D.11/2023 Birleştirilmiş

 Yargıtay/Ceza No:45/2019 ve 46/2019

 (Lefkoşa Ceza Dava No:5106/2018)

YÜKSEK MAHKEME HUZURUNDA.

Mahkeme Heyeti: Bertan Özerdağ, Beril Çağdal, Peri Hakkı

 Yargıtay/Ceza No:45/2019

 (Lefkoşa Ceza Dava No.5106/2018)

İstinaf Eden: KKTC Başsavcısı-Lefkoşa.

 (Davayı İkame Eden)

 İle

Aleyhine İstinaf Edilen: Afrika Yayıncılık Ltd. K/Çiftlik –

 Lefkoşa.

 (Sanık 1)

 A r a s ı n d a.

 Yargıtay/Ceza No:46/2019

 (Lefkoşa Ceza Dava No.5106/2018)

İstinaf Eden: KKTC Başsavcısı – Lefkoşa.

 (Davayı İkame Eden)

 İle

Aleyhine İstinaf Edilen: Şener Levent, K/Çiftlik – Lefkoşa.

 (Sanık 2)

 A r a s ı n d a.

İstinaf eden namına: Savcı Ergin Atıcı

Aleyhine istinaf edilen namına: Avukat Tacan Reynar

Lefkoşa Kaza Mahkemesi Yargıcı Cenkay İnan’ın, 5106/2018 sayılı davada, 16.5.2019 tarihinde verdiği karara karşı, İddia Makamı tarafından yapılan istinaflardır.

------------

**K A R A R**

Bertan Özerdağ: Bu istinafta iki ayrı karar mevcuttur. Kararlar sırasıyla okunacaktır.

Beril Çağdal: Aleyhine İstinaf Edilen Sanıklar (bundan böyle yerine göre Sanık 1, Sanık 2 veya Sanıklar olarak anılacaktır) aleyhine Lefkoşa Kaza Mahkemesi’nde;

 “ Fasıl 154 Ceza Yasası’nın 20,35 ve 68. maddelerine

 aykırı, 8.12.2017 tarihinde, Lefkoşa’da, KKTC’de

 hazırlanıp yayınlanan Afrika isimli gazetede, herhangi

 bir haklı sebep veya mazaretleri olmaksızın Türkiye

 Cumhuriyeti ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti arasındaki

 huzur ve dostluğu bozmak kastıyle Türkiye Cumhuriyetini

 temsil eden Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı Sayın Recep

 Tayyip Erdoğan’ı küçük düşürmek, tahkir etmek, nefret ve

 hakarete uğratmak amacıyle “Yunan gözüyle………” başlığı

 altında çerçeve içerisinde, arka planda Yunanistan

 Bayrağı, onun önünde çıplak vaziyette ve ayakta duran bir

 erkek heykelin Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı Sayın

 Recep Tayyip Erdoğan’ın baş kısmının yer aldığı resme

 işer durumundaki resmi yayınlayarak yabancı devlet

 yetkilisi olan Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı Sayın

 Recep Tayyip Erdoğan’a hakaret etmek.”

 ithamıyla dava getirilmiştir. Sanıkların aleyhlerine ge-tirilen davayı kabul etmemeleri üzerine yapılan duruşma sonrasında Alt Mahkeme her iki Sanığı da aleyhine getirilen davadan beraat ettirmiştir. İstinaf Eden KKTC Başsavcısı (bundan böyle sadece İddia Makamı olarak anılacaktır) tarafından Alt Mahkemenin beraat kararına ilişkin huzurumuzdaki istinafları dosyalamıştır. Her iki Sanık aleyhine dosyalanan istinaflar birleştirilerek dinlenmiştir.

İSTİNAFA İLİŞKİN OLGULAR

 Bu istinafın konusunu teşkil eden kolaj tekniğiyle yapıl-mış resim (bundan böyle sadece kolaj olarak anılacaktır) 8.12.2017 tarihli Afrika Gazete’sinde yayımlanmıştır. Kolajın sağ üst kısmında “Yunan gözüyle ……………” şeklinde bir başlık yer almakta; bunun altında çerçeve içerisinde, çerçevenin sağ yarısında ayakta duran çıplak erkek heykeli, çerçevenin sol alt kısmında T.C. Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan’ın başının yer aldığı küçük bir resme işemektedir.

 Alt Mahkeme huzurundaki duruşmada Sanık 1, Afrika Yayıncı-lık Ltd. yetkilisi Ali Osman Tabak tarafından temsil edilmiş-tir. Sanık 2 ise gazetenin sahibi ve Genel Yayın Yönetmeni olan Şener Levent’tir. Aşağıda gösterilenler, Alt Mahkeme tarafından ihtilafsız olgu olarak belirlenmiş olup istinaf aşamasında tartışma konusu yapılmamıştır:

1. **Sanık 1 Ali Osman Tabak Sanık 2’nin direktörü ve yazarı-dır.**
2. **Sanık 2 konu gazetenin hissedarı ve genel yayın yönetme-nidir.**
3. **Davaya konu yayın 8.12.2017 tarihli Afrika Gazetesi’nin 9.sayfasında Sanıklar tarafından yayımlandı.**
4. **Dava konusu yayın tarihinde ve halen Recep Tayyip Erdoğan Türkiye Cumhuriyeti’nin Cumhurbaşkanıdır.**
5. **Dava konusu yayından kısa bir süre önce Recep Tayyip Erdoğan Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı sıfatı ile Yunanistan’ı ziyaret etti.**

İSTİNAF SEBEPLERİ

 Savcılık tarafından dosyalanan her iki istinaf ihbarname-sinde de 28 istinaf sebebi bulunmaktadır. İstinafın dinlenmesi aşamasında yapılan iddialar kapsamında bunların 4 başlık altında toplanması mümkündür. Şöyle ki:

1. **Alt Mahkeme Sanıkların haklı bir sebep veya mazeretleri olduğu bulgusunu yapmakla hatalı davranmıştır.**
2. **Alt Mahkeme; Dava konusu kolajın T.C. Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan’ı küçük düşürmek, tahkir etmek ve hakarete uğratmak eğiliminde olmadığı bulgusunu yapmakla hatalı davranmıştır.**
3. **Alt Mahkeme; Sanıkların suçun niyet unsurunu taşımadıkla-rı ve/veya niyet unsurunu ortaya koyacak şahadet olmadı-ğına dair bulguya varmakla hata etmiştir.**
4. **Alt Mahkeme; Sanıkları aleyhlerine getirilen davadan mah-kûm etmemekle hatalı davranmıştır.**

TARAFLARIN İDDİA VE ARGÜMANLARI

 Savcı hitabında özetle, Emare 1 kolajın Alt Mahkeme tarafından hatalı değerlendirildiğini; heykelin Recep Tayyip Erdoğan’ın başına işemesinin Alt Mahkemece yorumlanmadığını; Alt Mahkemenin makul bir vatandaşın yerine geçerek bu görselin ne anlama geldiğini değerlendirmediğini ileri sürmüştür. Savcı, Alt Mahkemenin İddia Makamı tanıklarının şahadetini yanlış değerlendirdiğini; davaya konu kolajın Recep Tayyip Erdoğan’ı küçük düşürmek, tahkir etmek ve hakarete uğratmak eğiliminde olup olmadığı hususunu irdelerken İddia Makamı tanıklarının bir kısmının yayının hakaret içerip Recep Tayyip Erdoğan’ın kişilik haklarını rencide ettiği ve eleştiri içermediği şeklinde şahadet sunmalarının; Tanık 15 ve Tanık 16’nın ise yayının hakaret içermediğini belirtmiş olmalarının çelişki olarak değerlendirilmesinin hatalı olduğunu ileri sürmüştür.

 Savcı hitabında, ayrıca İddia Makamı Tanıkları İsa Sevindik, Prof.Dr.Hüseyin Oğuz, Doç.Dr.Metin Ersoy ve Metin Karadağ’ın şahadetlerinde yayının nefret içerdiğini söylemele-rine karşın, İddia Makamı Tanığı No.20 Prof.Dr.Nuri Erişgin ve İddia Makamı Tanığı No.15 Ali Baturay’ın yayının nefret içermediğini ifade etmesinin çelişki olarak kabul edilmesinin hatalı olduğunu, bu tanıkların bir vakaya tanıklık edip bunu farklı versiyonda anlatıyor olmadıklarını, tümünün kolajı kendi düşünce ve tecrübelerine göre yorumladıklarını, İddia Makamının maddi gerçeğin ortaya çıkması için Mahkemeye yardımcı olduğunu ve bu bağlamda Sanık lehine ve aleyhine olan tüm hususları Mahkeme huzuruna getirmekle mükellef olduğunu, farklı tanıkların kolajla ilgili farklı yorum yapmalarını tüm tanıkların şahadeti açısından ve suçun ispatı açısından çelişkili bulmakla Alt Mahkemenin hatalı hareket ettiğini ileri sürmüştür.

 Savcı, Alt Mahkemenin, İddia Makamı Tanığı No.20 Prof.Dr. Nuri Erişgin’in, yayının Recep Tayyip Erdoğan’ın itibarını ve saygınlığını düşürmediği şeklindeki değerlendirmesini hatalı olarak yayının hakaret edici nitelikte olmadığı şeklinde algılayarak Tanığın İddia Makamının diğer tanıklarıyla çeliş-tiği sonucuna varmakla hata ettiğini, öğretim görevlilerinin şahadetini değerlendirirken yanlış kriterler belirlediğini; bu tanıkların raporlarını hazırlarken ve şahadet sunarken KKTC mevzuatını ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını araştırmadıkları için şahadetlerine ve raporlarına itibar etmemekle hata ettiğini; bu tanıkların tecrübeleri doğrultu-sunda kolajı yorumladıklarını, bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına atıfta bulunulmadığı gerekçesiyle şahadetlerine ve hazırladıkları raporlarına itibar etmemekle Alt Mahkemenin hatalı davrandığını belirtmiştir.

 Savcı ayrıca, Alt Mahkemenin savunma tanıklarının şahade-tini hiç değerlendirmediğini, Sanıkların şahadeti sonrasında “kolajın, Recep Tayyip Erdoğan’ın Yunanistan’a yaptığı ziyaret sırasında adalarla ilgili talepte bulunmasına ilişkin sözlerine yönelik Rum ve Yunan halkının kendisine gösterdiği bir tepki”yi yansıttığı şeklinde geliştirilen savunmanın sonradan düşünülmüş olduğunu; İddia Makamının hiçbir tanığına bu yönde bir iddia konmadığı ve müdafaa tanıkları tarafından dahi kolaja böyle bir anlam yüklenmediğinden, Alt Mahkemenin bu yöndeki bulgusunun hatalı olduğunu ifade etmiştir.

 Savcı, Alt Mahkemenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kriterlerini somut olaya hatalı uyguladığını da iddia etmiştir.

 Savcı, ayrıca, Alt Mahkemenin suçun ‘niyet’ unsurunun ıspatlanmadığına bulgu yapmakla da hatalı davrandığını ileri sürmüştür. Savcı Alt Mahkeme huzurundaki şahadetten Sanıkların iki ülke arasındaki huzur ve dostluğu bozma kastıyla dava konusu kolajı yayımladıklarının istihraç edilebileceğini ileri sürmüştür.

 Sanıklar Avukatı ise bu davanın siyasi bir dava olduğunu, şikâyetçi konumunda bulunan sekiz İddia Makamı Tanığının şahadetlerinden yargılamanın hiç başlamaması gerektiğinin anlaşıldığını; İddia Makamı tarafından ispatlanması gereken suç unsurlarının ispatlanamadığını, Sanıkların şahadetlerinde T.C. ile KKTC arasındaki ilişkinin bozulmasıyla ilgili umurları olmadığı, KKTC’nin zaten bir alt yönetim olduğunu defalarca söylediklerini, ne yaşanırsa yaşansın T.C. ve K.K.T.C. ilişkilerinin bozulmadığını; Sanıklara İddia Makamı tarafından, niyetlerini ortaya koymak adına başka yayınları ile ilgili sorular sorulduğu, ancak bu yayınların dava konusu edilmediğini, dolayısıyla bu yazıların niyet unsuru ile ilgili de dikkate alınmaması gerektiğini, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin iç hukukumuzun bir parçası olduğunu; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin de zaman zaman taraf devletlerin ifade özgürlüğü hakkını sair Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi haklarının altında tuttuğunun doğru olduğunu; ancak ifade özgürlüğü hakkının ele alındığı birçok davada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ifade özgürlüğü hakkının demokratik toplumun esaslı temellerinden biri olduğunu ve gerek bireylerin kişisel tatmini gerekse demokratik toplumların gelişimi için en basit koşul olduğunu ifade ettiğini, bilgi ve fikir aktarma özgürlüğünün bir ülkenin siyasi yaşam ve demokratik yapısının olmazsa olmazı olduğu ve bu hakkı kullanmak ve bu hakka erişmenin o ülkenin devletini ve/veya iktidarını özgürce çalıştırmak anlamına geldiğini, devletin takdir yetkisinin (margin of appreciation) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin koruma altına aldığı hakların sınırları içerisinde olduğunu; davaya konu karikatürün hicivden yana olduğu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin de hiciv konusunu sosyal yorum olarak ele aldığını, hicvin doğasında abartı, gerçekliğin çarptırılması olduğunu; amacının provake edici ve tahrik edici olduğunun altını çizdiğini, dava konusu yayının “haber değeri olmamasının” yayının sadece “artistic expression” yani yorumdan ibaret sanatsal bir ifade biçimi olduğunu teyit ettiğini, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin sanatsal ifadelerde şiddete teşvik, nefret söylemi, ırkçılık, nazi ideolojisi ve soykırım inkârına güvence vermediğini ifade etmiştir.

 Savunma Avukatı, ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi-nin 10. maddesinin 2. paragrafında yer alanlarla ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 3 bacaklı bir test oluşturduğunu, Alt Mahkemenin de bu testi çok doğru bir şekilde uyguladığını; Ceza Yasamızın devlet büyüklerine ayrı bir tolerans göstermesi yerine ayrı bir koruma bağışladığı bunun da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin icraatına ters olduğunu hitabında dile getirmiştir.

İNCELEME

 Sanıklar aleyhindeki dava, “Yabancı Devlet Yetkililerine Zem ve Kadih” yan başlıklı Fasıl 154 Ceza Yasası’nın 68. maddesi tahtındaki ithamı içermektedir.

 İstinaf sebeplerinin incelenmesine geçmeden önce Sanıklar aleyhine getirilen davanın unsurlarına; yasal durum ile zem ve kadih/hakaret ve sövmeye ilişkin prensiplere kısaca temas edilmesi uygun olacaktır.

 Fasıl 154 Madde 68’in orijinal metni ve Türkçesi şöyle-dir:

**“68. Any person, who without such justification or excuse**

**as would be sufficient in the case of the defamation of a private person, publishes anything intended to be read, or any sign or visible representation, tending to degrade, revile or expose to hatred or contempt any foreign prince, potentate, ambassador or other foreign dignitary with intent to disturb peace and friendship between the United Kingdom or the Colony and the country**

 **to which such prince, potentate, ambassador or dignitary**

**belongs, is guilty of a misdemeanor.”**

|  |  |
| --- | --- |
| “Yabancı Devlet Yetkililerine Zem ve Kadih | 68. Bir kişiye zem ve kadih halinde yeterli olacak kadar haklı bir sebebi veya mazereti olmaksızın, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti ile herhangi bir hükümdar, prens, elçi veya diğer yüksek aşamalı yetkililerin mensup olduğu ülke arasındaki huzur ve dostluğu bozmak niyetiyle herhangi bir yabancı hükümdar, prens, elçi veya başka bir yüksek aşamalı yetkiliyi küçük düşürmek, tahkir etmek veya nefret veya hakarete uğratmak eğiliminde olan okunacak herhangi bir yazı veya görülecek herhangi bir işaret veya resim yayınlayan herhangi bir kişi, hafif bir suç işlemiş olur.” |

 Sanıklar aleyhine getirilen davadaki suçun unsurları ise ithamnameden görülebileceği üzere şöyledir:

 1. Özel bir kişiye hakaret halinde yeterli olacak kadar

 haklı bir sebep (justification) veya mazeretleri

 (excuse) olmadan,

 2. KKTC ile TC arasındaki huzur ve dostluğu bozmak

 kastıyla,

 3. Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı Recep Tayyip

 Erdoğan’ı küçük düşürmek, tahkir etmek ve nefret veya

 hakarete uğratmak eğiliminde olan,

 4. Kolaj tekniğiyle yapılmış olan T.C. Cunhurbaşkanı

 Recep Tayyip Erdoğan’ın başına işeyen Yunan heykeli

 resmini;

 5. 8.12.2017 tarihli Afrika Gazetesi’nde yayınlamak.

Sanıklar aleyhindeki suçun 1.unsuruna ilişkin haklı sebep (justification) veya mazeret (excuse) olup olmadığı Fasıl 154’ün 198. maddesi ile 202. maddeleri arasındaki (her iki madde dahil) düzenlemeler kapsamında incelenmelidir. İstinafa konu meselede Alt Mahkeme zabıtlarından ve huzurumuzda yapılan hitaptan, kolaj tekniğiyle yapılan resmin Recep Tayyip Erdoğan’ın Yunanistan’a yapmış olduğu ziyaret sonrasında Yunan adalarına ilişkin bir söylemine karşılık Yunan halkının tepkisini yansıttığı ve bu bağlamda bir eleştiri olduğu, ayrıca daha önce Facebook’ta yayınlandığı şeklinde müdafaa ileri sürüldüğü anlaşılmaktadır.

Sanıklar aleyhindeki suçun 3. unsuru olan, “yayının T.C. Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan’ı küçük düşürmek, tahkir etmek ve nefret veya hakarete uğratma eğiliminde” olup olmadığı incelenirken zem ve kadih/hakaret ve sövme ile ilgili prensiplere bakmak gerekecektir. Bilindiği üzere, bir yazının veya yayının zem ve kadih (hakaret ve sövme) teşkil edip etmediğini belirlemek Mahkemenin görevidir. Mahkeme bu konuda karar verirken şikâyet konusu yazı veya yayını makul zekâ düzeyi bulunan, makul ölçüde genel kültür ve hayat tecrübesine sahip bir vatandaş konumunda incelemelidir. Tarafların kullanılan kelimelere ne anlam verdiği önemli değildir. Mahkemenin, şikâyet konusu yazı/yayının ne anlamda anlaşılacağına karar verirken kendisini makul ölçüde genel kültür ve hayat tecrübesi olan makul zekâ düzeyinde makul bir vatandaş yerine koyarak, bu vasıflarda bir vatandaşın yazıdan/yayından ne anlayacağını değerlendirmesi gerekmektedir.

Bu istinafın konusunu teşkil eden yayın bir yazı değil, kolaj tekniğiyle yapılmış bir resimdir. Yasal durumla ilgili yukarıda belirtilen hususların bir resim veya kolaj tekniğiyle yapılan resmin, küçük düşürmek, tahkir etmek veya nefret veya hakarete uğratmak eğiliminde olup olmadığı incelenirken de geçerli olduğu kabul edilmelidir. Bu bağlamda, resim veya kolajdan makul ölçüde genel kültür ve hayat tecrübesine sahip makul zekâ düzeyindeki vatandaşın ne anlayacağı önemlidir.

