



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

MÜSLÜM GÜNDÜZ-TÜRKİYE DAVASI

(Başvuru no: 35071/97)

4 Aralık 2003

NİHAİ KARARIN ÇEVİRİSİ

Davanın nedeni, Türk vatandaşı olan Müslim Gündüz'ün, (başvuran), 21 Ocak 1997 tarihinde, İnsan Haklarını ve Temel Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin (AİHS) eski 25. maddesi uyarınca, AİHS'nin 10. maddesinin ihlal edildiği gerekçesiyle Türkiye Cumhuriyeti Devleti aleyhine Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na (AİHK) yaptığı başvurudur (Başvuru no: 35071/97). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) önünde, Ankara Barosu avukatlarından A. Çiftçi tarafından temsil edilmektedir .

OLAYLAR

1941 doğumlu olan başvuran Türk vatandaşı olup işçi emeklisidir.

Davanın koşulları

A.. Tartışma konusu olan televizyon programı

12 Haziran 1995 tarihinde, başvuran, kendisini Aczmendi (Marjinal İslami tarikat) tarikatının Lideri olarak tanıtarak, HBB kanalında canlı olarak yayınlanan “Ceviz Kabuğu” adlı televizyon programına katılmıştır .

Dosyadan sözkonusu programın 12 Haziran akşamı geç saatte başladığı ve yaklaşık olarak dört saat sürdüğü anlaşılmaktadır. Programın bazı bölümleri şöyledir:

“ Hulki Cevizoğlu (programın sunucusu). İyi akşamlar (...) Özellikle kamuoyunda kara cübbeleri, ellerinde asaları ve zikir ayinleri ile dikkati çeken bir grup var. Bu grup kendisini ne olarak adlandırıyor, bir cemaat mi, bir grup mu? Çeşitli dinin dışındaki toplumsal konularda siyasi konularda çeşitli görüşlerini kendilerinden ilk ağızdan bu grubun yani Aczmendi grubunun lideri Sayın Müslüm Gündüz'ün ağzından ilk elden alacağız ve sizlere ileteceğiz. Görüşlerini açıklamak üzere önemli telefon veriyorum, konuklarımız da olacak. Kıyafetleri ile ilgili olarak, giydikleri kara cübbeler konusunda bu alanda siyahi modada uzman olan bir modacı ve stilistimiz Sayın Neslihan Yargıcı'ya bağlanacağız. Kemalizm konusundaki görüşlerini almak için Sayın B. Baykam ve T. Ateş'e bağlanacağız. Nurculuk konularındaki açıklamalarında yine bu alandaki en önemli liderlerden birisine bağlanıp, görüşlerini alacağız. Aynı zamanda Aczmendi grubunun veya tarikatının Diyanet İşleri hakkında çeşitli görüşleri var. O konuda Din İşleri Yüksek Kurulundan Sayın Y. İşcan'dan yararlanacağız. Bu arada siz değerli izleyicilerimizde Aczmendilerin Lideri M. Gündüz' e sorularınızı yöneltebilirsiniz (...)”

Telefon bağlantısı ile programa bağlanan stilist Bayan Yargıcı, M. Gündüz'e kadınların kıyafetleri ile ilgili sorular sormuştur. Dini gelenekler ve kendi geleneklerinin moda ve İslami anlayışa uygunluğu hakkında tartışmışlardır.

Ardından, sunucu İslam anlayışında tarikatlardan söz etmiş ve bu konu ile ilgili olarak başvurana sorular yöneltilmiştir. Ayrıca zikirden de söz etmişlerdir. Bu bağlamda, Gündüz şunları açıklamıştır:

M. Gündüz (M. G.): “ Kemalizm yeni çıktı. Kemalizm bir dindir, yani İslam dinini yıkıp, yerine gelmiş bir dindir. Laiklik dinsizliktir, demokratiklik dinsizliktir Kemalizm de İslam dinini kaldırıp, yerine oturan bir dindir (...)

H.C.:” Şimdi sizin daha önce Star televizyonunda yaptığınız bir açıklama var. Şu anda hattımızda Bedri Baykam var, kendisine soralım bakalım dedikleriniz doğru mu. Kemalizm’in önde gelen isimlerinden biri olarak kendisine Kemalizm’in bir din olarak görülüp, görülmeyeceğini soralım (. ..)

