevesinde cezalandırılabilir telakki edilebilmesi için, sürekli olarak aranan şartlar şunlardır;

1- İfade hürriyeti demokratik bir toplumun asıl temel unsurlarından birisidir ve kişileri sarsan, rahatsız eden, fikri ve düşüncelerin ifade edilebilmesi de 10. maddenin güvencesi altındadır.

2- Her özgürlük için olduğu gibi, ifade hürriyetinin kullanımında 10. maddenin 2. fıkrasında belirtilen istisnalara girdiğinde kısıtlanabilir ve ihlaller cezalandırılabilir. Ancak 2. fıkradaki istisnaların dar yorumlanması zorunludur.

3- 10. maddenin 2. fıkrasındaki kısıtlamanın meşru sayılabilmesi için demokratik bir toplumda kabul edilebilecek zorunlu, mübrem, hemen tatmini gereken bir sosyal ihtiyacı karşılar nitelikte olması lazımdır. Acil ihtiyacı tayin bakımından devletlerin bir takdir payı olduğu kuşkusuzsa da, bu takdiri ve değerlendirmeyi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi denetlemekte ve kararlar bağımsız milli mahkemelerce verilse bile arz olunan esaslar geçerli sayılmaktadır.

4- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarına göre, düşünceyi ifade eden konuşma veya yazı bütünüyle ele alınmalı ve 2. fıkranın koruma imkanının verdiği yani izlediği meşru amaçlarla orantılı olup-olmadığı, yazı veya sözlerin olaylarla doğrudan doğruya ilgili ve müeyyidelendirmek bakımından yeterli bulunup-bulunmadığı tesbit edilmelidir.

Bu açıklamaların ışığında, Türk İç Hukukunun ayrılmaz bir parçası haline gelen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde konuşma metni incelendiğinde; 10. maddenin 1. fıkrasının verdiği özgürlük içerisinde kaldığı, aynı maddenin 2. fıkrasında belirtilen (demokratik bir toplumda zorunlu önlemler niteliğinde olarak ulusal güvenliğini, Türkiye'nin toprak bütünlüğünü, kamu güvenliğini, düzeni korumayı, suçun önlenmesini, sağlığın ve ahlakın ve başkalarının ünü ve haklarının korunmasını, gizli haberlerin açıklanmasının engellenmesini, yargı erkinin üstünlüğünün ve yansızlığının sağlanmasını) ihlal edecek herhangi bir hususu içermediği, sosyal ve siyasi kanaatları ifade ve dini düşünceleri açıklama çerçevesi içerisinde kaldığı görülmektedir. Bu nedenlerle; sanığın suça konu konuşması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine göre suç teşkil etmemektedir.

B) İCK.nun 312/2. maddesi bakımından yapılan incelemede;

İCK.nun 312/2. maddesindeki suç "TEHLİKE SUÇU" olup, maddi suçlarda olduğu gibi, fiilin oluşması için failin kastettiği sonucu meydana gelmesi aranmaz. Gerek Türk, gerek yabancı öğretide, tahrik, teşvik eylemlerinin normun önlemek istediği tehlikeyi yaratmaya uygunluğu halinde suç sayılacağı kabul edilmektedir. Normun önlemek istediği "TEHLİKE" halkın kin ve düşmanlığa AÇIKÇA TAHİRİK edilmesidir.

1998/10296
1998/11672

S/8

Bu durumda suçun işlenmesi yani suçun varlığının kabulü için, failin özel kasıtle değinilen tehlikeyi yaratmaya uygun "AÇIKÇA AY-RIMCI" hareketler yapmasına bağlıdır. (TCK.nun 312. maddesinin benze-ri olan İtalyan Ceza Yasasının 414. maddesine ilişkin aynı görüşteki İtalyan Yargıtay'ının 15 Ocak 1991 tarih 350 sayılı kararı için Bkz. Alibrandi L.II.Cudice Penale Commentato Pet Articolo Con la giuris-prudenza 1996 Sh. 1155)

Aksi takdirde, tehlike suçlarında hareketin tehlike neticesi yaratmaya uygunluğu saptanmadan, salt "BEYAN" şeklindeki hareket ne-deniyile hüküm verilmesi, Sadece düşüncenin suç sayılması anlamına ge-lir. (Bkz. Ç.Özek.Basın Hukuku, İstanbul 1978 Sh.348 vs.)