 Huzurumuzdaki istinafa konu meselenin ifade ve basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi hatalı bir yaklaşım olmayacağından, bu hususlara da kısaca değinmeyi uygun gördüm. Düşünce, söz ve anlatım özgürlüğü ile basın özgürlüğü Anayasamızca teminat altına alınmıştır ve Anayasa’nın 24. maddesinin (3). fıkrası gereğince, **“söz ve anlatım özgürlük-lerinin kullanılması, yalnız ulusal güvenlik, Anayasal düzen, kamu güvenliği, kamu düzeni, genel sağlık, genel ahlak yararı için veya başkalarının şöhret ve haklarının korunması veya bir sırrın açıklanmasının önlenmesi veya yargının otorite veya tarafsızlığının sürdürülmesi için gerekli ve yasanın koyduğu yöntemlere, koşullara, sınırlamalara veya cezalara bağlı tutulabilir.”**

 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10.maddesi KKTC Anayasası’nın düşünce, söz ve anlatım özgürlüğünü düzenleyen 24.maddesiyle büyük oranda benzeşmektedir. İlgili 10. maddede de düşünce ve anlatım özgürlüğü korunmakta ve Anayasamızın 24. maddesinde belirtilen hallere **ek** olarak bu hakların, **“demokratik bir toplumda gerekli olması halinde”,** sınırlana-bileceği belirtilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ülkemizde ulusal mevzuat kapsamında kabul edilmekte ve üye taraf olmamamıza rağmen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin koyduğu prensip ve kararlar mevzuatımızla çelişmediği müddetçe uygulanmaktadır. **(Bkz. Anayasa Mahkemesi 3/2006 D.3/2006, Anayasa Mahkemesi 8/2013 D.3/2015, Anayasa Mahkemesi 2/2018 D.3/2021 ve Yargıtay/Hukuk 25/2014 D.1/2019)**

 Huzurumuzdaki istinafa konu mesele ile ilgili içtihatları-mıza bakıldığında;

 -Düşünce ve düşünceyi ifade özgürlüğünün başkalarının şöhret ve haklarına tecavüz etme hakkını içermediği; Anayasamızda kişinin şeref ve haysiyetinin dokunulmaz olduğu ve herkesin buna saygı göstermek ve korumakla yükümlü olduğunun vurgulandığı; söz ve anlatım özgürlüğünün kullanılmasının başkalarının şöhret ve haklarının korunması için sınırlamalara ve cezalara bağlı tutulabileceğinin belirtildiği **(Birleşti-rilmiş Yargıtay/Ceza 64/2002, 65/2002, 66/2002 D.4/2002 Avrupa Gazetecilik, Şener Levent, Memduh Ener ve KKTC Başsavcılığı);**

 -Diğer taraftan, bir gazetecinin ülkesindeki veya dünyadaki olaylar hakkında görüşlerini yazması, övgü ve eleştiride bulunmasının hakkı olduğu; eleştiriden ne devlet görevlilerinin ne de herhangi bir şahsın muaf olmadığı, bunun yanında günümüzde temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından yazarların bir gazetede yazı yazarak görüşlerini bildirmelerinin ifade özgürlüğünün temelini oluşturduğu; ince ayrımın kötü niyet ve hakaretin hak olmadığı; ve kimsenin özgürlüklerini, bir başkasının özgürlüğünü ihlâl etmek maksadıyla kullanamayacağının; **(Birleştirilmiş Yargıtay/Ceza 28-29/2010 D.15/2010 Başsavcılık ve Şener Levent, Başsavcılık ve Afrika Yayıncılık)** vurgulandığı görülmektedir.

 Yasal durum ve prensiplere kısaca temas ettikten sonra istinaf sebepleri yukarıda belirttiğimiz 4 başlık altında incelenecektir.

1. ve 2. istinaf başlıkları birbirleriyle bağlantılı oldu-

ğundan birlikte ele alınmaları uygun olacaktır.

1.ve 2. İstinaf Başlıkları:

1. **Alt Mahkeme Sanıkların haklı bir sebep veya mazeretleri olduğu bulgusunu yapmakla hatalı davranmıştır.**
2. **Alt Mahkeme Dava konusu kolajın T.C. Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan’ı küçük düşürmek, tahkir etmek ve hakarete uğratma eğiliminde olmadığı bulgusunu yapmakla hatalı davranmıştır.**

 Savcıya göre savunma makamı, Sanıkların şahadetinden sonra, dava konusu kolajın T.C. Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan’ın Yunanistan’a yaptığı ziyaret sonrasında adalarla ilgili talepte bulunmasına ilişkin Yunan ve Rum halkının kendisine gösterdiği tepkiyi ifade ettiği şeklinde bir savunma üretmiştir ve bu sonradan düşünülmüş bir müdafaadır (after thought) dolayısıyla, dikkate alınmamalıdır. Savcı keza, savunma tanıklarından hiçbirinin dava konusu kolaja bakarak Recep Tayyip Erdoğan’ın 12 adalara yönelik bir beyanı, eleştirisi olduğu şeklinde şahadeti olmadığı hususunun Alt Mahkemece değerlendirilmediğini iddia etmektedir. Savcı, Alt Mahkemenin kolajın başarısız Yunanistan ziyareti sonrası Yunanlıların Recep Tayyip Erdoğan’a olan kızgınlığını gösterdiği bulgusunun gerekçesiz olduğunu da iddia etmiştir.

 Alt Mahkeme kararı irdelendiği zaman Alt Mahkemenin doğru bir yaklaşımla, Mahkemenin kendisini makul ölçüde genel kültür ve hayat tecrübesine sahip, makul zekâ düzeyi olan makul bir vatandaş yerine koyarak bir değerlendirme yapması gerektiğini kararına aktardığı görülmektedir (Mavi 1257-1258). Bu saptama-dan sonra, Alt Mahkeme İddia Makamı Tanıklarının şahadetinin özetini kararına aktarmış (Mavi 1258 - 1267), sonrasında ise savunma tanıklarının şahadetini özetlemiştir (Mavi 1268-1273). Tüm şahadete temas ettikten sonra Alt Mahkeme kararında şu ifadelere yer vermiştir:

 “Öncelikle olguları tespit için sunulan tüm şahadeti ve ibraz edilen emareleri dikkatli bir şekilde tetkik ve tezekkür ettim. Huzurumdaki şahadeti tezekkür ettiğim zaman dava konusu yayına müdahalenin Recep Tayyip Erdoğan’ın haklarının veya itibarının korunması için gerekli olup olmadığı ve dava konusu kolajın Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan’ı küçük düşürmek, tahkir etmek ve nefret veya hakarete uğratmak eğiliminde olup olmadığı hususlarında İddia Makamı tanıklarının çelişkili şahadet sunduğu görülmektedir şöyle ki:

1. İddia Makamı tanıklarının bir kısmı yayının hakaret edici veya tahkir edici veya kişilik haklarını rencide edici nitelikte olup eleştiri içermediğini iddia etmesine rağmen İddia Makamının 15. tanığı olan Ali Baturay şahadetinde dava konusu yayının Recep Tayyip Erdoğan’a hiçbir şey kaybettirmediğini ve yayının haka-ret olmadığını, yayınlanmasının basın özgürlüğü çerçe-vesinde değerlendirilmesi gerektiğini; İddia Makamının 16. tanığı olan Utku Karsu’nun da şahadetinde dava konusu yayının uyarıcı nitelikte olduğunu, emare 1 dava konusu fotoğraftaki “Yunan gözüyle ibaresinin” yer alması sebebiyle ilgili fotomontajın Yunanlıların bizi nasıl gördüğü ile ilgili bir mizansen olduğunu, emare 1 dava konusu yayının uyarıcı olduğunu ve eleştiri içerdiğini; istintakı sırasında da dava konusu yayının Yunanlılar bizi böyle görür diye bilgi verdiğini beyan ettiği görülmektedir.
2. İddia Makamı tanıklarının bir kısmı yayının hakaret edici nitelikte olup eleştiri içermediğini iddia etmesine rağmen İddia Makamının 20.tanığı olan Prof.Dr.Nuri Erişkin’in şahadeti sırasında dava konusu yayının Recep Tayyip Erdoğan’ın itibarını ve saygınlığını düşürmedi-ğini beyan ettiği görülmektedir.
3. İddia Makamı tanıkları özellikle Müfettiş İsa Sevindik, Prof.Dr. Hüseyin Oğuz’un, Doç.Dr.Metin Ersoy’un ve Metin Karadağ’ın şahadetlerinde dava konusu yayının nefret içerdiğini iddia etmelerine rağmen İddia Makamının 20. tanığı olan Prof.Dr.Nuri Erişkin’in şahadeti sırasında dava konusu yayının nefret oluşturmadığını; İddia Makamının 15.tanığı olan Ali Baturay şahadetinde dava konusu yayında nefret görmediğini, yayında hiciv olduğunu tüm dünya liderlerine karşı daha sert fotomontaj ve karikatürler yapıldığını ve bunların hoşgörü ile karşılandığını beyan ettiği görülmektedir.”

 Alt Mahkeme, kararının devamında şu sonuca varmıştır:

“Yukarıda dava konusu yayının müdahalenin Recep Tayyip Erdoğan’ın haklarının veya itibarının korunması için gerekli olup olmadığı hususunda İddia Makamı tanıklarının çelişkili şahadet sunduğunu ve bazı İddia Makamı tanıklarının dava konu-su yayının Recep Tayyip Erdoğan’ın saygınlığını veya itibarını düşürmediğini ve basın özgürlüğü altında değerlendirilmesi gereken bir hiciv olduğunu ifade ettiklerini belirtmiştim.

Tüm yukarıda ifade ettiklerimle birlikte dava konusu yayını özellikle “Yunan ibaresi” kısmı ile birlikte tezekkür ettiğim zaman dava konusu yayından istihraç edilebilecek anlamın ve/veya anlamların şu olduğu kanaatindeyim;

 1- Yunanlıların gözünden başarısızlıkla sonuçlanan

 görüşme sonrası Yunanlıların Recep Tayyip Erdoğan’a

 olan kızgınlığı veya tepkisi izah edilmeye çalışıldı-

 ğı ve/veya

 2- Görüşme sonrası Yunanlılar tarafından Recep Tayyip

 Erdoğan’ın nasıl görüldüğü izah edilmeye çalışıldığı

 ve/veya

 3- TC ile Yunan halkının bir birinden uzak olduklarının

 ifade ediş biçimi olduğu.

Başka bir değişle dava konusu yayın provakatif, tahrik edici ve kışkırtıcı olmasına rağmen iğneleyici ve/veya metaforik ve/veya alaylı görselle ve/veya ifade ile eleştiri ve/veya hiciv niteliğinde olduğu ve/veya hiciv yolu ile ifade şekli olduğu ve yayının Yunanistan’daki gerçekleştirilen görüşme sonrası Yunanlıların Türklere ve/veya Recep Tayyip Erdoğan’a olan bakış açısına yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Keza, huzurumdaki çelişkili şahadetten dolayı dava konusu yayın sebebiyle Recep Tayyip Erdoğan’ın haklarının veya itibarının zedelendiği yönünde bulgu yapılabilmesine olanak yoktur.”

………………………………………………………………………………………………………………………………………………………

“Bir an için dava konusu yayının Recep Tayyip Erdoğan’ı küçük düşürmek, tahrik etmek, nefret ve hakarete uğratmak amacıyla yayınlandığını varsaysam bile huzurumda meşru amaca ulaşmak için müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olduğu hususunda somut bir şahadet mevcut değildir”

 Yukarıdaki alıntıdan anlaşılacağı üzere Alt Mahkeme, dava konusu kolaj tekniğiyle yapılan resmin, Yunanlıların T.C. Cumhurbaşkanını nasıl gördüğüne dair bir ifade biçimi olduğu ve Recep Tayyip Erdoğan’ın haklarının veya itibarının zedelen-mediği bulgusunu yaptığı görülmektedir. Alt Mahkeme keza, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde temas edilen “demokratik bir toplumda gerekli olma” kriterini de huzurundaki meseleye uygulamış ve bu yönde bir şahadet olmadığına karar vermiştir.

 Fasıl 154 madde 68 tahtında Sanıkların özel bir kişiye hakaret halinde yeterli olacak kadar haklı bir sebep (justification) veya mazeretleri olması halinde aleyhlerindeki ithamdan beraat etmeleri gerekmektedir. Haklı sebep ve mazeret müdafaasının düzenlendiği Fasıl 154’ün Madde 198-202 arasında-ki (her iki madde dahil) düzenlemeler şöyledir:

|  |  |
| --- | --- |
| Yasa dışı yayının tanımı |  198. (a) Bir konu doğru ve yayımlanması kamu yararına ; veya (b) 199. Maddeden 202. Maddeye kadar (her iki madde dahil) olan maddelerde belirtilen nedenlerle bir ayrıcalık olmadıkça bir kişi ile ilgili herhangi bir malzeme yayımı 199 - 202 maddeler (her iki madde dahil) anlamı çerçevesinde yasa dışıdır. |
| Zemmedici malzemenin yayımlanma-sının mutlak ayrıcalığa sahip olduğu durumlar | 199. (1) Aşağıdaki durumların herhangi birinde zemmedici malzeme yayımlanması mutlak bir ayrıcalığa sahiptir ve bu hallerde kimse hiç bir zaman bu Yasa gereğince cezalandırılamaz. |
|  | (a) Malzeme, Bakanlar Kurulunca veya Cumhuriyet Meclisince veya bundan sonra kurulabilecek herhangi bir yasama organınca herhangi bir resmi evrak veya resmi işlemde yayımlanırsa ; veya |
|  | (b) Malzeme Bakanlar Kurulunda veya Cumhuriyet Meclisinde Bakanlar Kurulu veya Cumhuriyet Meclisinin bir üyesi tarafından yayımlanırsa; veya |
|  | (c) Malzeme, Bakanlar Kurulunun emri ile yayımlanırsa ; veya |
|  | (d) Malzeme, ilgili zamanda askeri veya polis disiplinin kurallarına bağlı birisi hakkında ise ve bu gibi disiplin kurallarına bağlı bir kişi olarak davranışlarına ilişkin ise, ve yayım böyle bir kişinin bu gibi davranışları hususunda nufuz veya yetki sahibi bir kişi tarafından yine bu kişinin bu gibi davranışları hususunda nufuz veya yetki sahibi olan başka bir kişiye yapılırsa; veya |
|  | (e) Malzeme, herhangi bir yargısal işlem sırasında, bu gibi yargısal işlemde yargıç veya avukat veya tanık veya taraf olarak yer alan bir kişi tarafından yayımlanırsa; veya |
|  | (f) Yayımlanan malzeme, gerçekte, Bakanlar Kurulunda veya Cumhuriyet Meclisinde söylenen, yapılan veya yayımlanan herhangi bir şeyin Bakanlar Kurulunun veya Cumhuriyet Meclisinin verdiği emir veya yetki ile yayımlanmış makul ve adil bir raporu ise; veya |
|  | (g) Yayımlanan malzeme, herhangi bir mahkeme önündeki herhangi bir yargısal işlemde söylenen, yapılan veya gösterilen herhangi bir şeyin makul ve adil bir raporu ise; ancak, mahkeme, huzurunda söylenen, yapılan veya gösterilen herhangi bir şeyin, müfsit, ahlaka aykırı veya kutsal değerlere aykırı olduğu nedeniyle yasaklamışsa, yayımlama ayrıcalık oluşturmaz; veya |
|  | (h) Yayımlanan malzeme, daha önce yayımlanmış olan ve daha önceki yayımlanmasının bu madde kuralları uyarınca ayrıcalığı bulunan veya bulunacak olan herhangi bir malzemenin sureti, tekrarlanması veya makul ve adil bir özeti ise; veya |
|  | (i) Malzemeyi yayımlayan kişi, yasal olarak bunu yapmakla yükümlü ise. |
|  | (2) Mutlak ayrıcalığa sahip olan bir yayımlama , 194’den 202’ye kadar olan (her iki madde dahil) maddeler bakımından doğru veya gerçeğe aykırı olması, gerçeğe aykırı olduğunun davalı tarafından bilinip bilinmemesi ve iyi niyetle yayımlanmış olması veya olmaması dikkate alınmaz. Ancak, bu madde kuralları, bu Yasanın 194’den 202’ye kadar olan maddeleri dışında, bu Yasa kuralları veya Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyetinde yürürlükte olan başka yasa kuralları uyarınca bir kişinin cezai sorumluluğunu bağışık tutmaz. |
| Zemmedici malzemenin yayımlanma-sının koşula bağlı olarak ayrıcalığa sahip olduğu durumlar | 200. Ülke güvenliğine, halk sağlığına, genel ahlak kurallarına ve hukuk sisteminin otorite ve tarafsızlığına halel getirmemek kaydı ile kamuya yönelik yayın yapan gazete, dergi, radyo ve televizyonda yayımlanan malzeme ise, veya iyi niyetle yayımlanması koşulu ile , zemmedici malzemenin yayımlanması, yayımlayan ile yayımlamanın yapıldığı kişi arasındaki ilişki, yayımlayanın, yayımlanan malzemeyi öteki kişiye yayımlamasını gerektiren yasal, manevi veya ahlaki veya sosyal bir görevden kaynaklanan bir ilişki ise veya yayımlayanın veya yayımlamanın yapıldığı kişinin korunması gereken kişisel meşru bir menfaatı veya ilgisi varsa; ancak yayımlamanın, gerek ölçüsünün gerekse özünün durum için makul olarak yeterli olanı aşmaması gerekir; ve aşağıdaki hallerde ayrıcalığa sahip olur: |
|  | (a) malzeme, bir kişinin yargısal, resmi veya başka kamusal sıfatı veya görevi açısından davranışlarına veya bu davranışlarda görüldüğü orandaki tutumuna ilişkin yapılmış bir görüş açıklaması veya tenkid veya eleştiri ise veya; |
|  | (b) Malzeme, bir kişinin kamuyu ilgilendiren bir konu ile ilgili olarak tutum ve davranışlarına ilişkin yapılmış bir görüş açıklaması veya tenkid veya eleştiri ise, veya  |
|  | (c) Malzeme, bir hukuk veya ceza davası ile ilgili aleni bir yargı işleminde verilen şahadette açıklanan herhangi bir kişinin davranışlarına veya böyle bir işlemde taraf, tanık olarak veya başka şekilde bulunan herhangi bir kişinin davranışlarına veya bu bendde belirtilen davranışlarda, herhangi bir kişinin görüldüğü orandaki karakterine ilişkin olarak iyi niyetle yapılmış bir görüş açıklaması ise; |
|  | (d) malzeme, yayımlanmış veya alenen yapılmış veya bir kişi tarafından kamunun takdirine sunulmuş herhangi bir kitaba, yazıya, resme, konuşmaya veya başka işe, temsile veya harekete veya bunlarda görülen kişinin görüldüğü orandaki karakterine ilişkin iyi niyetle yapılmış bir görüş açıklaması ise; |
|  | (e) malzeme, bir kişinin sözleşme uyarınca veya başka suretle öteki bir kişi üzerinde herhangi bir hususta sahip olduğu nüfuza dayanarak öteki kişinin davranışını veya bu gibi davranışı ile ortaya koyduğu karakterini eleştirmesinden veya kınamasından ibaret ise; |
|  | (f) Malzeme, bir kişinin diğer bir kişi aleyhine herhangi bir meseledeki davranışı hakkında veya bu davranışı ile ortaya koyduğu karakteri hakkında , bu davranış veya mesele ile ilgili öteki kişi üzerinde sözleşmeye dayanan veya başka suretle sahip olduğu nüfuzu bulunan veya bu gibi davranış veya meseleyi soruşturmaya veya bunlar hakkında şikayetleri almaya yasal olarak yetkisi bulunan bir kişiye yapılan şikayet veya suçlama ise; |
|  | (g) malzeme, yayımlayanın veya yayımlamanın yapıldığı kişinin veya yayımlamanın yapıldığı kişinin ilgilendiği bir kişinin haklarının veya menfaatlarının korunması için yayımlanırsa. |
| İyi niyetin tanımı | 201. Aşağıdaki durumların herhangi birinde zemmedici malzemenin yayımlanması 200.madde anlamında iyi niyetle yapılmış sayılmaz. |
|  | (a) Malzeme doğru olmadığında ve yayımlayan kişinin onun doğru olduğuna inanmadığında; veya |
|  | (b) Malzeme doğru olmadığında ve yayımlayan kişinin bunun doğru olup olmadığını saptamak için makul ölçüde dikkat ve özen göstermeden onu yayımladığında; veya |
|  | (c) Yayımlayan kişinin malzemeyi yayımlarken zemmedilen kişiyi kamunun konuya duyduğu ve o hususta ayrıcalık sahibi olduğunu iddia ettiği ilginin veya yine o hususta ayrıcalık sahibi olduğunu iddia ettiği özel hak veya menfaatın korunmasının makul olarak gerektirdiğinden önemli ölçüde fazlası ile veya başka biçimde zarara uğratmak kastı ile hareket ettiğinde. |
| İyi niyet karinesi | 202. Zemmedici malzemenin belirli koşullar altında yayımlanması ve o koşullar altında, yayım iyi niyetle yapılmış olsa idi haklı olacağının sanık adına kanıtlanması halinde, yayım gerek zem ve kadihin kendisinden veya sanık adına verilen şahadetten veya iddia makamı adına verilen şahadetten aksi ortaya çıkana kadar, iyi niyetle yapılmış sayılır. ” |

 Buna göre bir konu doğru ve yayımlaması kamu yararına ise veya 199-202. maddeler arasında (her iki madde dahil) düzenlenen nedenlerle bir ayrıcalık kapsamında ise yasa dışı yayın sayılmamaktadır.