H. C. .” Kemalizm konusunda M. Gündüz’ün sözlerine katılıyormusunuz? Türkiye’nin önde gelen Kemalistlerinden olarak. ,,

Bedri Baykam (B. B.): Nereden başlayacağımı bilemiyorum. O kadar çok yanlış şey söylendiğine inanıyorum ki ,üstelik Kemalizm’in bir din olmakla hiçbir alakası yoktur, demokrasinin dinsizlik olduğunu söylemek tamamen yanlıştır.”

Baykam, M. Gündüz’ün iddiaları ile mücadele etmiş ve demokrasi ve laiklik temalarını açıklamıştır. Şunları söylemiştir:

B.B:” Sizin gibi bir tarikatın mensup olduğu bir din olabilir. Demokrasinin veya felsefenin veya düşüncenin, özgür düşüncenin bir dini yoktur, demokraside İsteyen istediği dini seçer, isteyen dinsizliği seçer, isteyen istediği dinin gereğini, inandığı şekilde yerine getirir. Ve nitekim, çoğulculuğu, özgürlüğü, demokratik düşünceyi ve dolayısıyla çok farklı yapılanmayı gerektirir ve sonuçta halkında isteği olur. çünkü halk bugün “ A “ partisini seçer, yarın “B”, öbür gün koalisyon yapın der, ama bunu halk söyler. Onun için demokrasilerde her şey serbesttir ve demokrasi, laiklik bir arada giden bir ikilidir. Laiklik kesinlikle bir dinsizlik değildir.”

M.G: “ Laiklik dininin adını söyle bana”

B.B. : “ Laiklik, insan özgürlüğüdür ve din işlerinin devlet işlerine karışmamasıdır)

M. G .: “Kardeşim işte .ben diyorum ki, laik dinsizdir, demokratik adam dinsizdir, Kemalist adam Kemalizm dinindendir(...)

B.B. “ (Atalarımız dinsiz değildi.). Şeriatçı dediğiniz ve sizin belki Türk toplumunu götürmek istediğiniz ve Müslümanlığı bir ortaçağ zihniyetine, anti-demokratik, totaliter, baskıcı ve gerektiği zaman kan dökücü bir sistem içinde getirmek açısından tabii ki buna izin vermedi ve siz bunun adına dinsizlik diyorsanız, onu bilemem. Ama herkes istediği dini, Kemalist, laik, demokratik bir hukuk devletinde herkes istediği dinin gereklerini yerine getirir Kapıyı kapatır, isterse zikir yapar, isterse ayin yapar, namaz kılar, dua eder, istediği kitabı okur, Kur’an’ı okur, İncil’i okur, isterse felsefe okur, bu onun seçimidir. Dolayısıyla özür dilerim ama bu

bir demagoji oluyor. Kemalizm'in din ile bir alakası yok. Dine saygı vardır. Herkes istediği dine mensup olabilir.”

M. G.:” İşte beyefendi ben de dinle alakası olmayana dinsiz diyorum. Yanlış mı söylüyorum?”(...) Ben şimdi takrir etmiyorum ki. Diyorum ben demokrat bir adamım diyenin dini yoktur (...) Türkiye’deki demokrasi hem despottur,hem vicdansızdır,hem de dinsizdir

(...)İki gün önce Ankara dergahındaki,altı yedi arkadaşımız alındı,götürüldü (..)”

M.G.:” Bu demokratik laik sistem iki yüzlüdür (...),birisine başka muamele eder,birisine başka. Yani demokrasiyi benimseniyoruz. Vallahi demokrasinin hiçbir şeyini benimsemiyoruz.Onun gölgesine de sığınmıyorum. Münafıklık yapmasın.”

H.C.:” Ama bunu da demokrasi sayesinde dile getiriyorsunuz

M.G.. “ Hayır,hiç hiç. Demokrasi sayesinde değil,söke söke hakkımızı alacağız.Ne demek demokrasi hiç alakası yok.”

H.(Ben size şunu söyleyeyim,demokrasi olmasaydı,siz bu sözleri söyleyemezsiniz

M.G.:” Niye söyleyemezdim? Ben bu sözlerin suç olduğunu kanunlara,zulüm kanunlarına göre suç olduğunu bile bile konuşuyorum. Niye konuşmayayım. Ölümden öte yol var mı?”