1982 Anayasasının 24. maddesinde "Herkez, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir" açıklaması belirtilerek, Anayasanın 25. maddesinde de "kişi, düşünce ve kanaatları sebebiyle kınanamaz, suçlanamaz" denilmektedir. Ayrıca Anayasa Mahkemesinin 4.11.1986 gün 11/26 sayılı kararında aynen;

"Laik Devlete herkes dinini seçmekte ve inançlarını açığa vurabilemekte, tanınmış olan din ve vicdan özgürlüğünün sınırları içerisinde serbest kalmaktadır. Hiçbir dini itikadı olmayanlar içinde durum aynıdır. Laik bir toplumda herkes istediği dine ya da inanca sahip olabilir. Bu husus yasa koyucunun hertürlü etki ve müdahalesinin dışındadır. Gerçek vicdan hürriyetinden ancak laik olan ülkelerde söze-dilebilir. Dinlerden birini Devlet olarak tercih fikri, ayrı dinlere mensup vatandaşların kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı düşer. Laik Devlet din konusunda inancına bakmaksızın yurttaşlara eşit davranan tutmayan Devlettir" denilmektedir.

Yukarıda açıklanan yasal ve hukuki düzenlemeler açısından, sanığın konuşması; yerleşmiş Yargıtay İctihatları ve doktrininin de kabul ettiği üzere bir bütün olarak ele alınıp incelendiğinde;

Sanık seçimle İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığına gelmiş olup, siyasi bir kişiliği bulanmakla, bütün vatandaşların sahip olduğu "ELESTİRİ HAKKI" öncelikle siyaset adamı kişiliği itibariyle sanığın hakkı olduğu inkar edilemez. Hakkını kullanan kişinin sorumluluğunun olamayacağı da hukukun ana kuralıdır.

Sanık Recep Tayyip Erdoğan konuşmasının başında, Mustafa Kemal Atatürk'ün (benim ilham kaynağım) dediği ve Türkiye Cumhuriyeti Devletinin resmi ideolojisinin fikir babası olarak tanınan ünlü şair Ziya Gökalp'in Milli Eğitim Bakanlığınca kabul edilen (Türk ve Türk lük) adlı kitabında bulunan Romen Diogen ile Alpaslan arasında geçtiği tahayyül edilen şirden alınan iki mısrayı okuması, şirin tamamını okumaması karşısında Yargıtay'ın yerleşmiş icthaatları ilede belirlendiği gibi bütününden soyutlanmış söz ve yazılara dayanılarak hüküm verilemeyeceğinden, şirin tümü bilinmeden ve sanığın kendisine ait olmıyan okuduğu bu iki mısraya dayanılarak sonuç çıkarmak hukuken uygun bulunmadığı gibi, değinilen mısralar bütün konuşma ile birlikte ele alındığında da, dinsel duyguların dile getirilmesinden öte bir anlam taşımamaktadır. Sanık evrensel bir hak olan dini duygu ve düşüncelerini açıklamasının yanında, referansının İslam olduğunu, bunda insan olmaktan doğan bir hak bulunduğunu belirtmesi, İstiklal Marşının bazı kıtalarını okuyarak İstiklal Marşının manifestomuzdur

1998/10296
1998/116/2

S/9

demesi, siyasi kişiliği nedeniyle yaptığı hizmetleri belirten bir kısım açıklamalardan sonra insanların fikir, düşünce, inanç özgürlüğünün bulunması gerektiğini ve bütün insanlar arasında ayırım yapmaksızın birlikten, bütünlükten yana olduğunu belirtip birleştirici, barışa, sevgiye dayalı Türkiye arzuladığını dile getirerek tamamladığı konuşmasının TCK.nun 312/2. maddesindeki suçu oluşturmadığı gibi herhangi bir suçta teşkil etmediği kesinlik kazanmaktadır.

Sanığın suç tarihinden sonra Anayasa Mahkemesince kapatılan Refah Partisinin mensubu olmasının, Anayasamızın 38. maddesinde ifadesini bulan (CEZA SORUMLULUĞU SAHSİDİR) ilkesinden de anlaşıldığı üzere, başkasının fiilinden sorumlu olmayıp sadece kendi eylem ve yaptıklarından kişinin sorumlu tutulması gerekeceğinden, sanığın adı geçen partiye mensup olması nedeniyle suçlu kabul edilemeyeceği tartışmasız bir gerçektir.

C) Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer 3.12.1997 günlü mütalaasında (sanık konuşmasının başında islami nitelikte iki mısraı okumasının anlamının, müminler için savaşta manevi güçlenmenin, islamın kutsal sembolleri olan cami, kubbe ve minarelerden ibaret bulunduğu tarzında yansıtılması gerektiği, savaşa girmeden önce abdest alıp kendi şahadet namazını kılma geleneğine sahip Türk milleti ve onun asker evlatları bakımından bu mısralarda sosyal veya siyasi yönden gericiliği ve irticai tahrik edici bir niteliğin bulunmadığını, Türk'ün ecdadınının zaferden zafere koşturan şeyin inanç birliği olduğunu, zihniyet farklılığından ülkede sorunlar meydana geldiğini, referansının islam olduğunu, istiklal marşının kendilerinin manifestosu olduğunu belirtmesinin Türk milletinin istiklal marşını devletin sembolü olarak kabul etmiş olduğuna göre bu marşın bütün Türk vatandaşları için manifesto sayılması gerektiğini, konuşmasının sonunda sanığın toplumun 70 milyonunun herhangi bir ferдинin ayırım yapılmaksızın sevilmesi icap ettiğini, fikre, düşünceye kimsenin müdahale etmemesi gerektiğini, vatanın bir bütün olduğunu ve parçalanamayacağını belirtilmiş olduğuna göre, gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, gerek TCK.nun 312/2. maddesindeki hüküm bakımından sanığın konuşmasının suç oluşturmadığı gibi herhangi bir suçta teşkil edemeyeceği) belirtilmiştir.

Prof.Dr.Cetin Ozek 5 Ocak 1998 günlü mütalaasında (sanığın konuşması bir bütün olarak ele alınıp değerlendirildiğinde, gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesi gerek TCK.nun 312/2. maddesi açısından suç oluşturmadığı, bir şiirden alınmış iki mısranın okunmasının ülkemizde hala suçlama nedeni olmasından duyduğu elemlile dile getirdiğini, Yargıtayımızın değişik kararlarında bütününden sonuçlandırılmış söz ve yazılara dayanılarak hüküm verilemeyeceğini benimsendiğini, şiirin tümü bilinmeden iki mısraya dayanılarak sonuç çıkarılamayacağını ancak dinsel duyguları dile getirmiş olduğunu konuşmasının tamamında suç oluşturmadığını) açıklamıştır.

Prof.Dr. Uğur Alacakaptan 10.3.1998 günlü mütalaasında (Ord. Prof.Dr. Sulhi Dönmezer ve Prof.Dr. Çetin Ozek tarafından yapılan analiz ve değerlendirmelere tamamen katıldığını muhayyel şiirsel bir çatışma ile milli marşımızın bir bölümünün suç unsuru sayılmasından duyduğu şaşkınlığı belirterek, sanığın konuşmasının TCK.nun 312. mad-

1998/10296
1998/11672

S/10

desinde açıklanan suç tipini oluşturmadığı gibi bir başka ceza hükmünde yer alan suçun unsurlarının da bulunmadığını) dile getirmiştir.

D) SONUÇ:

Yukarıda nedenleri detaylı olarak açıklandığı üzere:

Sanık Recep Tayyip Erdoğan'ın yaptığı konuşmanın başında okuduğu şiirin iki mısrası ile konuşması bir bütün olarak ele alındığında; İç Hukukumuzun parçası haline gelen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesinin 1. fıkrasında zikredilen özgürlük içerisinde kaldığı, aynı maddenin ikinci fıkrasına aykırılık teşkil etmediği gibi, TCK.nun 312/2. maddesinde yer alan halkı sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik etme suçunu oluşturmadığı ve ayrıca başka herhangi bir suç tipini de meydana getirmediği gibi,

AKSİNE; Sanığın hala aşiret düzeninin varolduğu, çok azalmış da olsa şeyhlik ve muritlik ilişkilerinin mevcut bulunduğu bir bölgede kula kul olunmamasını, herkesin insan olup birlik ve beraberlik içinde fikrinde, düşüncesinde inancında hür ve serbest olarak, sevgiye kardeşliğe dayalı bir bütün olarak Türkiye'nin kurulması gerektiğini ifade etmesinin birleştirici özellik taşıdığı bu bağlamda demokratik bir anlayışın savunuculuğunu dile getirdiği bu nedenlerle sanığın beraatine karar verilmesi icap ettiğinden, mahkumiyet hükmünün açıklanan nedenlerle bozulması düşüncesinde olduğumdan sayın çoğunluğun mahkumiyet kararının onanmasına yönelik görüşlerine katılmıyorum.
23.9.1998

UYE
M.MIHCAK

Başkan

Karşılaştırıldı.
Yazı İşleri Md.

HA