 Mutlak ayrıcalık kavramının düzenlendiği 199. maddenin (1). fıkrasının (h) bendinde ise daha önce yayımlanmış olan ve daha önceki yayımlamasının, ayrıcalığı bulunan bir malzemenin sureti, tekrarlanması veya makul ve adil bir özeti olması halinde suç oluşmayacağı düzenlenmiştir.

 Mehaz hukuka bakıldığında **“Absolute privilege” “qualified privelege” “Truth”** ve **“Justification”** müdafaalarının olduğu görülmektedir. **(Archbold Criminal Practice, Evidence 33 rd ed. S. 1328-1331)**

 İlgili eserde **“Justification”** başlığı altında şunlar yer almaktadır:

 **“ ………………the prisoner, in addition to the plea of not guilty, may plead that the matters charged were true, and that it was for the public benefit that they should be published, setting forth the particular facts by reason of which the publication was fort he public benefit.”**

 Özetleyecek olursak, mevzuatımıza göre; Yayının içeriği-nin doğru olması ve yayınlanmasının kamu yararına olması veya önceki yayın da ayrıcalıklı olma şartı ile daha önce yayınlan-mış olması, bir müdafaa teşkil etmektedir.

 Daha önce de belirtildiği şekilde, bu meselede savunma tarafının temel müdafaası, şikâyet konusu kolajın önce Facebook’ta yayınlandığı, oradan alınıp Sanıklar tarafından gazeteye basıldığı ve resmin T.C. Cumhurbaşkanı’nın Yunanistan’a yaptığı ziyarette 12 adalarla ilgili yaptığı bir söylemin ve bu doğrultuda başarısız Yunanistan ziyaretinin bir eleştirisi olduğu yönündedir.

 Öncelikle, yayının önceden Facebook’ta yayınlandığı iddiasını irdeleyelim:

 Alt Mahkeme zabıtları incelendiğinde, Sanık 1 adına bulunan Ali Osman Tabak’ın şahadetinde, yayının Yunanlıların bakış açısını anlattığı; kolajın üstünde yer alan “Yunan gözüyle” ibaresinin de bunu gösterdiğini söylediği görülür. Sanık 2 ise “Yunan gözüyle” ibaresini kendisinin yazdığına; resmi önce Facebook’ta gördüğüne dair bir şahadet sunmuştur.

 Savunma tanığı Şener Elcil ise yayında “Yunan gözüyle” ibaresinin olması nedeniyle önce Yunan gazetesinde yayımlandı-ğını düşündüğünü söylemiştir. Savunma tanığı Zeki Beşiktepeli; kolajın önce Yunanistan’da “Etnos” isimli dergide yayımlandı-ğını ve kendisinin de bunu ilk kez Facebook’ta gördüğünü; “Yunan gözüyle” ifadesinin ise Afrika Gazetesi tarafından eklendiğini söylemiştir.

 Savunma tanıklarının temas edilen şahadetlerinin özü, kolajın Recep Tayyip Erdoğan’ın Yunanistan’a yaptığı ziyaret sonrasında Yunan halkının kendisine olan bakış açısını yansıt-tığı; kolajın önce Yunanistan’da bir dergide yayımlandığı; sonrasında Facebook’ta da paylaşıldığı; Afrika Gazetesi’nin ise kolajı “Yunan gözüyle” ibaresiyle yayımladığı şeklindedir.

 Savunma tanığı Zeki Beşiktepeli kolaja konu karikatürün önce “Etnos” dergisinde yayımlandığını söylemesine karşın, bu hususu ispat edecek belgenin elinde olmadığını da şahadetinde ifade etmiştir. Yine Alt Mahkeme zabıtlarını incelediğimizde, istinafa konu kolajın Facebook’ta paylaşıldığını teyit edecek bir şahadet olmadığı da görülmektedir. Her halükârda Yunanistan’da yapılan yayının ayrıcalıklı olduğunda dair bir şahadet de Alt Mahkemeye getirilmiş değildir.

 Bu durumda dava konusu kolajın önce Yunanistan’da yayın-landığı; sonra Facebook’ta paylaşıldığı, sonrasında ise Sanık-lar tarafından yayımlandığı sonucuna varılması olası değildir.

 Şimdi de Alt Mahkemenin, kolajın T.C. Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan’ın Yunanistan’a yaptığı ziyaret sonucu Yunanlıların T.C. Cumhurbaşkanı’na olan bakışlarını gösterdiği bulgusunu irdeleyelim.

 Savcı hitabında, Savunma Avukatı tarafından İddia Makamı tanıklarına dava konusu kolajdan ne anlam çıkarıldığına veya kolajla ne anlatılmak istenildiğine dair hiçbir iddia konmadı-ğını iddia etmiştir. Savcı, kolajın, T.C. Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan’ın Yunanistan ziyareti sonrasında orada yaptığı konuşmaya Yunan halkının bir tepkisi olduğuna dair ‘haklı sebep veya mazeret’ müdafaasının ilk kez Sanık 2’nin şahadetinde dile getirildiğini ileri sürmektedir.

 İddia Makamı tanıklarının esas sorgulaması sonrasında, müdafaa tarafının onları istintak etme hakkı, yargılama usulümüzde yerleşmiş bir müessesedir.

 İstintak hakkı, bir ceza yargılamasında İddia Makamı’nın davasının gücünü test etmek için müdafaanın elinde bulundurdu-ğu önemli ve güçlü bir araçtır.

 İstintakın genelde iki amacı vardır:

1. Tanığın şahadetinin doğruluğu ve güvenirliğini test etmek ve;
2. Tanığın karşı tarafın versiyonu ile yüzleşmesini sağlamak (Bkz.Pikis Criminal Procedure in Cyprus S.105).

Bir ceza davasında İddia Makamı tanıkları istintak edi-

lirken Sanığın versiyonu, başka bir anlatımla, müdafaasının ne olduğu tanığa iddia olarak konmalıdır.

 Bu doğrultuda, Fasıl 154 madde 68 tahtında itham edilen Sanıkların haklı sebep (Justification) veya mazeretlerinin (excuse) İddia Makamı tanıklarının istintakı aşamasında Savunma Avukatı tarafından iddia olarak konması önemli ve gereklidir.

 Alt Mahkeme tutanaklarını incelediğimizde, Savunma Avukatı tarafından İddia Makamı Tanıklarının çok uzun istintaka tabi tutuldukları görülmektedir. Bu istintakın niteliği incelendiği zaman büyük oranda tanıkların inanılırlığı ve güvenilirliğini sorgular özde olduğu görülmektedir. Savunma Avukatı, Sanıkların dava konusu kolajı yayımlamaktaki müdafaalarına ilişkin, kolajın T.C. Cumhurbaşkanı’nın Yunanistan’a yaptığı ziyarette 12 adalarla ilgili söylemlerine karşı Yunan halkının ona olan bakışını gösterdiği şeklindeki haklı sebep müdafaasına ilişkin ne tahkikat memuruna ne de diğer İddia Makamı tanıklarına herhangi bir iddiada bulunmamıştır.

 Savunma Avukatının 68.maddede düzenlenen suçun unsurları-na ilişkin tahkikat memuruna yapmış olduğu yegâne iddia, KKTC’nin bağımsız egemen bir devlet olmadığı nedeniyle iki devletten ve aralarındaki huzur ve dostluğun bozulmasından söz etmenin mümkün olmadığı şeklindedir. Başka bir anlatımla, Sanıkların “justification” müdafaaları İddia Makamı tanıkları-na iddia olarak konmamış; Sanık 2’nin şahadeti esnasında müdafaa olarak ortaya konmaya çalışılmıştır. Alt Mahkeme, İddia Makamı tanığı Prof.Dr. Nuri Erişgin’in şahadetinde dava konusu yayının T.C. Cumhurbaşkanı ile Yunan hükümetinin Başbakanı arasında gerçekleşen başarısız görüşmenin faturasının kime çıkarıldığını ifade etmeye çalıştığını söylemiş olmasını dikkate alarak, savunmanın “justification” müdafaasını İddia Makamı tanıklarına konmamış olmasını önemsememiştir.

 Alt Mahkeme bu hususu kararında incelemiş ve bu konuda şöyle demiştir:

“Yeri gelmişken şunu da izah etmek isterim ki İddia Makamı hitabında savunma tarafından İddia Makamına 12 Adalar ilgili soru sormamıştır dolayısıyle bu şahadetin değeri yoktur iddia-sını da tezekkür ettiğim zaman İddia Makamının 20. tanığı olan Prof.Dr.Nuri Erişgin’in şahadetinde dava konusu yayından önce TC Cumhurbaşkanı ile Yunan hükümetinin başkanının görüştüğünü ve basında haberler yer aldığını, görüşmenin başarısızlıkla sonuçlandığını, dava konusu yayının o görüşmedeki başarısızlı-ğın faturasının kime çıkarılacağını ifade etmeye çalıştığını beyan etmesi sebebiyle bu iddianın savunma tarafından konmama-sının önemi olmadığı kanaatindeyim. Başka bir değişle Yunanistan’daki iki lider arasındaki görüşmenin başarısızlıkla sonuçlandığı ile ilgili şahadetinin İddia Makamı tanıkları tarafından ortaya konması sebebiyle savunma tarafından adalar ilgili iddiası konulmamasının İddia Makamını sürpriz ile karşı karşıya bırakmadığı kanaatindeyim.”

 Prof.Dr. Nuri Erişgin’in şahadetinde dava konusu yayın öncesinde T.C. Cumhurbaşkanı ve Yunan Hükümetinin Başkanının görüştüğü ve görüşmenin başarısızlıkla sonuçlandığını belirt-mesine karşın, 12 adalarla ilgili açık bir beyanı olmadığı görülmektedir. Mezkûr tanığın Yunanistan’da gerçekleşen görüş-meden söz etmesi, hiçbir İddia Makamı tanığına kolajdan ne anlam çıkarılması gerektiği, ne maksatla oluşturulduğuna dair iddia konmamış olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Bu doğrultuda kolajın, T.C. Cumhurbaşkanı’nın Yunanistan’a ziyareti sonrasında Yunan halkının ona olan tepkisini ifade ettiği şeklindeki müdafaanın sonradan düşünülmüş olduğu açıktır. Alt Mahkemenin savunma tarafından İddia Makamı tanıklarına hiç konmayan ve sonradan düşünülmüş bir savunmaya, sırf İddia Makamı tanıkları sürprizle karşı karşıya bırakılmadığı gerekçesiyle itibar etmesi hatalı olmuştur.

 Savcı hitabında, Alt Mahkemenin kolajın hakaret teşkil edip etmediğini irdelerken savunma tanıklarının şahadetini layıkıyla değerlendirmediği iddiasında bulunmuştur. Bu konuyla ilgili olarak savunma tanıklarının şahadetini incelediğimizde şöyle bir tablo görmekteyiz:

 Savunma Tanığı No.3 Turgut Avşaroğlu istintakında, kendi-sine yöneltilen, “şimdi yine bu kolaja baktığınızda Recep Tayyip Erdoğan’ın herhangi bir icraat, fiil veya siyasi anlamda bir eyleminin eleştirildiğini görmezsiniz değil mi?” şeklindeki soruya, “genel bir eleştiridir o” yanıtını vermiştir.

 Savunmanın 4. tanığı Yaşar Ersoy ise şahadetinde, dava konusu kolajın Recep Tayyip Erdoğan’ın adalarla ilgili deme-cinden sonra Yunan medyasında, ardından da Afrika Gazetesinde yayımlandığını söylemiştir. Tanık istintakında bir kimsenin ağzına işemenin hakaret olduğunu kabul etmiştir.

 Savunma Tanığı No.5 Şener Elcil ise, “kolaja baktığınızda ne anlıyorsunuz?” sorusuna, “Bir heykel var, bir Yunan heykeli var, arkasında bir Yunan bayrağı var, Recep Tayyip Erdoğan’ın başına işiyor” yanıtını vermiştir. Tanık kolaja bakarak Yunanistan’a yapılan ziyarete ve adalara ilişkin talebe yönelik bir eleştiri olduğunu söylememektedir.

 Savunma Tanığı No.7 Senih Çavuşoğlu ise kolaja baktığında bunun neyi eleştirdiğini araştırma yapmadan söyleyemeyeceğini ifade etmiştir.

 Savunma Tanığı Ümit İnatçı, İtalya’da Güzel Sanatlar Akademisi mezunu ve semiyoloji üzerine uzmanlık eğitimi almış-tır. İstintakında neyin iğnelemesi yapılıyor sorusuna, “Recep Tayyip Erdoğan’ın her halde siyasi çıkışlarına, onun tavırla-rına karşı bir manifesto görüyorum burda.”

“S:Hangi siyasi çıkışının hangi fiilinin hangi icraatına yöne-lik olduğunu spesifik olarak söyleyebilir misiniz?” sorusuna ise

“C: Öyle bir telepatik yönüm yoktur bunu yapanlarla telepatik bir ilişkiye girip bunu saptayım. İmgelere bakarım ben. Yani var mı burda o dediğin yoktur.” cevabını vermiştir.

İmgelere bakarak bunlara anlam yüklemek konusunda uzmanlığı bulunan bu tanık, dava konusu kolajın Recep Tayyip Erdoğan’ın 12 Adalara yönelik beyanına bir eleştiri olduğunu kolaja bakarak söyleyemeyeceğini ifade etmiştir.

 Alt Mahkeme tutanaklarında yer alan savunma tanıklarının şahadeti incelendiğinde, dava konusu kolajın spesifik olarak Recep Tayyip Erdoğan’ın Yunanistan’a yaptığı ziyaret sonrası Adalarla ilgili talepte bulunmasına karşılık olarak Rum ve Yunan halkının kendisine gösterdiği bir tepki olduğu şeklinde bir şahadet olmadığı açıktır.

 Belirtilenler ışığında, Alt Mahkemenin, kolajın T.C. Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan’ın Yunanistan’a yaptığı ziyaret sonrasında Yunan halkının Recep Tayyip Erdoğan kızgınlığını gösterdiği bulgusunun hatalı olduğu sonucuna varılması kaçınılmazdır.

Savcı hitabında, Alt Mahkemenin, İddia Makamı tanıkları-nın şahadetinin çelişkili olduğu nedeniyle itibar edilir olmadığı bulgusunun hatalı olduğunu; Prof.Dr. Nuri Erişgin’in şahadetinin tamamıyla hatalı değerlendirildiği ve İddia Makamının öğretim görevlisi tanıklarının raporlarını KKTC Ceza Yasası’nı ve/veya AİHM kararlarını inceleyerek hazırlamadıkla-rından itibar edilir olmadığı yönlü bulgusunun hatalı olduğunu ileri sürmüştür.

 Kararın önceki bölümünde de değinildiği üzere, Alt Mahkeme, İddia Makamı tanıklarının şahadetinin çelişkili olduğu, İddia Makamı Tanığı No.20 Prof.Dr. Nuri Erişgin’in ise dava konusu yayının Recep Tayyip Erdoğan’ın itibarını ve saygınlığını düşürmediğini söylediği gerekçesiyle, dava konusu kolaj sebebiyle Recep Tayyip Erdoğan’ın haklarının veya itibarının zedelendiği yönünde bulgu yapabilmesine olanak olmadığı tespitini yapmıştır.

 Alt Mahkemenin bu bulguları, Savcının iddiaları bağlamında incelenmelidir.

Çelişkili Şahadet

 İddia Makamı tarafından dinletilen 24 tanıktan 8’i dava konusu kolajdan rahatsızlık duyarak polise ifade veren kişilerdir. Bunların yanında, mesleki tecrübeleri doğrultusun-da kolajı yorumlamak maksadıyla öğretim görevlileri ve ilgili dönemde Kıbrıs Gazetesi Genel Yayın Yönetmeni Ali Baturay ve aynı gazetede karikatür çizen karikatürist Utku Karsu tanık olarak dinletildi.

 İddia Makamı Tanığı No.15 Ali Baturay’ın dava konusu yayında nefret görmediği, yayında hiciv olduğu ve tüm dünya liderlerine karşı daha sert fotomontaj ve karikatürler yapıldığı, bunların hoşgörü ile karşılandığı, İddia Makamı Tanığı No.16 Utku Karsu’nun ise fotomontajın Yunanlıların bizi nasıl gördüğüne ilişkin bir mizansen olduğu, yayının uyarıcı olup eleştiri içerdiği şeklindeki şahadetleri İddia Makamı Tanıkları İsa Sevindik, Prof.Dr.Hüseyin Oğuz, Doç.Dr.Metin Ersoy ve Metin Karadağ’ın yayının nefret içerdiği şeklindeki şahadetleri ile farklılık arz ettiği bir gerçektir.

 İddia Makamı tanıklarının her biri, kendi tecrübe ve bilgi birikimleri kapsamında dava konusu kolaj ile ilgili yorumları-nı aktarmışlardır.

 Alt Mahkeme, huzurundaki tüm bu şahadeti değerlendirdikten sonra, kendisini makul zeka düzeyinde, makul ölçüde kültür ve hayat tecrübesi olan makul bir vatandaş yerine koyarak dava konusu kolajın Recep Tayyip Erdoğan’ı küçük düşürmek, tahkir etmek veya hakarete uğratmak eğiliminde olup olmadığına karar vermeli idi. Ancak, Alt Mahkeme bunu yapmamış, İddia Makamı tanıklarının şahadetinin çelişkili olduğu gerekçesiyle dava konusu kolaj sebebiyle Recep Tayyip Erdoğan’ın “haklarının veya itibarının zedelendiği yönünde bulgu yapabilmesine olanak olmadığı” tespitini yapmıştır.

 Bu noktada, Savcının istinafın hitabında dile getirdiği şekilde, sunulan şahadet İddia Makamı Tanıklarının gördükleri-ni iddia ettikleri bir olayı anlatırken çelişkili şahadet sunmuş olmaları konusuyla karıştırılmamalıdır. Bu meselede İddia Makamı tanıkları tarafından sunulan şahadet tamamıyla kendi tecrübelerine dayanarak dava konusu kolajı yorumlamalarına ilişkindir.

 Bu bağlamda, Alt Mahkemenin İddia Makamı tanıklarının “çelişkili şahadeti” ışığında dava konusu kolaj sebebiyle Recep Tayyip Erdoğan’ın haklarının veya itibarının zedelendiği bulgusu yapabilmesine olanak olmadığı şeklindeki değerlendirmesi hatalıdır.