Muhataplar İslam ve demokrasi konusunda polemige girmişlerdir

M.G.:” İslam dinine göre devlet idaresi ile insanın şahsi dini arasında zerre kadar ayırım yapılamaz. Mesela bir valinin orada milletine şeri usuller dairesinde,şeri kaideler dairesinde o vilayeti idare etmesinin adı İslam ‘ da ibadettir ,yani yalnız ibadet namaz kılmak, oruç tutmak hadisesi değildir(..) Bir müslüman, diğer bir müslümana her hangi bir yardımda bulunursa,onun adı ibadettir. Din ile devlet birbirinden ayrıldı. Şimdi ben bir hanımla evlendim. Nikah yapacağım,din ile devlet birbirinden ayrıldı. Bu adam gidip, Türkiye Cumhuriyetinin kendisine verdiği salâhiyetle belediye memurunun yaptığı nikah ile,gider zifaf gecesine girerse ondan doğan çocuk piçtir .”

“ Estağfurullah”

“ İslam dinine göre konuşuyorum,ben şimdi demokrasiye göre konuşmuyorum....”

B.B.: (...)” Türkiye’de oruç tutmadığı için öldürülen İnsanlar var. Türkiye’de üniversitede dövülen İnsanlar var. Bu yüzden kendileri (M. Gündüz) masum filan değil,kendilerini bir açıdan masum gösterip,öte yandan olaya tamamen baskıyla şiddetle,yaşam tarzına müdahale ile karışan maalesef Türkiye’ de kendisini şeriatçı ilan etmek isteyen kişiler ,esasen tüm bu kavram saptırmalarının tüm bu demagojilerin hedefi Türkiye’de M.Gündüz’ün söylediği gibi,işte demokrasiyi yıkıp,yerine şeriat rejimini koymaya çalışmak. ,,

M.G.:” Tabii o olacak,o olacak (...)”

Ardından televizyon programına, profesör T Ateş, din işleri temsilcisi Y .İşcan ve Mehmet Kırkinci katılmışlardır

2. Başvuran aleyhine yürütülen ceza ile ilgili ,süreç

5 Ekim 1995 tarihli iddianame ile, İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi cumhuriyet savcısı tarafından,bir televizyon programında bir dine dayalı ayrımcılık temeline dayanarak,halkı kin ve düşmanlığa yöneltmek gerekçesiyle, başvuran aleyhine Ceza Kanununun 312 maddenin § § 2. ve 3 .fıkralarını ihlal etmek nedeniyle ceza ile ilgili bir dava başlatılmıştır

19 Temmuz 1995 tarihinde, Devlet Güvenlik Mahkemesi (DGM), başvuranı atfedilen olaylardan suçlu bulmuştur. Bu karar Yargıtay'ın 28 Temmuz 1995 tarihli kararı ile,ana delilin, programın kaydedildiği video kasetin,bir uzman tarafından deşifre edilmediği gerekçesiyle bozulmuştur.

1 Nisan 1996 tarihinde,bir uzman görevlendiren Devlet Güvenlik Mahkemesi, başvuranı Türk Ceza Kanununun 312 §§ 2. ve 3. maddeleri gereğince,yeniden suçlu bulmuş,iki yıl hapis ve 600 000 Türk Lirası para cezasına çarptırmıştır.

Mahkeme (DGM), kararında:

“Televizyon programının amacının,siyah cübbeleri, asaları ve zikirleri ile kamuoyunun dikkatini çeken tarikat mensuplarını tanıtmak olduğunu görmüştür .Program esnasında, B.Baykam, T. Ateş ve ilgili Laiklik, demokrasi ve Kemalizm konularında yoğunlaşmışlardır. İlgili, demokrat olduğunu,laik olduğunu söyleyen kişilerin dinsiz olduğunu” belirtmiştir. “Türkiye’deki demokrasi hem despottur,hem vicdansızdır,hem de dinsizdir” (...)”

Bu demokratik laik sistem iki yüzlüdür(...),birisine başka muamele eder, birisine başka. Niye konuşmayayım. Ölümünden öte yol var mı? Bir adam gidip, Türkiye Cumhuriyetinin kendisine verdiği salâhiyetle belediye memurunun yaptığı nikah ile, gider zıfâf gecesine girerse ondan doğan çocuk piçtir (...)”

Mahkeme ayrıca, konuşmacılardan birinin ilgiliye “ bu kişinin amacı,demokrasiyi yıkıp,yerine şeriat düzenini getirmektir” dediğini belirtmiştir. Sanık bunu şöyle cevaplamıştır: “Tabii o olacak, o olacak. (...)”

Mahkeme, ilgilinin mahkeme önünde, şeriatın, silahla veya zorla değil, insanları ikna yoluyla geleceğini belirttiğini kaydetmiştir. mahkeme, İslam adına demokrasi, laiklik ve ateizmi tanımlayarak, ilgilinin halkı kin ve düşmanlığa sevk ettiğini”

belirtmiştir.

15 Mayıs 1996 tarihinde, başvuran Yargıtay’ a müracaat etmiştir. Temyiz görüşünde, Sözleşmenin 9. maddesine ve Anayasanın 24. (din özgürlüğü) ve 25. (ifade özgürlüğü) maddelerine dayanarak, din ve ifade özgürlüklerinin korunmasından yararlanmıştı.

25 Eylül 1996 tarihli karar ile Yargıtay, Asliye Hukuk Mahkemesinin kararını onamıştır.

HUKUK AÇISINDAN

I. AİHS’NİN 10. MADDESİNİN İHLAL EDİLMESİNE İLİŞKİN

Başvuran TCK’nın 312. maddesi uyarınca mahkum edilmesi ile AİHS’nin 10. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmektedir.

Taraflar mevcut başvuruya yönelik alınan önlemlerin başvuranın ifade özgürlüğüne bir kısıtlama getirdiği tespitine karşı çıkmamaktadırlar. Benzer müdahalenin AİHS’nin 10 § 2 maddesi uyarınca «yasayla öngörülen» veya bir yada birden çok meşru amacı güderek «demokratik bir toplum için gereklilik» unsurlarını taşıması gerekmektedir.

A. «Yasayla öngörme»

Hükümet, TCK’nın 312. maddesince Gündüz’e yapılan müdahalenin «yasayla öngörülmüş» olduğunu savunmaktadır.

B. Meşru amaç

Hükümet, kamu düzeninin korunması, suçu önleme, ahlakın korunması ve özellikle diğer bireylerin haklarının korunması gibi meşru amaçlarını taşıyan müdahalenin meşru amaçlar taşıdığına şüphe bulunmadığını belirtmektedir.

C.«Demokratik bir toplum için gereklilik»

1. Tarafların görüşleri

Hükümet ilk olarak ifade özgürlüğünün küfürler savurma serbestliğine uygulanamayacağını, başvuranın kullandığı «*piç*» gibi kelimelerle ifade özgürlüğünden yararlanamayacağını savunmaktadır. Ayrıca bu eylem yasayla men edilerek, bu yönde toplumu aleni bir şekilde kine ve düşmanlığa tahrik etme, din ve mezhep ayrımcılığına dayalı ayrımcılık yapma suçlarına müdahale edilmesini öngören TCK’nın 311. ve 312. maddeleri devreye girmiştir.

Hükümet, başvuranın demokrasiye karşı olduğunu söylediği halde demokrasinin tüm avantajlarından yararlanarak beyanlarını televizyonda yayınlanan bir program aracılığıyla yaptığını ifade etmektedir.

Hükümete göre, sözkonusu müdahale demokratik bir toplum için gerekli ve sosyal bir ihtiyaca yanıt vermektedir. Kamu düzeninin olduğu kadar toplumun ahlaki değerlerinin geniş oranda sarsılması sözkonusudur. Adı geçen söylemi ile nüfusun büyük bir bölümünün ahlaki ilkelerine karşı gelerek toplumsal barışı tehdit etmektedir. Üstelik bu şahsa göre resmi nikahla evlenmiş bir çiftten doğan çocuklar «*piç*»'tir, ki bu iddia Türk kamuoyunun çok hassas olduğu bir noktaya saldırı anlamındadır. Ahlaki yönden ele alınan bu durumla aile kurumunun meşruluğu itham edilmiş, İslam dinine uygun bir yaşam biçiminde bir çelişki ortaya çıkarılmıştır. Hükümet, televizyon programıyla yayılan bu düşüncelerle ulusal toprak bütünlüğüne derin bir etki edildiğinin altını çizmektedir.