Prof.Dr.Nuri Erişgin’in şahadeti

Alt Mahkemenin, Prof.Dr.Nuri Erişgin’in şahadetini tama-mıyla hatalı değerlendirdiğine ilişkin iddiayı incelediğimizde ise Tanığın şahadetinde Mavi 602’de, “………**Ama o zaman ne ile uğraşıyor? Sanıyorum ki Sayın Recep Tayyip Erdoğan’ın şahsı ile uğraşıyor. İşte o durumda benim kendi görüşüm de budur zaten böyle bir durum, böyle bir görüntü doğrudan doğruya Recep Tayyip Erdoğan Beyefendinin şahsına yöneltilmiş bir saldırıdır. Yani Sayın Recep Tayyip Erdoğan Beyefendinin kişilik hakkını ihlal eden bir görüntü yaratılmıştır. Yoksa Türk toplumunu rencide edecek bir şey değildir.…………………”**

Mavi 603’te, **“……………benim alanım açısından hukuki olarak burada sadece kendisine kendi resmine idrar bırakılan kişi olarak Sayın Recep Tayyip Erdoğan Beyefendinin kişilik hakkının ihlal edildiğini düşünmek lazım. …………………”** yine

Mavi 603’te, **“…………benim kanaatim sadece Sayın Recep Tayyip Erdoğan’ın kişiliğine yönelik bir saldırıdır hem de ciddi bir saldırıdır. Bu eleştiri dilini eleştiri üslubunu kullanmak için belirli bir sınırda tutmak lazım bu araçları. İşte o sınırı aşmış olması nedeniyle Sayın Recep Tayyip Erdoğan’ın şahsına yönelik bir saldırı bulunduğunu kabul ediyorum.”**

Şeklinde ifadeler kullandığı görülmektedir.

 Bu tanık, istintakında ise; Mavi 608’de**, “………O yüzden raporumda zaten şahsın kendisine yönelik bir saldırı vardır demişim”** demiştir. Mavi 639-640’da ise:

**“S: Sizce bu resim Sayın Erdoğan’ın itibarını, saygınlığını sizin açınızdan etkiledi mi? Siz daha az saygın olduğunu düşünüyorsunuz Sayın Erdoğan’ın şu an?”** şeklindeki soruya,

**“C: Neden düşüneyim diye iç geçiriyorum. Ben size az önceki konuşmalar içerisinde anlattım ama siz de haklısınız çok şey konuşunca arada kaynıyor. Burada yaşayan insanların bir birleri ile sürtüşmesine yol açabilecek bir şey. Sayın Erdoğan’ın değeri oradadır. Yani burada yaşayan insanlar açısından değeri düşmüş değil, ama onun değerini düşürmek çabasına karşı konulması gerekliliğini doğuran bir şey.”** yanıtını vermiştir.

 İddia Makamı Tanığı No.20 Prof.Dr.Nuri Erişgin’in şahadeti ve istintakında ifade edilenler irdelendiği zaman bu tanığın şahadetinde açıkça dava konusu yayının Recep Tayyip Erdoğan’ın şahsına yönelik bir saldırı olduğunu ve kişilik hakkını ihlal ettiğini vurguladığı görülmektedir.

 Tanığın istintakında yayının Recep Tayyip Erdoğan’ın itibarını ve saygınlığını düşürmediğini ifade etmiş olması tüm şahadeti kapsamında değerlendirilmelidir.

 Gerek Alt Mahkemenin de kararına aktarılanlar gerekse İddia Makamı Tanığı No.20’nin tutanaklarda yer alan şahadetinin tümü incelendiğinde, bu Tanığın dava konusu yayının hakarete uğratma eğiliminde olmadığı ve eleştiri kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini söylediği şeklinde bir çıkarım yapılması olası değildir. Burada gözden kaçırılmaması gereken husus dava konusu yayının Recep Tayyip Erdoğan’ı “küçük düşürmek, tahkir etmek veya nefret veya hakarete uğratma eğiliminde olup olmadığı”dır. Belirtilenler ışığında, Alt Mahkemenin; İddia Makamı Tanığı No.20 Nuri Erişgin’in şahadetini yanlış değerlendirdiği görülmektedir.

Tanıkların KKTC mevzuatını araştırmamaları/AİHM kararlarına atıfta bulunmamaları/Alt Mahkemenin AİHM kriterlerini hatalı uyguladığı

 İddia Makamı adına bulunan Savcının bir diğer yakınması, Alt Mahkemenin İddia Makamı tanıklarının raporlarını hazırlar-ken ve Mahkemeye şahadet ibraz ederken KKTC mevzuatını araştırmamış olmalarını ve özellikle İddia Makamı’nın öğretim görevlisi tanıklarının AİHM kararlarına atıfta bulunmamış olmalarını şahadetlerini değerlendirirken bir kriter olarak belirlemekle hatalı davrandığı şeklindedir.

 Alt Mahkemenin bu husustaki değerlendirmesi şöyledir:

“……………keza mezkûr tanıkların raporlarını veya görüşlerini hazırlarken KKTC Ceza Yasası’nı ve/veya AİHM kararlarını detaylı inceleyerek hazırlamadıkları ve sadece kendi görüşlerini sundukları ortaya çıkmıştır. Dolayısıyle bu aşamada emare 6,7,8,10 ve 11’e özellikle AİHM kararları ışığında hazırlanmaması ve sadece kendi görüşlerini içermesi sebebiyle itibar etmemeyi uygun bulurum” (Mavi 1276).

 İddia Makamının öğretim görevlisi tanıkları tarafından ibraz edilen şahadet incelendiği zaman sunulan şahadetin, dava konusu kolajın T.C. Cumhurbaşkanı’na karşı hakaret oluşturup oluşturmadığı ve onu küçük düşürmek, tahkir etmek veya nefret veya hakarete uğratmak eğiliminde olup olmadığını ortaya koymak için ibraz edildiği anlaşılmaktadır. Öğretim görevlisi tanıklar dava konusu yayının suç oluşturup oluşturmadığına ilişkin bir değerlendirme yapmış değillerdir; bu Mahkemenin görevidir. Yukarıda da temas edildiği üzere hakaret veya hakaret eğiliminde olup olmama konusunda karar verirken Mahkeme kendisini makul vatandaş yerine koyarak bir karara varmalıdır. Mahkeme ancak bu karara vardıktan sonra KKTC mevzuatı ve mevzuatımızla çelişmediği ölçüde AİHM kararları kapsamında ifade özgürlüğüne yönelik sınırlamanın doğru olup olmadığına ilişkin bir sonuca varmalıdır. Başka bir anlatımla, KKTC mevzuatını ve AİHM kararlarını hatırda tutarak inceleme yapacak olan Mahkemedir. İddia Makamı tanıkları kendi tecrübeleri ve uzmanlıkları doğrultusunda Mahkemeye şahadet sunmuşlardır. Bu bağlamda tanıkların KKTC mevzuatını bilmemeleri veya AİHM kararlarını incelememiş olmaları şahadetlerine itibar edilmemesi için bir kriter olmamalıydı. Esas sorgulaması ve istintakı esnasında sunulan şahadette sarsılmamış olan tanıkların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına vakıf olmadıkları nedeniyle şahadetlerinde sarsıldıkları sonucuna varılması doğru bir yaklaşım olmamıştır.

 Savcı, Alt Mahkemenin kararında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin öngördüğü kriterlere ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarına değinmiş olmasına rağmen bu kriterleri hatalı değerlendirdiğini ve somut olaya yanlış uyguladığını da ileri sürmüştür.

 Alt Mahkemenin kararında temas edilen Colombani and others (Le Monde) V.France referanslı davanın konusu huzuru-muzdaki istinaf konusuna benzer şekilde yabancı devlet büyüğüne hakaret edilmesine ilişkindi.

 Fransız Mahkemesi tarafından mahkûm edilen gazeteci Colombani, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Sözleşmenin 10(2)maddesinin ihlal edildiği iddiası ile müracaat etti. İlgili kararda şu görüş yer almaktadır:

 “Furthermore, the reason for the applicants’ conviction in the present case was that the article damaged the King of Morocco’s reputation and infringed his rights. Unlike the position under the ordinary law of defamation, the applicants **were not able to rely on a defence of justification** – that is to say proving the truth of the allegation – to escape criminal liability on the charge of insulting a foreign head of State. The inability to plead justification was a measure that went beyond what was required to protect a person’s reputation and rights, even when that person was a head of State or government.”

 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararından görülebile-ceği gibi, Mahkemeyi belirtilen kararı üretmeye yönelten en önemli sebep, Fransa’da ilgili zamanda yer alan mevzuatta yabancı ülke başkanlarına hakaret etme suçunun “justification” müdafaasının yapılmasına cevaz vermediği gerçeğidir. İlgili dönemde Fransa’da yürürlükte olan yasa maddesi şöyleydi:

 “Section 36 of the Freedom of the Press Act of 29 July 1881 (“the 1881 Act”), “It shall be an offence punishable by one year’s imprisonment or a fine of 300,000 francs or both publicly to insult a foreign head of State, head of government or the minister for foreign affairs of a foreign government.”

 İstinafa konu olan Fasıl 154 madde 68’de ise **“haklı sebep veya mazeret olmaması”** suçun unsurlarındandır. Bu doğrultuda, Alt Mahkemenin Fransa’da ilgili dönemdeki mevzuatın huzurunda-ki davadaki 68. madde ile benzer olduğu tespiti (Mavi 1281) hukuken doğru bir tespit olmamıştır. Başka bir anlatımla, Colombani kararında vurgulananlar Alt Mahkeme huzurundaki somut olaya uygulandığı zaman, Fasıl 154 madde 68 unsurları çerçevesinde, huzurumuzdaki istinafa konu mesele için geçerli olmadığı ortaya çıkmaktadır. Alt Mahkeme, Fransız mevzuatında yabancı devlet başkanlarına hakaretle ilgili suç maddesinde “justification” müdafaasına yer verilmemesinin, kişinin itiba-rı veya kişilik haklarının korunması prensibinin o kişi devlet veya hükümet başkanı olsa bile önüne geçtiğinin vurgulandığını belirtmesine karşın, önündeki meselede “justification” müda-faasının yasa maddesinde düzenlenmiş olması nedeniyle Colombani davasında belirtilenlerin somut olaya uygun olmadığını dikkate almamıştır.

 Alt Mahkeme kararında temas edilen bir diğer Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı Lingens kararıdır.

 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Lingens kararında basın özgürlüğünün halka siyasi liderlerin fikir ve tavırlarını keşfetme ve bu konularda bir fikir oluşturma açısından en iyi araçlardan birini sunduğunu ve dolayısıyla siyasi tartışma özgürlüğünün demokratik bir toplum fikrinin tam merkezinde yer aldığını kabul etmektedir.

 İlgili kararda şu görüşlere yer verilmiştir:

 “………it is incumbent on it [the press] to impart

 information and ideas on political issues just as on

 those in other areas of public interest. Not only does

 the press have the task of imparting such information

 and ideas: the public also has a right to recieve

 them………”

 …………………………………………………………………………………………………………………………………………

 …………………………………………………………………………………………………………………………………………

 “Freedom of the press furthermore affords the public one

 of the best means of discovering and forming an opinion

 of the ideas and attitudes of political leaders.”

 Alt Mahkemenin Lingens davası ile huzurundaki somut olay arasındaki benzerlikleri/farklılıkları inceleyip incelemediği-ni değerlendirdiğimizde, Lingens davasında Gazeteci Lingens’in seçim kazanan kamu görevlisinin geçmişte Nazi bağlantısı olan birinin yönettiği bir parti ile koalisyon kurma kararını ve eski bir Naziye siyasi destek verme konusundaki sistematik çabalarını hedef aldığı görülmektedir.

 Lingens davasına konu olayda siyasi bir figürün hareket-lerinin eleştirildiği çok açık bir şekilde görülmektedir. Huzurumuzdaki istinafa konu davaya konu kolajda bir Yunan heykeli tarafından başına işenmekte olduğu görülen T.C. Cumhurbaşkanının hangi hareket veya görüşünün eleştirildiği belli olmadığından, toplumun bu hareket veya görüşten haberdar edilmeye çalışıldığını söylemek, kararın önceki bölümünde belirtildiği üzere, mümkün değildir.

 Bu aşamaya kadar yapılan inceleme sonucunda, kolaj tekniğiyle yapılan T.C. Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan’ın başına işeyen Yunan heykeli resminin, yayımlanmasındaki haklı sebep müdafaasının, sonradan geliştirilmiş bir müdafaa olması, Recep Tayyip Erdoğan’ın hangi hareket veya söyleminin eleştirildiği ve kamuyu ilgilendiren bir konuda makul ve adil bir yorum olduğunun ortaya konmadığı; Alt Mahkemenin yayının hakarete uğratma eğiliminde olup olmadığını incelerken doğru prensipleri belirtmesine karşın, bunları hatalı uyguladığı çok açık bir şekilde görülmektedir. Keza, Alt Mahkeme Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını huzurundaki somut olaya hatalı uygulamıştır. Alt Mahkeme, belirtilen hataları yapmamış olsa ve kendini makul bir vatandaş yerine koyarak kolajı değerlendirmiş olsa idi çerçeve içerisinde ayakta durmakta olan bir Yunan heykeli figürünün, çerçevenin alt kısmında küçük bir fotoğrafta başı görünen T.C. Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan’ın başına işemesinin, T.C. Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan’ı küçük düşürmek, tahkir etmek, onu hakarete uğratmak eğiliminde olduğu bulgusunu yapacaktı. Bu nedenle Alt Mahkeme, istinafa konu kolajın Recep Tayyip Erdoğan’ı küçük düşürmek, tahkir etmek veya hakarete uğratmak eğiliminde olmadığı bulgusunu yapmakla hatalı davranmıştır.

 Belirtilenler ışığında İddia Makamı birinci ve ikinci istinaf başlıklarında başarılı olmuştur.

3.İstinaf Başlığı:

**Alt Mahkeme Sanıkların suçun niyet unsurunu taşımadıkları ve/veya niyet unsurunu ortaya koyacak şahadet olmadığına dair bulguya varmakla hata etmiştir.**

 İddia Makamı adına bulunan Savcının, Alt Mahkemenin “niyet” konusunda hatalı davrandığı iddiasını dayandırdığı temel argümanı, Sanık 1 ile Sanık 2’nin şahadetlerinde ve istintaklarında ifade edilenlerin layıkıyla değerlendirilmedi-ği, bunların doğru incelenmesi halinde Sanıkların dava konusu kolajı yayımlamaktaki niyetlerinin iki ülke arasındaki huzur ve dostluğu bozmak olduğunun görüleceği şeklindedir.

 Savcı hitabında bir Sanığın niyetinin ispat edilmesinin zor bir husus olduğunu kabul etmiş; niyetin ispat edilebilmesi için kişinin süregelen hareketleri ve davranışları ile düşüncelerinin ortaya konulması ve bunlardan istihraç edilecek sonucun niyetin varlığını belirleyeceğini ifade etmiştir. Savcı, Sanık 2’nin dava konusu kolajın yayımlanmasından kısa bir süre sonra Sanık 1 gazetede Afrinle ilgili, “Türkiye’den bir işgal harekâtı daha” başlığını atmış olmasının, ayrıca dava konusu kolajla aynı sayfada bulunan “arşiv” başlığı altında yer alan “TCavüz Cumhuriyeti” başlıklı yazının Sanıkların niyetini gösterdiğini iddia etmiştir. Savcıya göre Sanık 2’nin genel yayın yönetmeni olduğu gazete, muhalif yapıda bir gazetedir ve Mahkeme huzurundaki şahadetten, Sanıkların KKTC’deki mevcut düzeni tasvip etmedikleri görülmektedir. Savcı keza, Sanıkların T.C.’deki düzene ve Cumhurbaşkanı’na olumlu bakmadıklarının şahadetten görüldüğü; bunların da Sanıkların niyetini gösterdiğini iddia etmiştir.

 Alt Mahkeme suçun unsurlarını kararımızın önceki bölümünde belirtildiği gibi tasnif etmesine karşın, niyet unsurunu ince-lemeye geçtiği zaman, “mazeret ve niyeti bir bütün olarak ele almayı” uygun görmüştür. Alt Mahkeme mazeret ve niyeti birlikte ele almayı uygun gördüğünü belirtmesine karşın, kararının önceki bölümünde Sanıkların haklı sebep ve mazeretlerine ilişkin bulgu yapmış durumda idi. Alt Mahkeme yapmış olduğu inceleme sonucunda huzurundaki şahadet ışığında, Yunanistan’da gerçekleştirilen görüşme sonrası Yunanlıların Türklere ve/veya Recep Tayyip Erdoğan’a olan kızgınlığının veya tepkisinin izah edilmeye yönelik olduğu nedeniyle Sanıkların iki ülke arasındaki dostluğu ve ilişkileri bozmaya yönelik bir niyetlerinin olmadığı bulgusunu yapmıştır. Görüleceği üzere, Alt Mahkemeyi niyet unsurunun ispatlanamadığı sonucuna varmasına yönelten husus, Sanıkların haklı sebep müdafaalarına itibar etmesi olmuştur.

 Bir Sanığın niyetini şahadet olarak Mahkeme huzuruna koymak kolay değildir çünkü niyetini ancak kişinin kendisi bilir ve çoğu zaman açıklamaz. Ancak, Sanığın itham edildiği suçta niyet unsuru varsa, İddia Makamı’nın suçlanan kişinin tek ve yegâne niyetinin o amaç olduğunu ve bunun dışında makul olasılıklara açık olmadığını ispat etmesi gerekir. **Yargıtay/Ceza 44/1978** sayılı kararda şu görüşler yer almaktadır:

**“Ceza istinaf 9/72 Hüseyin Hasan Mani v. Başsavcılık davasında sayfa 11'de ise Mahkeme niyet hususunda şöyle demişti: ‘Niyet meselesine gelince sanığın suçu işlerken niyetinin yalnız maktülün malûliyet ve vahim bedensel incinmesine sebebiyet vermek olduğunu makul şüpheden ari bir şekilde isbat edilmesi gerekir. Mahkeme huzurunda olan şahadetten maktülün niyetinin başka bir niyet olabileceği ihtimali varsa, sanığın mahkûm edildiği suçtan mahkûm edilmemesi gerekirdi.’**

 **Öte yandan iddia makamı bir olguyu ispat eder ve bu olgunun doğal neticesi belli bir sonuç doğurursa ve sanık herhangi bir şahadet veya izahat vermezse mahkeme sanığı itham olunduğu suçu işlemek niyetinde olduğunu bulabilir.”**

 Yargıtay/Ceza 33/1984 ve 34/1984 D.6/1985 sayılı kararda ise niyet unsuruna ilişkin şu görüş yer almaktadır:

 **“Her meselede niyet unsurunu ispat etmek İddia Makamına düşen en zor hususlardan biridir. Niyet hususu birçok ahvalde çevre şahadet ile sanıkların olaydan önceki ve olaydan sonraki tavrı hareketlerinden istihraç edilebilir.”**

 **‘Niyet’** hususunun bir suçun unsurunu teşkil ettiği durum-larla ilgili olarak **Archbold 2006 sayfa 1722’de** **“With Intent to”** başlığı altında şu hususlar yer almaktadır:

“ **The leading cases arise out of convictions for murder; the discussion of the law is in the context of the particular ingredients of that offence, but it is submitted that there is nothing in the decisions to suggest that the principles to be derived therefrom are not of general application. (underline supplied)The cases in question are R.*v. Moloney [1985]* A.C. 905, HL, R.v. Hancock and Shankland [1986] A.C. 455, HL, R.v. *Nedrick*, 83 Cr.App.R.267, CA, and R.v. *Woollin* [1999] 1 A.C. 82, HL (which must now be taken to be the leading authority). The following is a distillation of the essence of these authorities.**

1. **When a judge is directing a jury upon the mental element necessary in a crime of specific intent (such as murder), he should avoid any elaboration or paraphrase of what is meant by intent, and leave it to the jury’s good sense to decide whether the accused acted with the necessary intent.**
2. **Foresight of the consequences which it must be proved that the accused intended (in murder, death or really serious bodily injury), is no more than evidence of the existence of the intent; it must be considered, and its weight assessed, together with all the evidence in the case. Foresight of consequences may be a fact from which the jury may think it right to infer the necessary intent.**
3. **The probability of the result is an important matter for the jury to consider and can be critical in their determining whether the result was intended. It will only be necessary to direct the jury by reference to foresight of consequences if the judge is convinced that, on the facts and having regard to the way the case has been presented to the jury in evidence and argument, some further explanation is necessary to avoid misunderstanding.**
4. **Where, exceptionally, it is insuffıcient to give the jury the simple direction that it is for them to decide whether the defendant intended to kill or do serious bodily harm, they should be told that they are not entitled to find the necessary intention, unless they feel sure that death or serious bodily harm was a virtual certainty (barring some unforeseen intervention) as a result of the defendant’s actions and that the defendant appreciated that such was the case; they should always be told that the decision is theirs to be made on a consideration of the whole of the evidence.**
5. **In appropriate cases, it will be necessary to explain to the jury that intent is something quite different from motive or desire.”**

Yukarıdaki alıntıda temas edilen öncü karar niteliğindeki

 **R.v. Woollin (1999/AC. 82 HL)** davasında **House of Lords, R.v. Nedrick** meselesinde niyete ilişkin uygulanan testin doğru test olduğuna karar vermiştir.

 **R.v. Nedrick** meselesinde **Lord Lane C.J.** niyete ilişkin testin şöyle olduğunu belirtmiştir:

 **“When determining whether the defendant had the necessary intent, it may therefore by helpful for a jury to ask themselves two questions. (1)How probable was the consequence which resulted from the defendant’s voluntary act? (2) Did he foresee that consequence? If he did not appreciate that death or serious harm was likely to resultfrom his act, he cannot have intended to bring it about. If he did, but thought that the risk to which he was exposing the person killed was only slight, then it may be easy for the jury to conclude that he did not intend to bring about that result. On the other hand, if the jury are satisfied that at the material time the defendant recognised that death or serious harm would be virtually certain (barring some unforeseen intervention) to result from his voluntary act, then that is a fact from which they may find it easy to infer that he intended to kill or do serious bodily harm, even though he may not have had any desire to achieve that result ………… *Where the charge is murder and in the rare cases where the simple direction is not enough, the jury should bedirected that they are not entitled to infer the necessary intention, unless they feel sure that death or serious bodily harm was a virtual certainty (barring some unforeseen intervention) as a result of the defendant’s actions and that the defendant appreciated that such was the case.* Where a man realises that it is for all practical purposes inevitable that his actions will result in death or serious harm, the inference may be irresistible that he intended that result, however little he may have desired or wished it to happen. The decision is one for the jury to be reached upon a consideration of all the evidence.”**

 Yukarıdaki alıntılardan görülebileceği gibi “niyet”in bir suçun unsurunu teşkil ettiği meselelerde öncü kararlar, adam öldürme suçuna ilişkin kararlar olmasına karşın, bu kararlarda vurgulanan ve benimsenen prensiplerin “niyet” unsurunun aran-dığı tüm davalarda uygulanabileceği anlaşılmaktadır. Öncü kararlarda benimsenen prensiplere göre;

* Sanığın eylemlerinin sonucunu öngörmüş olması niyetin varlığına dair bir şahadet olmakla birlikte, bunun tüm şahadet çerçevesinde değerlendirilmesi gereklidir.
* Belli bir sonucun gerçekleşmesi olasılığının varlığı sonucun niyet edilip edilmediği belirlenirken önemli bir kriterdir.
* İthama konu olayın gerçekleşmesinin kesin bir gerçeklik olmaması/buna kesin gözüyle bakılmaması ve Sanığın da bunu algılayabilecek durumda olmaması halinde, niyet bulgusu yapılmaması gerekir.

“Niyet”e ilişkin öncü kararlarda benimsenen testi mesele-

mize uyguladığımızda, dava konusu kolajın yayımlanmasıyla iki ülke arasındaki huzur ve dostluğun bozulmasının kesin bir gerçeklik olması veya bunun vuku bulmasına kesin gözle bakıl-ması ve Sanıkların da bunu algılayabilecek durumda olmaları halinde, niyet unsurunun varlığından söz edilebilecektir.

 Alt Mahkemenin de kararında temas edilen **Yargıtay/Ceza 28-29/2010 D.15/2010 (KKTC Başsavcılık ve Şener Levent, KKTC Başsavcılık ve Afrika Yayıncılık)** kararında, Fasıl 154 madde 68’le ilgili “niyet” unsurunun ispatı için müfsit/yıkıcı gayenin ispatı için aranan ölçünün aynısının uygulanabilir olduğunun belirtildiği görülmektedir.

 İlgili kararda **Birleştirilmiş Yargıtay/Ceza 47-48/1998 (D.1/2001)**’den bir alıntı yer almaktadır. Şöyle ki: -

 **“Bu gibi davalarda İddia Makamının yazının yıkıcı niyetle(müfsit gaye) yazılıp yayınlanmış olduğunu isbat etmesi gerekir. Burada konu edilen yazıda yer alan sözcükler kendi başlarına ”müfsit gayeyi” bir başka deyişle “yıkıcı niyeti” açıklamaya yetiyorsa İddia Makamının böyle bir yazının müfsit gaye ile yayınlandığını başka (extrinsic) şahadet ile isbatlaması gerekmez. Bu durumdaki bir yazıda yer alan kelimeler, bu kelimelerin doğal ve olağan anlamları ve/veya varsa doğurduğu neticeler yazıyı yazmaktaki “niyeti” veya “yıkıcı niyeti” gösterebilir. Dolayısıyle Mahkeme huzuruna gelen yazıdaki sözcüklere doğal ve olağan anlamlarını vererek Mahkemeler “niyet”in ne olduğuna karar verebilir. Fakat her zaman böyle olmaz. Bazen bir yazıda yer alan sözcüklere doğal ve olağan anlamları verildiği halde yazıda yer alan imalar veya açıklama isteyen (innuendo) kısımlar nedeniyle ‘niyet’ kolaylıkla anlaşılmayabilir. Bu durumda böyle bir yazının müfsit gaye ile yayınladığının isbatı için başka (extrinsic) şahadet sunulması gerekir. Niyetin var olup olmadığı hususunu incelemek Alt Mahkemenin uhdesinde bulunmaktadır.”**

 Yukarıdaki kararlarda belirlenen prensipleri meselemize uyarladığımızda şunları görürüz:

 Huzurumuzdaki istinafa konu meselede dava konusu olan bir yazı değil kolaj tekniğiyle yapılmış resimdir. Bu resim incelendiğinde, sırf resmin içeriğinden yayımlanmasındaki niyeti gösterdiği söylenebilir halde değildir. Ancak, buna karşın resmin doğrudan Recep Tayyip Erdoğan’ın şahsına yönelik olduğu hususunda bir ihtilaf yoktur. Dava konusu resmin herhangi bir eleştiri taşımadığı konusunda kararın önceki bölümündeki tespit ışığında, Sanıklarla ilgili niyet unsurunun ispat edilip edilmediğine karar vermek için Alt Mahkemede huzurundaki çevre şahadetin ve Sanıkların şahadetinin irdelenmesi gerekecektir.

 Bu aşamada bir konuya açıklık getirilmesi uygun olacaktır. Niyet unsuru incelenirken, niyet edildiği iddia edilenin gerçekleşmiş olması, veya gerçekleşmemiş olmasının bir önemi yoktur. Başka bir ifadeyle, bu meselede KKTC ve T.C. arasındaki huzur ve dostluğun bozulmuş olması veya bozulmamış olması suçun niyet unsurunun var olup olmadığı irdelenirken bir önem arzetmemektedir.

 Sanık 1’in bir şirket olması nedeniyle, bir şirketin suç işleme niyeti ile ilgili bir değerlendirme yapılırken uygulanacak kriterlere kısaca temas etmek uygun olacaktır.

 **Archbold 2006** isimli eserde sayfa 1721’de, **“Offences By Corporations”** başlığı altında şunlar yer alır: (Bkz. Birleşti-rilmiş Yargıtay/Ceza 79-80/2016 D.11/2017)

 **“(a) ………………………………………………………………………………………………………………………**

 **………………………………………………………………………………………………………………………**

1. **The conventional view is that a company will have imputed to it the acts and state of mind of those of its directors and managers who represent its “directing mind and will”: *Lennard’s Carrying Co. v. Asiatic Petroleum Co.[1915] A.C. 705;”***

 **Bolton (Engineering) Co.v. Graham[1957] 1 Q.B.159**davasında şu görüş belirtilmiştir:

**“So also in the criminal law, in cases where the law requires a guilty mind as a condition of a criminal offence, the guilty mind of the directors or the managers will render the company itself guilty.”**

(Ceza hukukunda suç işleme niyetinin suçun unsuru olarak arandığı davalarda, direktör veya yetkililerin suç işleme niyeti şirketi de suçlu kılar.)

**“So here, the intention of the company can be derived from the intention of its officers and agents. Whether their intention is the company's intention depends on the nature of the matter under consideration, the relative position of the officer or agent and the other relevant facts and circumstances of the case.”**

**(Şirketin niyeti ile ilgili şirketin memurlarının veya vekillerinin niyetlerinden çıkarım yapılabilir. Şirket memurlarının veya vekillerinin niyetleri şirketin niyeti olup olmadığı, olguların mahiyeti ile ilgili incelemeye dayanmaktadır. Bu konuda göz önüne alınması gereken, şirket memurlarının veya yetkililerinin ilgili görevleri veya mesele ile ilgili sair alakadar olgu ve ahvaldir.)**

 Yukarıda yapılan alıntılardan da anlaşılacağı üzere, bir şirketin niyeti belirlenirken, yetkilileri ve vekillerinin niyetlerinden çıkarım yapılabilir.

 İstinafa konu meselede ise bir şirket olan Sanık 1 ile ilgili niyet unsuru incelenirken, direktörü ve/veya yetkilisi Ali Osman Tabak ve Sanık 1’in sahibi ve genel yayın yönetmeni olan Sanık 2’nin niyeti incelenmelidir. Eğer Sanık 2’yle ilgili ithama konu suçun “niyet” unsuru ispat edilmişse, bu Sanık 1 şirket için de ispat edilmiş addolunacaktır. Bu yasal durum çerçevesinde Sanıkların niyetine ilişkin Alt Mahkeme huzurundaki şahadeti inceleyelim.

 Sanık 1’i temsilen bulunan Ali Osman Tabak’ın Alt Mahkeme huzurundaki şahadetini incelediğimizde istintakında Afrika Gazetesi’nin işgal rejimine muhalif bir gazete olduğunu, Türkiye Cumhuriyeti’nin şu anki durumuna da muhalif olduklarını, Türkiye Cumhuriyeti rejimine karşı yazılar yazdığı ve bazen üslubun ağır olduğunu; işgal altında olduğumuz bir ülkeyi eleştirmeyip kimi eleştireceğini ifade ettiği görülmektedir. İstintakında ayrıca şöyle bir yanıt vermiştir:

“C: Şimdi karikatürden bahsettin. Ben karikatürü ben yapmadım. Ama yapanın bence yani yapan ister aşağılanmak için yaptı isterse eleştirmek için yaptı. Biz o gazeteyi, o karikatürü de arkadaşlarımız yayınlarken orda bir şey göstermek istedik ve dedik ki, Yunan gözüyle başlangıçta da söyledim bunu bakış açıları oydu yansıttık toplumumuz bilsin.”

 Sanık 2 ise esas sorgulamasında kendisine yöneltilen, “siz dava konusu karikatürü, kolajı yayınlarken KKTC ile Türkiye arasındaki bağı koparmak, bozmak niyeti mi taşıdınız?” sorusu-na; “Yahu bizi Türkiye ile Türkiye düşmanı diye suçlayanların aklı başında değil ya da çok kötü niyetle yapıyorlar bunu. Öyle bir şey olabilir mi yahu? Hem bunu insanların biraz aklı selim sahibi olarak düşünmeleri gerekir” yanıtını vermiştir

(Mavi 812). Sanık 2 yine esas sorgulamasında;

“S: KKTC-TC arasındaki ilişkileri nasıl yorumlarsınız?

C: Efendim?

S: KKTC ile Türkiye Cumhuriyeti arasındaki ilişkileri nasıl yorumlarsınız?

C: Bu son derece kötü. Son derece kötü çünkü hiçbir zaman eşitlik ilkesine dayanmayan, iki tarafa saygıyı gerektiren bir ilişki olması gerekirken daima buradakileri bastıran ve buradakilerin de yalakalıkla büyük bir memnuniyetle kabul ettikleri bir ilişki olarak görüyorum bunu ve manzaramıza baktığımız zaman bunun da böyle gerçekleştiğini görüyorum. 40 yıl önceki yazılarımıza bakıyorum ne yazmışsak sanki hiçbir şey değişmedi ve daha kötü oldu.”

………………………………………………………………………………………………………………

“S: Siz bu karikatür kolajı yayınlarken niyetiniz neydi?

C: Özel bir niyetim elbette ki yoktu.

S: Yani amacınız KKTC ile Türkiye arasındaki dostluğu bozmak mıydı?

C: Böyle şeyler çok saçma sapan geliyor bana Türkiye ile Kıbrıs’ın arasını açacakmışım. Asıl Aziz Nesin masalı yani bunlar. Nasrettin Hoca hikayeleri ve burada ciddi olarak ithamlar olarak geliyor bize bunlar. Vazgeçin bunlardan yani vazgeçilmeli. Ne demek yahu Türkiye ile Kıbrıs’ın arasını açacakmışım? İşte 40 mil var aramızda ne kadar uğraşsam bunu 41’e çıkarabilir miyim ben yahu? Aha köprü de yapacaklarmış yakında suyu getirdiler kablo arkasından köprü böyle gider da bende daha arasını açacayım.” (Mavi 813)

Şeklinde yanıtlar vermiştir.

 Sanık 2 istintakında ise Türkiye’nin Kıbrıs’ı 45 yıldan beridir işgal altında bulundurduğunu, Türkiye Cumhuriyeti aleyhine dava konusu yayından önce “kurtarıldık mı? Has siktir” diye koskoca başlık attığını, yazının içinde “Sana hoş geldin diyen yalakalarına inanma, hoş gelmedin” tabirini kullandığını ifade etmiş; Recep Tayyip Erdoğan’ı Hitler’e benzettiğini belirtmiştir.

 Sanık 2 istintakında, dava konusu kolajın yayımlanmasından kısa bir süre sonra Afrika Gazetesi’nde “Türkiye Cumhuriyetin-den bir işgal harekâtı daha” başlığı atıldığını kabul etmiştir (Mavi 863).

 Yine, istintakında hangi icraatı eleştirildi sorusuna;

“C: Bütün icraatlar eleştirilmiş olabilir. Ancak bu Yunan Gözüyle olduğuna göre bu kendisini ilgilendiren icraatı eleş-tirdi. Ama Erdoğan’ın olumlu kılınacak herhangi bir tarafı yoktur. Ben bana söyle dersen tek bir tane bile örnek gösteremiyorum sana. Sadece faşist uygulamalarını gösterebili-rim ve üstelik burada da Türkiye’de büyük bir faşizm yarattığı halde bizi de burada bu halde tuttuğu halde yaptığımız eleştirileri bile ona hala daha çok hafif yapıyoruz. Mahvetti bizi hepimizi seni da beni da.” (Mavi 850)

Yine niyetle ilgili istintakta;

“S: Çünkü tüm bu yazılar sizin niyetinizi ortaya koyar.

C: Nedir benim niyetim?

S: Tüm bu niyetinizi ortaya koyar.

C: Elbette bir niyetim vardır. Faşizme, diktatörlüğe, işgale karşıyım bunun için de ve Kıbrıs Türk halkının kurtulması için da elimden ne gelirse yapacağım.

S: Sizin tüm, diyorsunuz elimden ne gelirse yapacağım yani her şey mubahtır diyorsunuz.

C: Elimden ne gelirse yapacağım derken silahı alıp da dağa çıktık demek istemedim ya.” (Mavi 867-868)

……………………………………………………………………………………………………………………………………………………………………

“S: Ben diyorum ki size tüm bu yazılarınız süre gelen yazılarınız hem sizin hem gazetenizin yazıları işte tamamen bu niyetinizi yani Türkiye Cumhuriyeti’nin adadaki varlığından rahatsız olduğunuz istemediğiniz ve burada olmasını istemediğiniz niyetinizi ve iki ülke arasındaki dostluğu bozma niyetinizi tüm bu yazılar ortaya koyuyor. Ne dersiniz?

C: Ne tuhaf böyle uzun bir cümle kurdunuz ve içinde işgal sözü bile geçmedi. İçinde yıkım sözü bile geçmedi. İçinde Kıbrıslı Türkler asimile edildi sözü bile geçmedi teessüf ederim.

C: E ya bu kadar uzun cümle kurdu suçlar beni Türkiye ile açacakmışım arasını. Benim hiç böyle bir derdim olabilir mi yahu? Başından beri bana bunu söylüyorlar. Bin defa bu mahkemeye gelip gittim Türkiye ile arasını açacak. Onlar böyle dedikçe ve bizde bunları yazdıkça Türkiye ile ilişkiler daha da sıklaştı, protokollar daha da birleşti sular da geldi, elektrik da gelecek bunlar da hala daha Türkiye ile arasını açıyor. E yetti yahu 50’lerden beridir duyarık bunları.” (Mavi 868-869)

…………………………………………………………………………………………………………………………………………………………………………………………………………………………………………………………………………………………………………………………………………

S: Bu kolajı yayınlamadaki niyetiniz KKTC ve TC arasındaki huzur ve dostluğu bozmaktır diye iddia ederim ben size.

C: Hayatımda duyduğum en komik sözlerden bir tanesi. Ben hala daha şaşarım buna. Bin kere gelip gittim bu mahkemeye bin keredir bana senin söylediğini söylerler. Yahu bu nasıl mümkündür yahu? Kimim ben yahu da Türkiye ile Kıbrıs’ın arasını açacağım?

S: Genelde yazdığınız yazılar, tüm yazılar ve Afrika Gazetesinin de yayınladığı manşetler yazılar bu niyeti ortaya koyar mahiyettedir derim ben size.”

…………………………………………………………………………………………………………………………………………………………………………………………………………………………………………………………………………………………………………………………………………

“Türkiye ile arasını açmak çok basit bir nedendir diyorum. Faşizme ırkçılığa karşı çıkmak için yayınlanan bir gazetedir. İnsan hakları ihlallerine karşı görevini yerine getiren bir kurumdur başından bugüne kadar dünya kadar yayın sıralarım size bunun için ve neler yaptıklarına ve bunların bedellerini de nasıl ödediğine dair. Türkiye ile arasını açmak o çok basit bir suçlamadır yahu faşizm dururken ırkçılık dururken burada diktatörlük dururken Türkiye’nin Kıbrıs’ın arasını açmak ne mümkün yahu ne biçim yahu biz kimiz yahu da Türkiye ile arasını açacak mışık”

 Sanık 2’nin temas edilen şahadetinden, Türkiye Cumhuriyeti’ndeki yönetimin ve T.C. Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan’ın olumlu bir tarafı olmadığına; Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan’ın gerek Kıbrıs’ta gerekse Türkiye’de faşizm yarattığına; KKTC ile Türkiye Cumhuriyeti arasındaki ilişkinin son derece kötü olduğuna, eşitlik ilkesine dayanmadığına, “buradakileri” bastıran ve “buradakilerin” de yalakalıkla büyük bir memnuniyetle kabul ettiklerine inandığı anlaşılmaktadır. Başka bir ifadeyle Sanık 2, T.C. ile KKTC arasındaki ilişkiyi kendi kelimeleriyle yukarıda aktarıldığı şekilde olumsuz, eşitliğe dayanmayan bir ilişki olarak tanımlamaktadır. Bu doğrultuda, Alt Mahkeme huzurundaki şahadetten ve özellikle de Sanık 2’nin şahadetinden, Sanık 2’nin Türkiye Cumhuriyeti’nin adadaki varlığından rahatsız olduğu, burada olmasını istemediği, Türkiye Cumhuriyetinin adayı işgal altında bulundurduğu, T.C. Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan’a karşı ise hiçbir olumlu görüşü olmadığı anlaşılmaktadır.