Hükümet ayrıca başvuranın dini inancından dolayı değil, dini hoşgörüyeye karşı kine ve nefrete dayalı propaganda yapması nedeniyle mahkum edildiğinin altını çizmektedir. Bu noktada başvuran Sözleşmenin 10. maddesinin 2. paragrafının kapsamından yararlanamamaktadır.

Başvuran Hükümetin savlarına karşı çıkarak televizyonda yayınlanan tartışma programının geç saatlerde başladığını, yaklaşık dört saat sürdüğünü, birçok kişinin programa katılarak düşüncelerini aktardığını ve karşı tezleri savunarak kendisiyle tartışmaya girdiklerini ileri sürmektedir.

Başvuran tümü ele alındığında düşüncelerinin ifade özgürlüğü kapsamına girdiğini, şahsi görüşünü ifade etmek için örneklemelerde bulunduğunu; program sunucusunun sorusu üzerine «*piç*» kelimesini «gayri meşru çocuk» olarak açıkladığını savunmaktadır. İslamda yapılan her evliliğin ayrıca dini nikaha da dayandırılması şartını resmi nikahın kaldırdığını ileri sürerek buna karşı çıktığının altını çizmekte, kullandığı kelimenin küfürden ziyade islami görüşe göre bu durumun izahatı olduğunu eklemektedir.

Başvurana göre «dinsiz demokrasinin» anılan beyanları bu çerçevede değerlendirmesi gerekmektedir.

Ayrıca, başvuran hakkında verilen mahkumiyet kararının hiçbir sosyal ihtiyaca cevap vermediğini, bu beyanlara hedef olan hiç kimsenin karalama yapıldığı ve küfür edildiği gerekçesiyle hakkında dava açmadığını savunmaktadır.

2. Mahkemenin değerlendirmesi

a. İlgili prensipler

İfade özgürlüğü demokratik bir toplumun zorunlu temellerinden birini ve toplumun ilerlemesi ve her bireyin özgüveni için gerekli temel şartlardan birini teşkil etmektedir. 10. maddenin 2. paragrafı uyarınca, bu kabul gören veya zararsız veya kayıtsızlık içeren “bilgiler” ve “fikirler” için değil, aynı zamanda kırııcı, şok edici veya rahatsız edici olanlar için de geçerlidir. (Bkz. *Handyside-İngiltere kararı* 29 Nisan 1976, seri:A no:24, s. 23, § 49).

Bir kez daha vurgulamak gerekirse 10. maddenin 2. paragrafında yer alan ifade ve düşünce özgürlüğü bazı «görev ve sorumlulukları» beraberinde getirmektedir; bunlar arasında yer alan din ve inanç özgürlüğü sözkonusu olduğunda başkalarına zarar verecek nitelikteki söylemlerden ve bu yönde kamuya açık tartışmalarda diğer kimselerin haklarını ihlal edecek davranışlardan kaçınılması gerekmektedir (Bkz. mutatis mutandis, *Otto-Preminger-Enstitüsü-Avusturya kararı* 20 Eylül 1994, seri: A no: 295, s. 19, § 49, ve *Wingrove-İngiltere kararı* 25 Kasım 1996, 1996-V, s.1956, § 52).

Ayrıca ifade özgürlüğüne ilişkin düzenlemelerde, ahlaki, özellikle dinsel alanda Akit devletler genel olarak bir takdir yetkisine haizdirler. (Bkz. mutatis mutandis, *Müller ve diğerleri-İsviçre kararı* 24 Mayıs 1988, seri: A no:133, s.22, § 35, ve son olarak *Murphy-İrlanda kararı*, no: 44179/98, §§ 65-69, 10 Temmuz 2003).

AIHM, sözkonusu müdahalenin «demokratik bir toplum için gereklilik» arz edip etmediğinin tespiti için müdahalenin «sosyal bir ihtiyaca» cevap verip vermediğinin, izlenen amaçla orantılı olup olmadığının, yerel yetkililerin doğru ve yerinde karar alıp almadığının incelenmesi gerekmektedir. (Bkz. *Sunday Times-İngiltere kararı* (no:1) 26 Nisan 1979, seri:A no:30, s. 38, § 62).