 Sanık 2’ye gerek Avukatı tarafından yapılan sorgulamasın-da, gerekse de istintakında birçok kez dava konusu kolajı yayımlamaktaki niyetinin ne olduğu sorulmuştur. Sanık 2 tüm bu sorulara yukarıdaki alıntılardan görülebileceği gibi ciddiyet-ten uzak yanıtlar vermiştir.

 Sanık 2 şahadeti esnasında Avukatının kendisine yazdığı bir yazıdan dolayı ceza davasında yargılanıp yargılanmadığını sorması üzerine şöyle cevap vermiştir:

“S: Ceza davasında hiç yargılandınız mı daha önce yazdığınız

 bir yazıdan dolayı?

 C: Hayır ilk yargılandığımız esas dava bu oldu Denktaş

 davası.

 S: Hukuk muydu Denktaş davası? Ceza davası mıydı?

 C: Hukuk davasıydı.”

 Yine, esas sorgulamasında;

Siz hayatınızda hiç suç işlediniz mi? sorusuna ise

“C: Hayır

 S: Hiç işlemediniz?

 C: Hayır ne suçu yani?

 S: Bilmiyorum herhangi bir suç.

 C: Siyasi suç? Başka bir suç falan.

 S: Herhangi bir suç işlediniz mi?

 C: Hayır.”

İstintakında ise bilerek suç işlemediğini vurgulayan Sanık 2, “suç işlemedim dediniz, doğru mu?” sorusuna,

 “Ancak orada bildiğim başka bir şey daha vardır. Yalnız mahkemenin kararı yoktur. Bir de vicdan kararı vardır ve bu mahkemelerde verilen pek çok kararlarında daha sonra basınımızda özellikle de bizim yayınladığımız gazetelerde eleştirildiğini biliyorum. Biz bu kararı doğru bulmadık, bu yanlıştır dediğimiz çok zamanlarımız oldu.”

yanıtını vermiştir.

 Sanık 2 yine istintakında, Lefkoşa Ceza Dava No:70/2001 sayılı davada yargılanıp mahkûm olduğu ve Yargıtay/Ceza 64-65-66/2002 D.4/2002 sayılı istinaf kararıyla mahkûmiyetinin onaylandığı yönlü iddiaya ise “…… tek Yargıçlı bir davaydı bana göre verilen yanlış bir karardı” yanıtını vermiştir. Görülebileceği gibi Sanık 2 Lefkoşa Kaza Mahkemesi’nin 70/2001 sayılı ceza davası tahtında Fasıl 154 madde 194, 195(1), 197, 198 ve 201. maddeleri tahtında mahkûm olmuş ve bu mahkûmiyeti Yargıtay tarafından onanmış olmasına karşın, Alt Mahkeme huzurunda bu konuda doğruları söylememeyi tercih etmiştir.

 Sanık 2’nin Alt Mahkeme huzurundaki şahadeti incelenmeye devam edildiğinde istintakında KKTC’de yaşayan halkın niteli-ğini bildiğini ifade ettiği görülmektedir.

“S: Şimdi Kuzey Kıbrıs’ta KKTC vatandaşları, KKTC-TC vatandaş-ları, TC vatandaşları tabi bunları açabilirim isterseniz eğer ama

C: Bilirim ben onları yahu.

S: TC vatandaşları ve bunun dışında başka ülke vatandaşları da ikamet etmektedir kabul eder misiniz?

C: Evet.

S: Bunun bilincinde ve farkındasınız da değil mi kabul ettiği-nize göre?

C: Elbette yahu görüyorum işte burada hepsi de var bütün milletten geldiler.”

 Sanık 2, yukarıdaki alıntıdan görülebileceği gibi ülkemiz-de KKTC vatandaşları yanında T.C. vatandaşlarının da yaşamakta olduğunu bildiğini kabul etmektedir.

 Şüphesiz, bir ülkede yaşayan toplumun yapısı ve niteliği gazetenin ulaşacağı ve yayınlarını tüketecek olan kitle açısından önemlidir.

 **Archbold Criminal Pleading, Evidence and Practice**, **1996 Vol.2** sayfa 843 paragraf 25-199’da müfsidane yayınla ilgili niyet incelenirken, yayının hitap ettiği kitlenin niteliğinin de dikkate alınması gerektiği vurgulanmıştır.

 **“In determining whether the acts or words in question have a seditious tendency, all the circumstances including the nature of the audience addressed must be considered.”**

 Sanık 2 şahadetinde, Afrika Gazetesi’nin KKTC’de yüksek bir tirajı olduğunu da kabul etmektedir. KKTC’de yaşayan toplumun yapısını bildiğini söyleyen Sanık 2, dava konusu kolajı yüksek tirajlı bir gazetede yayımlamakla toplumdaki bazı kesimlerden olumsuz tepki çekeceğini öngörebilecek bir durumdaydı.

 Dava konusu kolajın yayımlanması sonrasında Sanık 1 gazete binası önünde gösteriler olduğu, bildiri okunduğu, siyah çelenk bırakıldığı ve daha sonra da aynı gazete binası önünde şiddet içeren olaylar yaşandığı, gazeteye bir saldırı gerçekleştiği Alt Mahkeme huzurundaki duruşma boyunca Sanıklar ve savunma tanıkları tarafından kabul edilmiştir.

 Sanıklar ve savunma tanıklarının şahadetinden, toplum içerisinden gazeteye tepkiler ve desteklerin olduğunu kabul ettikleri görülmektedir. Başka bir anlatımla, kolajın yayım-lanması sonrasında Sanık 1 gazete bazı kesimler tarafından çok olumsuz tepki çekmiş; aynı zamanda toplumun bir kısmı tarafından da destek görmüştür.

 Daha önce de vurgulandığı üzere, niyet unsurunun varlığı incelenirken niyet edildiği iddia edilenin gerçekleşmiş veya gerçekleşmemiş olması önemli değildir. Buna karşın, Sanığın yapmış olduğu hareket neticesinde herhangi bir şeyin gerçek-leşmesine kesin gözle bakılması ve Sanığın da bunu algılayabi-lecek durumda olması halinde niyet unsurunun varlığından söz edilebilir.

1. ve 2. istinaf başlıklarıyla ilgili yapılan inceleme sonucunda dava konusu resmin herhangi bir haklı sebep ve mazeret olmaksızın T.C. Cumhurbaşkanı’nı küçük düşürmek, tahkir etmek ve hakarete uğratmak eğiliminde olduğuna karar vermiştim.

 T.C. Cumhurbaşkanı’nı küçük düşürmek, onu hakarete uğrat-mak eğiliminde olan bir yayının toplumun bir kesimi tarafından olumsuz tepki çekeceğine kesin gözüyle bakılabilir.

 Alt Mahkeme huzurundaki tüm şahadet ve özellikle Sanık 2’nin şahadetini inceleyip değerlendirdiğimde, Sanık 2’nin kolajın yayımlanması ile gerek kendine gerekse de Sanık 1 gazeteye KKTC toplumunun bir kesimi tarafından olumsuz tepkilerin doğacağına kesin gözüyle bakılabileceği ve kendisinin de bunu algılayabilecek durumda olduğu çok açıktır. Sanıklara karşı oluşan olumsuz tepkilerin sonucu olarak toplumda bir ayrışma ve kutuplaşma oluşabileceği, bunun aslında çok olası olduğu Sanık 2 tarafından öngörülebilecek, idrak edilebilecek konumdaydı.

 Savcı, suçun niyet unsuru incelenirken dava konusu kolajın yanında, aynı sayfada bulunan bir başka yazının başlığının da dikkate alınması gerektiğini, bunun da Sanıkların niyetini gösterdiğini, Alt Mahkemenin bunu dikkate almadığını iddia etmiştir.

 Alt Mahkeme huzurunda Emare 1 olan 8.12.2017 tarihli Afrika Gazetesi’nin 9.sayfasında, dava konusu kolajın yanında **“Arşiv”** başlığı altında 19 Kasım 2016 tarihli Afrika Gazetesi’nin **“TCavüz Cumhuriyeti”** manşetli ön sayfasının resmi yer almaktadır. Arşiv başlığı altında yer alan görselde bir yasa tasarısına ilişkin olarak 19 Kasım 2016 tarihinde Afrika Gazetesi’nde yapılan manşet görülmektedir. İlgili zamanda yasa tasarısının bir eleştirisi olarak nitelendirilebilecek olan bu manşet haberin dava konusu kolajın yayımlandığı tarihte güncelliğini yitirdiği bir gerçektir. Güncel olmayan ve 19 Kasım 2016 tarihli Afrika Gazetesi’nde yer alan bu manşet haberin dava konusu kolajın yer aldığı sayfada yeniden yayımlanması, Sanık 2’nin niyetiyle ilgili değerlendirilebilir mi? Bu husus Alt Mahkemede duruşma safhasında Savcı tarafından dikkat çekilmiş olmasına karşın Alt Mahkeme bu yazıyı ‘niyet’ unsurunu irdelerken dikkate almamıştır.

 Dava konusu kolajla aynı sayfada yayımlanan **“TCavüz Cumhuriyeti”** manşeti ve Sanık 2’nin şahadetine ilişkin yukarıda yaptığım incelemeyi birlikte değerlendirdiğimde, Sanık 2’nin dava konusu kolajı T.C. ve KKTC arasındaki huzur ve dostluğu bozma niyetiyle yayımladığı; bunun başka rasyonel bir sonuçla bağdaşmadığı görüşündeyim. Başka bir anlatımla, Alt Mahkemenin suçun niyet unsuruna ilişkin bulgusunun hatalı olduğu görüşündeyim. Bu nedenle 3. istinaf başlığı kabul edilmelidir.

 Belirttiklerim ışığında Alt Mahkeme huzurundaki şahadet-ten Sanıkların dava konusu yayını T.C. ve K.K.T.C. arasındaki huzur ve dostluğu bozma niyetiyle yayımladığının makul şüpheden ari bir şekilde ispat edildiği sonucuna varırım.

 3. istinaf başlığı kabul edilmelidir.

4.İstinaf Başlığı:

**Alt Mahkeme, Sanıkları aleyhlerine getirilen davadan mahkûm etmemekle hatalı davranmıştır.**

 Yukarıda 1.,2. ve 3. istinaf başlıklarına ilişkin inceleme sonucunda Sanıkların aleyhlerine getirilen davadaki suç unsur-larının İddia Makamı tarafından makul şüphenin ötesinde ispatlandığı görülebilmektedir.

 Kararımın başında belirtildiği gibi Fasıl 154 madde 68 altında getirilen bir ithamla ilgili yapılan istinafa konu yargılamanın ifade ve basın özgürlüğü kavramları ile yakından alakalı olduğu kabul edilmelidir. Bu noktada, Birleştirilmiş Yargıtay/Ceza 64/2002, 65/2002, 66/2002 D.4/2002 (Avrupa Gaze-tecilik ve KKTC Başsavcısı arasında, Şener Levent ve KKTC Başsavcısı arasında ve Memduh Ener ve KKTC Başsavcısı arasında) sayılı içtihatta (çoğunluk kararında) Sayın Nevvar Nolan’ın söylediklerini aynen aktarmayı uygun gördüm:

“Çağcıl, uygar ülkelerde, bir yazı nedeni ile yazıyı yazan ve yayınlayanlar aleyhine cezai kovuşturma başlatılması, ceza davası getirilmesi artık günümüzde sık görülmemektedir, hatta, nerede ise uygulama dışı bırakılmıştır; ancak yazarların ve yayıncıların da, büyük bir sorumluluk örneği ile, kendilerine oto kontrol uyguladıklarının da altı çizilmelidir. Demokratik, özgürlükçü, yönetenin yönetilenin, yani halkın, denetiminde olduğunun açıkça kabul edildiği, açıkça görüldüğü ülkelerde, düşüncelerin serbestçe oluşumu, düşüncelerin serbestçe ifadesi ve halka ulaştırılması bırakın kısıtlama getirmeyi, ciddi surette teşvik edilmektedir. İnsan düşünerek, düşündüğünü ifade ederek, arayarak, tartışarak iyiye, daha iyiye ulaşabilir. Bu gelişim sürecinde basın büyük görev ve sorumluluk yüklenmiştir. Düşünceyi ifade eden, düşüncenin kitlelere yayılmasına araç olan basının, cezai kovuşturmalarla, ceza davaları ile, bu görevini yapamayacak bir konuma itilmesi doğru olamayacağı gibi, basının da, sorumsuz davranarak kişilerin karakterlerine saldırması, kişilerin koruma hakkı olan iyi isimlerine, şöhretlerine çamur atması, karalama kampanyası gütmesi de doğru olamaz.

Düşünce ve düşünceyi ifade özgürlüğü başkalarının şöhret ve haklarına tecavüz etme hakkını da içermemektedir. Anayasamızın Temel Haklar, Özgürlükler ve Ödevler başlığı altında yerini alan 14(4) maddesi ile ‘Kişinin şeref ve haysiyeti dokunulmazdır. Herkes buna saygı göstermek ve korumakla yükümlüdür’. Yine Anayasamızın Temel Haklar, Özgürlükler ve Ödevler başlığı altında düşünce, söz ve anlatım özgürlüğünü düzenleyen 24. maddesinde, söz ve anlatım özgürlüklerinin kullanılması, başkalarının şöhret veya haklarının korunması için sınırlamalara ve cezalara bağlı tutulabilir denmektedir.

Herkes gibi basının da sahip olduğu, düşünce, söz ve anlatım özgürlüklerinin kullanımı ile, kişilerin şeref, haysiyet ve haklarının saygı görüp korunması, özgürlük, hak ve ödevlerin dengelere oturtulması, dengelenmesi ile birlikte yaşam bulabilir; bu başarı birey ve toplum için sağlıklı, huzurlu gelişimin anahtarıdır.”

 Ceza Yasası’nın 47(b), 48(a) ve 48(e) maddelerinin (yıkıcı niyetle yayın yapma) Anayasa’ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne yapılan havale neticesinde **Anayasa Mahkemesi 24/2002 D.4/2003** sayılı kararda (bu meseledeki Sanık 2 de havale edenler arasında idi), çoğunluk kararında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi iç hukukumuzun bir parçası olduğu vurgulandıktan sonra şu görüşlere yer verilmiştir:

“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi iç hukukumuzun bir parçası olmakla birlikte hukuk normları hiyerarşisinde Anayasa gibi bir üst norm değildir. Yasaların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırılığını denetleyen ve aykırı olanların iptalini öngören bir iç prosedür yoktur. Dolayısıyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini iç hukuk haline gelmiş bir uluslararası sözleşme veya diğer herhangi bir yasa statüsünde kabul edip uygulamamız gerekir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi eğer diğer herhangi bir yasa gibi geçmiş bir yasayı iptal etmişse bu husus dikkate alınacaktır. Ancak eski yasanın bir maddesini iptal eden açık bir hüküm içermeyip sadece benimsediği ilkelere aykırılık söz konusu ise yasanın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırılığını öne sürmek mümkün değildir. O zaman Mahkeme yürürlükte olan yasayı uygulayacak ve kararı beğenmeyen tarafın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine müracaat etmesi halinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sözleşmeye uygun karar verecektir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi karar verdikten sonra ilgili devlet tekrar aynı sonuçla karşılaşmamak için yasasını değiştirmek zorunda kalacaktır.”

 Anayasa Mahkemesinin, Anayasa Mahkemesi 24/2002 D.4/2003 sayılı kararında vurgulananlar ışığında konuya bakıldığı zaman, Alt Mahkemenin huzurundaki meseleyi öncelikle, ifade özgürlüğüne yönelik sınırlamanın İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı olup olmadığı bağlamında incelediği ve sınırlamanın demokratik bir toplumda gerekli olmadığı neticesine vardığı görülmektedir. Kararımın başında da vurguladığım üzere, KKTC Anayasası’nın 24. maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 10. maddesinde yer alan düzenlemeler 10.maddede yer alan, **“demokratik bir toplumda gerekli bir müdahale olması gerektiği”** şeklindeki kural **dışında** birbiriyle örtüşmektedir.

 Zaman zaman ülkemizde yürürlükte olan “koloni devrinden kalma” mevzuatın günümüz şartlarına ve toplumumuza uygun olmadığına ilişkin, gerek hukukçular gerekse de hukukçu olmayan vatandaşlarımız tarafından eleştiriler olduğu bir gerçektir. Ancak koloni devrinden kalan mevzuat KKTC Cumhuriyet Meclisi tarafından ilga edilmedikçe, tadil olunmadıkça ve Anayasa’ya aykırı olduğu hususunda Anayasa Mahkemesi tarafından karar verilmedikçe yürürlüktedir.

 Mahkemelerin görevi Anayasa, yasa ve hukuka uygun kararlar vermektir ve bunu yürürlükte bulunan Anayasa ve yasalar bağlamında yapabilmektedirler.

Belirtilenler ışığında, İddia Makamı tarafından Sanıklar aleyhine getirilen davadaki suç unsurlarının makul şüpheden ari bir şekilde ispatlandığına yönelik yukarıda varılan sonuç ışığında Alt Mahkemenin Sanıkları aleyhlerine getirilen davadan mahkûm etmemekle hatalı davrandığı sonucuna varılması kaçınılmazdır. Bu nedenle 4. istinaf başlığı da kabul edilir.

 Sonuç olarak İddia Makamı tarafından dosyalanan her iki istinafın da kabul edilip Sanıkların aleyhlerine getirilen davadan suçlu bulunup mahkûm edilmeleri gerektiği görüşündeyim.

Peri Hakkı: Sanıklar aleyhine getirilen dava, dava ile ilgili olguları daha önce okuma fırsatı bulduğum Sayın Beril Çağdal’ın kararında belirtildiğinden, tekrarı önlemek bakımından bu hususlara ayrıca değinmeyi gereksiz gördüm. Sayın meslektaşım ilgili yasa maddesini ve tarafların iddialarını kararına aktarmış olmasına rağmen kararın daha iyi takip edilebilmesi için Yasa maddesini şahadet ve tarafların iddiaları ile birlikte tekrar incelemeyi uygun buldum.

 Başsavcılık tarafından dosyalanan ve birleştirilen her iki İstinafın ihbarnamesinde de 27 istinaf sebebi yer almasına rağmen İddia Makamının hitabındaki başlıklar çerçevesinde suçun tüm unsurlarının incelenmesi gerektiğinden, İstinaf sebeplerini aşağıdaki tek başlık altında toplamak mümkündür. Şöyle ki;

**Muhterem Alt Mahkeme, huzurundaki şahadeti ve emareleri hatalı değerlendirmekle ve İddia Makamının Sanıklar aleyhine getirilen davanın unsurlarını makul şüpheden ari bir şekilde ispat edemediğine bulgu yapmakla hatalı hareket etti.**

 İstinaf Eden/Başsavcılık, Lefkoşa Kaza Mahkemesinin Sanık No.1 ve Sanık No.2 hakkında verdiği beraat kararının hatalı olduğunu iddia etmektedir.

 Sanık No.1 Afrika gazetesinin sahibi olup kayıtlı Limited bir şirkettir, Sanık No.2 de Sanık No.1 şirketin direktörü ve genel yayın yönetmenidir.

 İthama konu 8.12.2017 tarihinde Afrika gazetesinde yayımlanan ve üzerinde “Yunan gözüyle ……” Başlığını taşıyan çerçeve içerisinde arka planda Yunanistan bayrağı önünde ayakta duran çıplak bir Yunan erkek heykelini Türkiye Cumhurbaşkanı Sayın Recep Tayyip Erdoğan’ın başının yer aldığı resme işer durumda gösteren resim (Emare No.1) bir kolaj niteliğindedir. Bu husus ihtilafsızdır.

 Sanıklar Fasıl 154 Ceza Yasası’nın 68. maddesi ile itham edilmişlerdir.

 Fasıl 154 Ceza Yasası’nın 68. maddesinde düzenlenen Yabancı Devlet Yetkililerine Hakaret suçunun orijinal İngilizce ve Türkçe metinleri aynen şöyledir;

 **“68. Any person, who without such justification or excuse**

 **as would be sufficient in the case of the defamation of a private person, publishes anything intended to be read, or any sign or visible representation, tending to degrade, revile or expose to hatred or contempt any foreign prince, potentate, ambassador or other foreign dignitary with intent to disturb peace and friendship between the United Kingdom or the Colony and the country to which such prince, potentate, ambassador or dignitary belongs, is guilty of a misdemeanor.**

  **68. Her kim, bir kişiye hakaret halinde yeterli olacak**

**kadar haklı bir sebep veya mazereti olmadan, KKTC ile bir hükümdar, prens, elçi veya yetkilinin mensup olduğu ülke arasındaki huzur ve dostluğu bozmak kastıyla herhangi bir yabancı hükümdar, prens, elçi veya başka bir yetkiliyi küçük düşürmek, tahkir etmek veya nefret veya hakarete uğratmak eğiliminde olan okunacak herhangi bir yazı veya görülecek herhangi bir işaret veya resim yayınlarsa hafif bir suç işlemiş olur.”**

 Sanıkların itham olunduğu 68. maddede yer alan suçun beş unsuru olup İddia Makamının davasında başarılı olabilmesi için Sanıkların;

1. Özel bir kişiye hakaret halinde yeterli olacak kadar haklı bir sebep (Justification) veya mazeretleri (excuse)olmadan,
2. KKTC ile hükümdar, prens, elçi veya yetkilinin mensup olduğu ülke arasındaki huzur ve dostluğu bozmak kastıyla,
3. Herhangi bir yabancı hükümdar, prens, elçi veya başka bir yetkiliyi küçük düşürmek, tahkir etmek veya nefret veya hakarete uğratmak eğiliminde olan,
4. Herhangi bir yazı veya herhangi bir işaret veya resmi,
5. Okunacak veya görülecek şekilde yayınladıklarını,

 makul şüpheden ari bir şekilde ispat etmesi

 gerekmektedir.

 Emare No.1 kolajın bu Yasa kapsamında bir resim niteliğinde olduğu ve Sanıklar tarafından “Yunan gözüyle” ibaresi eklenerek 8.12.2017 tarihli Afrika gazetesinde yayımlandığı ihtilafsız olgu olup ve Alt Mahkemenin bu hususlardaki bulguları istinaf konusu değildir.

 Bu durumda İddia Makamının Sanıkların;

1. Haklı sebepleri veya mazeretleri olmaksızın,
2. KKTC ile Türkiye Cumhuriyeti arasında huzuru ve dostluğu bozmak kastıyla,
3. Sn. Recep Tayyip Erdoğan’ı küçük düşürmek, tahkir etmek veya nefret veya hakarete uğratmak eğiliminde

olan Emare No.1 kolajı yayınladıklarını makul şüpheden ari bir şekilde ispat etmesi gerekir.

 Ceza davalarındaki temel prensip, İddia Makamının sanıklar aleyhindeki ithamın tüm unsurlarını makul şüpheden ari olarak ispat etmesi gerektiğidir.

 İstinafa konu ithamı incelemeye geçmeden önce, Anayasamızda yer alan basın ve ifade özgürlüğü ile ilgili düzenlemeye yer vermeyi uygun bulurum.

 Düşünce, söz ve anlatım özgürlüğü Anayasamızın 24. maddesi altında güvence altına alınmıştır, ilgili madde aynen şöyledir:-

**“Madde 24:**

**(1) Herkes, düşünce ve kanaat özgürlüğüne sahiptir; kimse, düşünce ve kanaatlarını açıklamaya zorlanamaz. Düşünce suçu yoktur.**

**(2) Herkes, düşünce ve kanaatlarını, söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir.**

 **Bu hak, herhangi bir resmi makamın müdahalesi ve Devlet sınırları söz konusu olmaksızın, kanaatını anlatma, haber ve fikir alma ve verme özgürlüklerini kapsar.**

**(3) Söz ve anlatım özgürlüklerinin kullanılması, yalnız ulusal güvenlik, anayasal düzen, kamu güvenliği, kamu düzeni, genel sağlık, genel ahlak yararı için veya başkalarının şöhret veya haklarının korunması veya bir sırrın açıklanmasının önlenmesi veya yargının otorite veya tarafsızlığının sürdürülmesi için gerekli ve yasanın koyduğu yöntemlere, koşullara, sınırlamalara veya cezalara bağlı tutulabilir.”**

 Anayasamız yukarıdaki 24. Maddesinin (1) ve (2). fıkraları ile ifade özgürlüğünü güvence altına alırken, (3). fıkrası ile ifade özgürlüğünün başkalarının şöhret veya haklarının korunması amacıyla yasa ile kısıtlanabileceği kuralına yer vermektedir.

 Anayasa’nın 24.maddesi, basın ve ifade özgürlüğüne ilişkin olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AHİS) ifade özgürlüğü ile ilgili 10.maddesi ile uyum içerisindedir.

 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) 10. maddesi şöyledir:-

1. **Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.**
2. **Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzenin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.”**

 AİHS’nin 10.maddesinde belirtilen kıstasların dışında kalan yayınlar ile ilgili kısıtlamalar 10(2) maddesinde yer almakta olup bu kısıtlamalar KKTC Anayasası’nda yer alanlarla da örtüşmektedir.

 68. madde ifade özgürlüğünü kısıtlayan bir madde olarak halen Fasıl 154 Ceza Yasamızda yer almaktadır.

 İfade özgürlüğü ile ilgili Yargıtay tarafından verilen **Bir. Yargıtay/Ceza 28-29/2010, D.15/2010** sayılı içtihat kararında şöyle denmektedir;

**“Açıklanmış düşünceleri tartışıp, doğruluğu veya yanlışlığının irdelenmesi ifade özgürlüğünün esas amaçlarından bir tanesidir. Demokratik bir toplumda ifade özgürlüğü, yönetici veya kamu makamlarının hoşuna gidecek şeyleri söylemek değil, her türlü düşünceyi serbestçe açıklama özgürlüğüdür. Özellikle İlk Mahkemenin temas ettiği Lingens davası bu bakımdan çok önemlidir. AİHM, Castells v.İspanya(1992) davasında daha ileri giderek, demokratik bir devletin yetkilileri, provakatif olarak nitelendirilse de, eleştiriyi hoş görmelidirler, demiştir.**

 **Düşüncenin açıklanmasının çağdaş anlamdaki sınırını yasalar belirlemektedir. Ancak, ne yazık ki, halen ülkemizde basın ile ilgili müdahalenin sınırını belirleyecek yasal düzenleme bulunmadığı için uygulanması tartışmalı olan eski kanun maddelerine başvurulmaktadır.**

 **İfade özgürlüğüne yönelik sınırlamaların İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı olmaması için genelde üç koşul aranmaktadır.**

1. **Demokratik toplumda gerekli olan bir müdahale olmalı,**
2. **Sınırlama kanunla belirlenmiş olmalı,**
3. **Müdahalenin meşru bir amacı olmalı,”**

 Bu hukuki durumu belirledikten sonra huzurumdaki istinafı incelerim.

 İddia Makamı, Alt Mahkemenin AİHS’nin ifade özgürlüğüne ilişkin öngördüğü kriterleri hatalı değerlendirdiğini, İddia Makamı tanıklarının çelişkili şahadet verdiklerine bulgu yaparak şahadetlerine itibar etmemekle de hata ettiğini iddia etmektedir.

 Alt Mahkeme,AİHS’nin ilgili maddelerinin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ile birlikte ifade özgürlüğüne yönelik sınırlamaların İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı olmaması için genelde üç koşul arandığını doğru bir şekilde kararına aktardıktan sonra içtihatlar tahtındaki 3 koşulun yerine getirilip getirilmediğini inceledi.

 Düşünce ve ifade özgürlüğü bağlamındaki insan hakları evrensel olarak AİHS ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarında özellikle gelişmiş bir hukuk alanı olarak gerek bilimsel eserlerde gerekse içtihatlarda karşımıza çıkmaktadır.

Bilindiği üzere, Kıbrıs Cumhuriyeti 1962 yılında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine katılmış, sözleşme 39/1962 sayılı Yasa ile iç hukuk haline getirilmiştir. KKTC Anayasası’nın Geçici 4(1) maddesi, Anayasa’nın yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte olan mevzuatın Anayasaya aykırı olmadığı müddetçe yürürlükte kalacağı kuralına yer vermektedir. KKTC Anayasası 1985 yılında yürürlüğe girmeden önce yürürlükte olan KTFD Anayasası’nın Geçici 1(1) maddesi ise Kıbrıs Türk Toplumunun yönetimde yer aldığı 21 Aralık 1963 tarihine kadar Kıbrıs Cumhuriyeti tarafından kabul edilmiş mevzuattan Anayasa ve yasalara aykırı olmayanların yürürlükte kalacağı kuralını içerir. Bu hukuki incelemeyi yapan **Anayasa Mahkemesi 24/2002, D. 4/2003** sayılı kararda bu mevzuatın yasalarla eşit düzeyde olduğu ve uygulanması gerektiği vurgulanmıştır.

 **Yargıtay/Ceza 1-2-3/2001, D.2/2001** sayılı kararda AİHS’nin KKTC hukukunun bir parçası olduğu, kararda şu şekilde ifade edilmiştir:

**“Şimdi de konuyu İnsan Hakları Sözleşmesi açısından incelemeye çalışalım. İnsan Hakları Sözleşmesi 1950 yılında imzaya açılmış ve 1953 yılında 9 orijinal Avrupa ülkesinin katılımıyla Avrupa Konseyi kurularak sözleşme yürürlüğe girmiştir. Konseye üye olan ve sözleşmeye katılan devletlerin sayısı her yıl artmaktadır. Konsey üyeleri Strasburg’da kurulan İnsan Hakları Mahkemesinin yargı yetkisini kabul etmişlerdir. Kıbrıs Cumhuriyeti 1962 yılında bu Sözleşmeye katılmış ve 39/62 sayılı yasa ile Avrupa İnsan Hakları sözleşmesini iç hukuk haline getirmiştir. 1975 K.T.F.D. Anayasasının Geçici 1(1) maddesi şöyledir.**

**‘(1) 16 Ağustos 1960 tarihli Anayasanın ve bu Anayasaya uygun olarak, 21 Aralık 1963 tarihine kadar kabul edilmiş mevzuatın; 28 Aralık 1967 tarihli Kıbrıs Türk Yönetimi Temel Kurallarının ve tadillerinin ve bunlara uygun olarak kabul edilmiş mevzuatın; Otonom Kıbrıs Türk Yönetimi Yürütme Kurulu ve Meclisinin 13 ve 18 Şubat 1975 tarihlerinde birleşik olarak yaptıkları toplantılarda alınan kararların ve bunlara uygun olarak yaptıkları toplantılarda alınan kararların ve bunlara uygun olarak kabul edilmiş mevzuatın; bu Anayasa uyarınca konulacak yasalara aykırı olmayanları, yürürlükte kalır.’**

**1985 K.K.T.C. Anayasasının Geçici 4(1) maddesi ise şöyledir.**

**‘(1) Bu Anayasanın yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte olan mevzuat, bu Anayasa kurallarına aykırı olmadığı ölçüde yürürlükte kalır.’**

**Görüleceği gibi 39/62 sayılı yasa Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyetinde halen yürürlüktedir ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bizim iç hukukumuzun bir parçasıdır.”**

Bu prensiplerden hareketle, Sanıklar aleyhindeki itham Ceza Yasamız ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ışığında incelenmesi gerekir.

 Kanaatimce Alt Mahkeme, Sanığın itham edildiği Fasıl 154 Ceza Yasası’nın 68. maddesindeki suçun unsurlarını incelemeden önce Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yer alan 3 koşulun yerine getirilip getirilmediğini incelemekle hatalı davranmıştır. Alt Mahkemenin Sanıkların itham olunduğu suçun unsurlarını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları ile birlikte incelemesi daha doğru bir yöntem olacaktı.

 Alt Mahkeme, kararının devamında, huzurundaki şahadet ve emareleri inceledikten sonra suçun unsurları ile ilgili şu bulgulara vardı;

“ **Yukarıda dava konusu yayının müdahalenin Recep Tayyip Erdoğan’ın haklarının veya itibarının korunması için gerekli olup olmadığı hususunda İddia Makamı tanıklarının çelişkili şahadet sunduğunu ve bazı iddia makamı tanıklarının dava konusu yayının Recep Tayyip Erdoğan’ın saygınlığını veya itibarını düşürmediğini ve basın özgürlüğü altında değerlendirilmesi gereken bir hiciv olduğunu ifade ettiklerini belirtmiştim.** **Tüm yukarıda ifade ettiklerimle birlikte dava konusu yayını özellikle ‘Yunan ibaresi’ kısmı ile birlikte tezekkür ettiğim zaman dava konusu yayından istihraç edilebilecek anlamın ve/veya anlamların şu olduğu kanaatindeyim;**

1. **Yunanlıların gözünden başarısızlıkla sonuçlanan görüşme sonrası Yunanlıların Recep Tayyip Erdoğan’a olan kızgınlığı veya tepkisi izah edilmeye çalışıldığı ve/veya**
2. **Görüşme sonrası Yunanlılar tarafından Recep Tayyip Erdoğan’ın nasıl görüldüğü izah edilmeye çalışıldığı ve/veya**
3. **TC ile Yunan halkının bir birinden uzak olduklarının ifade ediş biçimi olduğu.**

**Başka bir deyişle dava konusu yayın provakatif, tahrik edici ve kışkırtıcı olmasına rağmen iğneleyici ve/veya metaforik ve/veya alaylı görselle ve/veya ifade ile eleştiri ve/veya hiciv niteliğinde olduğu ve/veya hiciv yolu ile ifade şekli olduğu ve yayının Yunanistan’daki gerçekleştirilen görüşme sonrası Yunanlıların Türklere ve/veya Recep Tayyip Erdoğan’a olan bakış açısına yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Keza, huzurumdaki çelişkili şahadetten dolayı dava konusu yayın sebebiyle Recep Tayyip Erdoğan’ın haklarının veya itibarının zedelendiği yönünde bulgu yapılabilmesine olanak yoktur.”(mavi 1286)**

 İddia Makamı, Alt Mahkemenin İddia Makamı tanıklarının şahadetini çelişkili olarak değerlendirmekle, Sanık ve savunma tanıklarının Sayın Recep Tayyip Erdoğan’ın Yunanistan’a yapmış olduğu ziyaret sonrasında Emare No.1 kolajın Yunanlıların

kızgınlığını gösterdiği iddiasını kabul ederek bu yönde bulguya varmakla hata ettiğini, Sanıkların bu müdafaasının sonradan düşünülmüş bir müdafaa olduğu sebebiyle itibar edilemez olduğunu iddia etti. Öncelikle, suçun 1. unsuru bakımından Sanıkların haklı bir sebep veya mazeretlerinin bulunup bulunmadığına bakılmalıdır.

Fasıl 154 Ceza Yasası’nın 198. maddesinde hakaret davalarında “haklı sebep”, 202.maddesinde ise “mazaret” ile ilgili yasal düzenleme yer almaktadır.

İlgili maddeler şöyledir;

**“Madde 198. (a) Bir konu doğru ve yayınlanması kamu**

 **yararına ise;**

 **(b) ……………………………………………………………………………………………**

**Madde 202. Zemmedici malzemenin belirli koşullar altında yayımlanması ve o koşullar altında, yayım iyi niyetle yapılmış olsa idi haklı olacağının sanık adına kanıtlanması halinde, yayım gerek zem ve kadihin kendisinden veya sanık adına verilen şahadetten veya iddia makamı adına verilen şahadetten aksi ortaya çıkana kadar, iyi niyetle yapılmış sayılır.”**

 Sanık No.2 şahadetinde, Emare No.1 kolajın Sn. Recep Tayyip Erdoğan’ın Yunanistan’a yaptığı ziyaret sonrasında Yunan halkının kendisine bakış açısını yansıttığı, kolajın önce Yunanistan’da bir dergide yayımlandığı, kendisinin ise “Yunan gözüyle“ ibaresini ekleyerek mizah amacıyla tekrar yayımladığı şeklinde bir müdafaası olmuştur.

 Alt Mahkemeye sunulan şahadet incelendiğinde, Sanık No.2 nin bu müdafaayı ilk kez kendi şahadetinde ileri sürdüğü ve bu iddiaların hiçbirini İddia Makamı tanıklarına yöneltmediği görülür. Bilindiği üzere, İddia makamı tanıklarına yapılmayan ve ilk kez müdafaa aşamasında yapılan bu tür iddialara pek bir değer verilmemesi gerektiği şahadet hukukumuzda yerleşmiş bir prensiptir. Bu durumda Sanık No.2 müdafaası ile ilgili iddiaları ortaya koyamadığından bu iddialarına itibar edilemez.

 Alt Mahkeme huzurunda, Sanıklar açısından haklı sebep veya mazeret teşkil edebilecek, Sayın Recep Tayyip Erdoğan’ı eleştiren ve kamuyu yakından ilgilendiren makul ve adil bir yorum ile ilgili, yayımın Yunanistan’da yayımlanan bir dergide yayımlandığına dair somut bir şahadet bulunmadığından, kolajın Yunan gözüyle, Yunan halkının TC Cumhurbaşkanına bakış açısını yansıttığı müdafaasına da itibar edilmemesi gerektiği kanaatindeyim bu nedenle, Alt Mahkemenin bu bulgusu hatalı olmuştur. Buna bağlı olarak, Sanıkların haklı sebep veya mazeretleri bulunmadığı kabul edilmelidir.

Bu safhada Emare No.1 kolajın Sayın Recep Tayyip Erdoğan’ı küçük düşürmek, tahkir etmek veya nefret veya hakarete uğratmak eğiliminde olup olmadığını belirlemek gerekir.

 Alt Mahkeme, yukarıda alıntılanan kararından da görüleceği üzere, bu hususlar ile ilgili İddia Makamı tanıklarının çelişkili şahadet verdiği gerekçesiyle Emare No.1 kolajın Sayın Recep Tayyip Erdoğan’ın haklarını ve itibarını zedelemediğine, kolajın basın özgürlüğü altında değerlendirilmesi gereken bir hiciv olduğuna, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları çerçevesinde hakaret teşkil etmediğine ve İddia makamının bu unsuru ispat edemediğine bulgu yaptı.

 İddia Makamı, Alt Mahkemenin İddia Makamı tanıklarının şahadetini yanlış değerlendirdiğini ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarındaki prensipleri yanlış uyguladığını iddia etti.

 İddia Makamı davasını ispat için 22 tanık dinletti.

 İddia Makamı tanıklarının şahadeti incelediğinde, Ali Baturay ve Utku Karsu dışındaki tüm tanıklar Emare No.1 kolajın Sayın Recep Tayyip Erdoğan’ı küçük düşürdüğünü ve hakarete uğrattığı görüşünde olduklarını belirttikleri görülür. Ali Baturay, Emare No.1 kolajın bir hiciv olduğunu ve dünya liderleri ile ilgili basında yer alan karikatürlerin hoşgörü ile karşılanması gerektiğini, Utku Karsu da Emare No.1 kolajın Yunanlıların Sayın. Recep Tayyip Erdoğan’ı nasıl gördüğüne ilişkin bir mizansen olduğunu belirtti.

 Bu tanıklar arasında şahadeti tartışma konusu yapılan İddia Makamı Tanığı Prof. Dr. Nuri Erişgin’dir. Bu tanık, Lefke Avrupa Üniversitesinde öğretim görevlisi olup uzman tanık olarak şahadet vermiştir.