AIHM, yerel mahkemelerin görevini ikame etme gibi bir sorumluluk üstlenmediğini fakat alınan kararların ve yapılan müdahalelerin ifade özgürlüğünü güvence altına alan 10. maddeye yönelik bir kısıtlama getirilip getirilmediğini denetim altına alındığını eklemektedir. (Bkz. diğer birçok karar arasında *Nilsen ve Johnsen-Norveç kararı* no:23118/93, § 43, AIHM 1999-VIII).

Mevcut dava özellikle başvuranın vermiş olduğu beyanlarının yerel merciler tarafından «kin ve nefret beyanları» olarak nitelendirilmesinden oluşmaktadır. Uluslararası araçlar ve mahkemenin bu yöndeki içtihatları ışığında AIHM, hoşgörünün ve tüm bireylerin yasal saygınlığının demokratik ve çoğulcu bir toplumun temel esaslarını oluşturduğunun altını çizmektedir. Prensip olarak demokratik toplumlarda hoşgörüsüzlüğe (dinsel hoşgörüsüzlük kastedilmekte) kine ve nefrete dayalı yapılabilecek her türlü ifadelere ve propagandalara uygulanacak «muameleler», «koşullar», «kısıtlamalar» veya «yaptırımlar» izlenen meşru amaç ile orantılı olmak durumundadır. (kin, nefret ve şiddet

içerikli söylemler için Bkz. mutatis mutandis, *Sürek-Türkiye kararı* (no:1) no:26682/95, § 62, AİHM 1999-IV).

Bununla birlikte AİHM, *Jersild-Danimarka kararında* (23 Eylül 1994 tarihli karar, seri:A no:298, s.25, § 35) olduğu gibi kin, nefret söylemini oluşturan somut ifadelerin ve küfürsel sözlerin kişileri veya grupları hedef alması durumunda AİHS'nin 10. maddesinin sağladığı güvenceden yararlanamayacağını dile getirmektedir.

b. İlkelerin mevcut duruma uygulanması

AİHM, dava unsurları ışığında sözkonusu müdahalenin «izlenen meşru amaçla orantılı» olup olmadığını ve yerel makamlar tarafından ortaya konan gerekçelerin «yerinde ve yeterli» olup olmadığının incelenmesi gerektiğine itibar etmektedir. (Bkz. diğerleri arasında, *Fressoz ve Roire-Fransa kararı* no: 29183/95, AİHM 1999-I). Bunun yanı sıra müdahalenin meşru amaca orantılığı da dikkate alınması gereken hususlardan biridir. (*Skalka-Polonya kararı* no: 43425/98, § 42, 27 Mayıs 2003).

Mahkeme, ilk olarak sözkonusu televizyon programının amacının bir tarikatın müritlerini tanıtarak kamuoyunun dikkatini bu yöne çekme olduğu, bu tarikatın kurucusu sayılan ve görüşleri daha önceden bilinen M. Gündüz'ün tarikata ve özellikle demokratik değerlerle uzlaşmaz islami anlayışa ilişkin fikirlerini açıklamak üzere programa davet edildiği tespitini yapmaktadır. Bu konu Türk medyasında umumi menfaatler açısından bir sorun teşkil etmesi nedeniyle geniş boyutlu olarak tartışılmış, bu alanda ifade özgürlüğüne getirilen kısıtlamalar dar bir müdahaleyi beraberinde getirmiştir.

Bunun dışında AİHM, programın amacının taraflar arasında görüş alışverişini sağlayacak bir tartışma yaratarak izleyicilerin dikkatini çekmek olduğunun altını özellikle çizmektedir. Mahkeme, yerel mahkemelere göre de bir tarikatın sunulduğu tartışma programının Türk toplumunda dinin yeri çerçevesiyle sınırlı olduğunun kabul edildiğini hatırlatmaktadır. AİHM ayrıca başvuranın kamuoyuna açık bir tartışmaya katıldığından dolayı değil yerel adli makamlara göre kabul edilebilir eleştiri sınırlarını aşarak «kin ve nefret söylemi» nedeniyle mahkum edildiğinin altını çizmektedir.