Alt Mahkeme bu tanığın çelişkili şahadet verdiği gerekçesi ile şahadetine itibar etmedi. Nuri Erişgin şahadetinde Emare No.1 kolajın eleştiri sınırlarını aştığını ve Sayın Recep Tayyip Erdoğan’ın kişiliğine yönelik ciddi bir saldırı teşkil ettiğini belirtmiştir. Tanık görüşlerini belirten raporu da Emare No.9 olarak ibraz etmiştir. Bu tanığın şahadeti bir bütün olarak incelendiğinde, istintakı sırasında verdiği bazı cevapların esas şahadeti ve ibraz ettiği raporu ile çelişki arz eder nitelikte olmadığı ve şahadetinin güvenilirliğini etkilemediği kanaatindeyim. Bu nedenle Alt Mahkeme, Tanık Nuri Erişgin’in verdiği esas şahadeti güvenilmez addetmekle hatalı davranmıştır.

 Şahadeti incelemeye devam ettiğimde İddia Makamı tanıkları Prof. Dr. Metin Gürkanlar, Naciye Kazaz, Prof. Dr. Çağlar Özel, Doç. Dr. Metin Ersoy, Ahmet Ünsal Hassan, Metin Karadağ, Hikmet Seçim, Naciye Işıkgören ve Prof.Dr.Hüseyin Oğuz görüşlerini belirten raporlarını mahkemeye emare olarak sundular.

 Alt Mahkeme bu tanıkların raporlarına bilimsel kaynak/makale ile desteklenmedikleri gerekçesi ile itibar etmedi. Bu tanıkların bilirkişi olarak sundukları raporlar kişisel görüşlerini içerdiği ve Mahkemenin bu görüşleri de dikkate alması gerektiğinden, ilgili raporlara bilimsel kaynak ile desteklenmediği gerekçesi ile itibar etmeyen Alt Mahkeme hatalı davranmıştır.

 İddia Makamı, Alt Mahkemenin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını yanlış yorumlayarak huzurundaki davaya yanlış uyguladığını ve Emare No.1 kolajın hakaret teşkil etmediğine bulgu yapmakla hata ettiğini iddia etti.

 Yukarıda da belirttiğim üzere, basının düşünce ve ifade özgürlüğü ile ilgili AİHS ve buna bağlı olarak verilen AİHM kararları ulusal hukukumuzun bir parçası olarak uygulanmaktadır.

 İddia Makamının Emare No.1 kolajın Sn. Recep Tayyip Erdoğan’ı küçük düşürmek, tahkir etmek veya nefret veya hakarete uğratmak eğiliminde olup olmadığını incelemeden önce AİHM kararlarına değinmek yararlı olacaktır.

 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, **Lingens v.Avusturya(1986)** kararında politikacılar için kabul edilebilir eleştiri sınırının diğer bireylere göre daha geniş olması gerektiğini belirtmiştir.

 **Colombani ve Diğerleri v. Fransa (2002)** kararında da davanın konusu olan kişinin kimliğini siyasi bir nitelik taşıması sebebiyle kabul edilebilir eleştiri sınırının geniş tutulması gerektiğini vurgulamıştır.

 **Alves de Silva v.Portekiz (2007)** kararında Mahkeme, bir siyasetçinin özellikle hiciv şeklindeki eleştiriye daha fazla tolerans göstermesi gerektiğini belirtmiştir.

 Görülebileceği üzere AİHM, kabul edilebilir eleştiri sınırları hususunda, sıradan bir vatandaş ile karşılaştırıldığında, bu sınırların halka mal olmuş bir kişi olarak hareket edilen siyasetçiler için daha geniş olduğu günümüzde yerleşik bir ilke haline gelmiştir.

 Ancak kendi mevzuatımızdan ve AİHM kararlarındaki düzenlemelerden de görüleceği üzere, ifade özgürlüğü sınırsız olmayıp yasa ile sınırlandırılmıştır, bu nedenle müstehcen, şeref kırıcı, hakaret ve küfür içeren söz ve yazılar ifade özgürlüğü kapsamında sayılmamaktadır.

 İlgili mevzuatı ve altındaki içtihatları belirttikten sonra düşünce ve ifade özgürlüğü ile kişinin hak ve özgürlüklerinin, şöhretlerinin korunması arasında adil bir denge (fair balance) kurulması gerektiğini gözeterek İddia Makamı tarafından sunulan şahadeti incelediğimde Emare No.1 kolajın her ne kadar da ifade özgürlüğü ve hiciv olarak kabul edilip değerlendirilmesi gerektiği Sanıklar tarafından iddia edilse de, Türkiye Cumhurbaşkanının başına işer vaziyetteki çıplak bir yunan heykelinin (Emare No.1 kolaj) aşağılayıcı, küçük düşürücü ve hakarete uğratma eğiliminde olduğu, Türkiye Cumhurbaşkanının şeref ve saygınlığını rencide ettiği bu bağlamda, kişi hak ve özgürlükleri ile şöhretin korunması açısından hakaret teşkil ettiği kabul edilmelidir.

 Türkiye Cumhurbaşkanı Sayın Recep Tayyip Erdoğan siyasetçi olarak topluma mal olmuş bir kişidir, bu noktadan hareketle, ifade özgürlüğü çerçevesinde kabul edilen eleştiri sınırı siyasetçilere daha geniş tutulsa da Emare No.1 kolajın bu sınırlar dahilinde olduğunun kabul edilemeyeceği ve hakaret teşkil ettiği, bu nedenle, Emare No.1 kolajın bir düşünceyi serbestçe açıklama özgürlüğü dahilinde kabul edilemeyeceği, düşünce ve ifade özgürlüğü dahilinde olmadığı kanaatine varırım.

 Yukarıda belirttiğim gerekçelerle, Alt Mahkemenin bulgusu hatalı olduğundan, İddia Makamının Emare No.1 kolajın Türkiye Cumhurbaşkanını küçük düşürdüğünü ve hakaret teşkil ettiğini makul şüpheden ari olarak ispat ettiği sonucuna varırım.

 Son unsur olarak Sanıkların Emare No.1 kolajı KKTC ile Türkiye Cumhuriyeti arasında huzuru ve dostluğu bozmak kastıyla yayımlayıp yayımlamadığının belirlenmesi gerekir.

 İddia Makamı, Alt Mahkemenin bu unsurun ispat edilemediğine bulgu yapmakla hata ettiğini, huzurunda Sanıkları mahkûm etmek için yeterli şahadetin mevcut olduğunu iddia etti.

 Alt Mahkeme, huzurundaki şahadeti ve yayımın içeriğini değerlendirdikten sonra Sanıkların Emare No.1 kolajı yayımlamaktaki yegâne kasıtlarının KKTC ile Türkiye Cumhuriyeti arasındaki ilişkiyi bozmak olduğu sonucuna varmanın mümkün olmadığına bulgu yaptı (mavi 1294).

 İddia Makamının Sanıkların Emare No.1 kolajı yayımlarken tek niyetinin KKTC ve TC arasındaki ilişkileri bozmak olduğunu makul şüpheden ari olarak ispat etmesi gerekir.

 Sanık No.1 şirketin niyeti, şirket direktörü olan Sanık No.2’nin verdiği şahadet ile belirlenecektir.

 Yüksek Mahkeme yıkıcı gaye (müfsit gaye) ile yazılan yazılarda niyetin tanımını ve nasıl ispat edileceğini **Bir.Yargıtay/Ceza 47-48/1998 D.1/2001** sayılı içtihat kararında şöyle belirlenmiştir:

 **“Bu gibi davalarda İddia Makamının yazının yıkıcı**

 **niyetle (müfsit gaye) yazılıp yayınlanmış olduğunu ispat etmesi gerekir. Burada konu edilen yazıda yer alan sözcükler kendi başlarına ‘müfsit gayeyi’ bir başka deyişle ‘yıkıcı niyeti’ açıklamaya yetiyorsa İddia Makamının böyle bir yazının müfsit gaye ile yayınlandığını başka (extrinsic) şahadet ile ispatlaması gerekmez. Bu durumdaki bir yazıda yer alan kelimeler, bu kelimelerin doğal ve olağan anlamları ve/veya varsa doğurduğu neticeler yazıyı yazmaktaki ‘niyeti’ veya ‘yıkıcı niyeti’ gösterebilir. Dolayısıyla Mahkeme huzuruna gelen yazıdaki sözcüklere doğal ve olağan anlamlarını vererek Mahkemeler ‘niyet’in ne olduğuna karar verebilir. Fakat her zaman böyle olmaz. Bazen bir yazıda yer alan sözcüklere doğal ve olağan anlamları verildiği halde yazıda yer alan imalar veya açıklama isteyen (innuendo) kısımlar nedeniyle ‘niyet’ kolaylıkla anlaşılmayabilir. Bu durumda böyle bir yazının müfsit gaye ile yayınladığının ispatı için başka (extrinsic) şahadet sunulması gerekir. Niyetin var olup olmadığı hususunu incelemek Alt Mahkemenin uhdesinde bulunmaktadır.”**

 **Bir.Yargıtay/Ceza 28-29/2010, D.15/2010** sayılı içtihat kararında yukarıda alıntılanan içtihat kararına atıf yapılarak

bu tür davalarda aranan niyet şöyle izah edilmiştir:

 “**Huzurumuzdaki meselede Sanıkların dava konusu yazıyı**

 **‘KKTC – TC arasındaki dostluğu bozmak kastıyla’**

 **yayınladıkları iddia edildiğine göre bu kastın**

 **ispatlanmasında ‘yıkıcı gaye’nin ispatı için aranan**

 **ölçünün aynısı bu davada da uygulanabilir”.**

Buna göre huzurumuzdaki istinafa konu davada niyetin ispatı için yukarıdaki içtihat kararlarında “yıkıcı gaye” ile ilgili belirlenen ölçüyü uygulamak yerinde olacaktır. **Bir. Yargıtay/Ceza 28-29/2010 – D.15/2020** sayılı içtihat kararında niyet şöyle ifade edilmiştir;

“**Bir davada ‘kast’ ya da ‘niyet’ özel olarak aranıyorsa, bu gibi durumlarda, iddia makamı, suçlanan kişinin tek ve yegane niyetinin o amaç olduğunu ve bunun dışında makul olasılıklara açık olmadığını ispat etmesi gerekir.**

**Bir kişinin niyetinin ne olduğu bazen sarfettiği sözlerden anlaşılabilir, bazen de hareketlerinden istihraç edilebilir.(Gör.Yargıtay/Ceza 8/88)”**

 Yine aynı kararda, bir yazıda yıkıcı niyet olup olmadığını saptamak için yazıda yer alan münferit cümlelere değil, yazının genelde halkta yaratacağı etkiye bakmak gerektiği görüşü belirtilmiştir.

 İngiltere’de benzeri bir yasa maddesi ile ilgili **R v Aldred 22 Cox.** davasında Yargıç Coleridge niyetin tespiti için Mahkeme tarafından uygulanacak kuralları şöyle ifade etmiştir:

“ **In arriving at a decision of this test you are entitled to look at all the circumstances surrounding the publication with the view of seeing whether the language used is calculated to produce the results imputed, that is to say you are entitled to look at the audience addressed, because language which would be innocous partically speaking if used to an assembly of professors or divines might produce a different result if used before an excited audience of young and uneducated men …………you are also entitled to take into account the state of public feeling ……You are entitled also to take into account the place and mode of pubication. All these matters surrounding circumstances which a jury may take into account in solving the test which is for them whether the language used is calculated to produce disorder or crimes or violence …”**

 Buna göre Mahkeme, yayım ile ilgili çevresel faktörleri, kullanılan kelimelerin niyeti ortaya koyup koymadığını, yayımın hitap ettiği kişileri, halkta yaratacağı etkiyi, yayımın yapıldığı yeri ve şeklini de dikkate aldıktan sonra tüm faktörleri birlikte değerlendirerek yayımın halkta bir kargaşaya veya memnuniyetsizliğe yol açıp açmayacağını tespit edebilir. Yukarıda belirtilen hukuki prensipler, benzer şekilde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından **Von Hannover v. Germany (2000)** kararında da serdedilmiş olup sonraki içtihat kararlarında da hatırlatılmaktadır.

 **AİHM, Dickinson v. Türkiye (2021)** davasında özel hayata saygı hakkı ile ifade özgürlüğü arasında denge kurulması gerektiği ile ilgili kriterleri yinelemiştir. Bu kriterler kamu menfaatine ilişkin bir tartışmaya katkı, saygı, ilgili kişinin ünü, röportaj konusu ilgili kişinin önceki davranışları, yayımın içeriği, şekli ve sonuçları ile gerektiği takdirde davanın koşulları olarak ifade edilmiştir. Mahkeme, davaya konu olan kolajın, toplumunun bir kesimi ya da çoğunluğu tarafından aşağılayıcı ve küçük düşürücü olarak algılanarak rahatsızlık yaratabileceğini de ifade ederek kışkırtmaya varan az derece ölçüsüz ifadelere de izin verildiğini, hiciv gibi sosyal ve alaycı yorum biçimlerinin de kışkırtmayı veya ayaklanmayı hedefledikleri, bir siyasetçinin eleştiriye bilhassa eleştiri hiciv şeklini aldığında daha fazla tolerans göstermesi gerektiğini belirtmiştir.

 Zemmedici bir yayının yıkıcı bir gaye ile yayınlandığını ispat edilmemesi durumunda yapılan yayın zem ve kadih oluşturur ancak yıkıcı gaye ile suç işlenmiş sayılmaz **(Bak. Digest of Criminal Law 8th ed.)**

 Yıkıcı niyet ile ilgili yukarıda belirtmiş olduğum prensipler çerçevesinde Alt Mahkeme huzurundaki şahadet ve emareleri incelerim.

 Yukarıda da belirttiğim üzere İddia Makamının, Sanıkların Emare No.1 kolajı KKTC ile Türkiye arasındaki ilişkileri bozmak niyeti ile yayımladıklarını makul şüpheden ari olarak ortaya koyması gerekir. Bu bağlamda İddia Makamı, Sanıkların tek ve yegâne niyetlerinin Türkiye Cumhuriyeti ile KKTC’nin dostluk ve huzurunu bozmak olduğunu, bunun dışında makul olasılıklara açık olmadığını ispat etmekle yükümlüdür.

 İddia Makamı Tanığı Prof. Dr. Nuri Erişgin şahadetinde bu hususta şöyle demiştir:

 **“……Ama o zaman ne ile uğraşıyor ? Sanıyorum ki Sayın Recep Tayyip Erdoğan’ın şahsı ile uğraşıyor. İşte o durumda benim kendi görüşüm de budur zaten böyle bir durum, böyle bir görüntü doğrudan doğruya Recep Tayyip Erdoğan beyefendinin şahsına yöneltilmiş bir saldırıdır. Yani Sayın Recep Tayyip Erdoğan beyefendinin kişilik hakkını ihlal eden bir görüntü yaratılmıştır. Yoksa Türk toplumunu rencide edecek bir şey değildir ………… benim kanaatim sadece Sayın Recep Tayyip Erdoğan’ın kişiliğine yönelik bir saldırıdır hem de ciddi bir saldırıdır. Bu eleştiri dilini eleştiri üslubunu kullanmak için belirli bir sınırda tutmak lazım bu araçları, işte o sınırı aşmış olması nedeniyle Sayın Recep Tayyip Erdoğan’ın şahsına yönelik bir saldırı bulunduğunu kabul ediyorum…..”(mavi 602)**

 İddia Makamı Tanığı Prof. Dr. Nuri Erişgin şahadetinde Emare No.1 kolajın, Sayın Recep Tayyip Erdoğan‘ın şahsına yönelik bir hakaret ve saldırı olduğunu beyan etmesine karşın, Türkiye Cumhuriyeti ile KKTC arasındaki dostluğu bozmaya yönelik bir yayın olduğunu belirten bir şahadet vermiş değildir.

 İddia Makamı Tanıklarının şahadeti bir bütün olarak incelendiğinde, Emare No.1 kolajın Türkiye Cumhurbaşkanına hakaret teşkil ettiğini belirtmiş olmalarına rağmen hiçbiri iki toplum arasındaki dostane ilişkileri ve huzuru bozacağı yönünde bir şahadet vermedikleri gibi Sanıkların böyle bir niyeti olduğunu yönünde somut bir olguya dayanan bir şahadet de sunmadıkları görülür.

 Sanıklar muhalif bir gazete olarak yıllardır gerek KKTC’nin gerekse Türkiye Cumhuriyeti’nin politikalarını eleştiren bir gazete olup bu yönde birçok yayın yaptıklarını da kabul etmektedirler.

 Sanık No.2 şahadetinde, Emare No.1 kolajı yayımlama niyetlerinin Yunanlıların Türkiye Cumhurbaşkanını nasıl gördüklerini anlatan mizahi bir karikatür olduğunu, gazetede 40 yıldan fazla bir süredir Türkiye Cumhuriyeti ile ilgili eleştirisel söylemler ve yazılar yazdıklarını, bunun basın özgürlüğü kapsamında gazetecilik olduğunu, Türkiye ile KKTC’nin arasının bozulmasının söz konusu olamayacağını, Emare No.1 kolajı yayımlarken öyle bir niyetlerinin olmadığını ileri sürdü.

 İddia Makamı tarafından sunulan şahadeti ve Sanıkların beyanlarını yukarıda belirttiğim yasal mevzuat çerçevesinde incelediğim zaman, Sanıkların ağır eleştiri yapan gazeteci kimlikleri ile Türkiye Cumhurbaşkanını küçük düşüren Emare No.1 kolajı yayımlamaktaki tek amaçlarının Türkiye Cumhuriyeti ve KKTC arasındaki ilişkileri bozmak olduğu, bunun dışında makul olasılıklara açık olmadığını ortaya koyan olgusal dayanak bulunmamaktadır.

Sanıkların uzun bir zamandır Türkiye ve KKTC siyasetçilerini eleştiren muhalif yayınlar yapmaları gerçeği ışığında, bu yayınların muhalif gazetecilik çizgisinden çıkarak başka bir olasılık olmaksızın tek ve yegâne amacının Türkiye Cumhuriyeti ve KKTC arasındaki dostluk ve huzuru bozmak olduğu sonucuna varılması olası değildir.

 Emare No.1 kolajın içeriği incelendiğinde içeriğinin amacının Türkiye Cumhuriyeti ile KKTC arasındaki ilişkileri bozmak olduğunu istihraç etmek ve bu unsurun ispat edildiği sonucuna varmak mümkün değildir.

 Sanıkların Emare No.1 kolajı Türkiye Cumhurbaşkanına hakaret olarak yayımlamakla birlikte Türkiye ile KKTC arasındaki ilişkiyi bozma kastıyla hareket ettiklerini ortaya koyar nitelikte somut şahadet olmadığından, İddia Makamının niyet unsurunu makul şüpheden ari olarak ispat edemediği sonucuna varırım.

 Bu bağlamda İddia Makamı niyet unsurunu ispat edemediğinden, Alt Mahkeme Sanıkların Emare No.1 kolajı KKTC ile TC arasındaki huzuru ve dostluğu bozmak kastıyla yayımlamadıklarına bulgu yapmakla herhangi bir hata yapmış değildir.

Tüm yukarıda belirttiklerim ışığında, İddia Makamı suçun tüm unsurlarını ispat edemediğinden, Sanıkların aleyhlerine getirilen davadan beraat etmesi gerekir. Bu bağlamda Alt Mahkeme Sanıkları aleyhlerindeki davadan beraat ettirmekle hata yapmış değildir.

 Yukarıda belirtilenlerle İstinaflar reddedilir.

Bertan Özerdağ: Her iki meslektaşımın kararını önceden okuma fırsatım oldu. Sayın Peri Hakkı’nın kararı ve vardığı sonuçlar ile hem fikirim.

NETİCE:

 İstinaflar oy çokluğu ile reddedilir. Sanıklar aleyhlerindeki davadan beraat ettirilir.

 Bertan Özerdağ Beril Çağdal Peri Hakkı

 Yargıç Yargıç Yargıç

11 Ekim, 2023