Bu noktada ağırlığı olan sorun sözkonusu beyanlara dayalı olarak başvuranın mahkum edilmesinde yerel mercilerin kullandıkları takdir yetkisinin doğru olup olmadığıdır. (Bkz. mutatis mutandis, sözü edilen *Murphy kararı*, § 72).

Bu konuda, ifade özgürlüğünün kısıtlanmasının gerekliliğinin inandırıcı

biçimde uygulanıp uygulanmadığını değerlendirilmesi için AİHM, yargı erkleri gerekçelerine göre tutum alacaktır. Bu açıdan, AİHM, Türk hakimlerin sadece şu noktalarda değerlendirmede bulunduklarını belirtmektedir: başvuran modern ve laik kurumları dinsiz olarak nitelemiş, demokrasi ve laiklik gibi kavramları eleştirmiş ve açıkça şeriatın yanında yer almıştır.

Türk hakimler, başvuranın bayanlarını ifade özgürlüğünün korumasına girip girmediğine dair karar verebilmek için ilgili beyanlarını incelemişlerdir. Mevcut davanın gerekliliği için AİHM sözkonusu beyanları üç bölümde tekrar ele alacaktır.

İlk bölümüne ilişkin:

“..... Diyorum ben demokrat bir adamım diyenin dini yoktur (...) Türkiye’deki demokrasi hem despottur, hem vicdansızdır, hem de dinsizdir. (...)İki gün önce Ankara dergahındaki, altı yedi arkadaşımız alındı, götürüldü (..)”

“ Bu demokratik laik sistem iki yüzlüdür (...), birisine başka muamele eder, birisine başka. Yani demokrasiyi benimseniyoruz. Vallahi demokrasinin hiçbir şeyini benimsemiyoruz. Onun gölgesine de sığınmıyorum. Münafıklık yapmasın.” “ Hayır, hiç hiç. Demokrasi sayesinde değil, söke söke hakkımızı alacağız. Ne demek demokrasi hiç alakası yok.” “ Niye söyleyemedim? Ben bu sözlerin suç olduğunu kanunlara, zulüm kanunlarına göre suç olduğunu bile bile konuşuyorum. Niye konuşmayayım. Ölümünden öte yol var mı?”

AİHM ‘ye göre laik ve demokratik ilkeleri benimsemiş Türkiye’deki çağdaş kurumlar sözkonusu beyanlarla hoşnutsuz ve uzlaşmaz tavırlar sergilemişlerdir. Mezkur söylemler incelendiğinde, bunların ne şiddet ne de dinsel hoşgörüsüzlük içeren beyanlar olduğu söylenebilir.

İkinci bölümü hakkında:

“Bu adam gidip, Türkiye Cumhuriyetinin kendisine verdiği salahiyyetle belediye memurunun yaptığı nikah ile, gider zifaf gecesine girerse ondan doğan çocuk piçtir (...)”

Türkçe’de, “piç” kavramı evlilik dışı ve/veya gayri meşru çocuklar için kullanılmakta ve günlük dilde ise söylenen kişiye küfür mahiyetinde ifade edilmektedir.

Bu nedenle, AİHM, evlilik müessesinin ve laik yaşam şekline bağlı Türk toplumunun hakarete ve haksız biçimde saldırıya uğradığını meşru olarak hissetmesini göz ardı edememektedir. Bu bağlamda, AİHM, bir televizyon programında canlı olarak yapılan beyanları sözlü yapıldığı gerekçesiyle başvuranın kamuoyuna nakledilmeden söylemlerini tekrar gözden geçirme, oluşturma veya düzeltme imkanına sahip olmadığını belirtmektedir (Bkz, 29 Şubat 2000 tarihli *Fuentes Bobo-İspanya kararı*, § 46). Aynı zamanda, AİHM,

bu kapsamda ki anlaşmazlıkları değerlendirme açısından uluslararası hakimlere göre daha elverişli imkanlara sahip olan Türk hakimlerin canlı yayın unsurunu yeterince önem göstermediklerini tespit etmiştir. Bununla birlikte, AİHS'nin 10§2 maddesi tarafından öngörülen gereklilik kriterleri ışığında ve başkalarının haklarının korunması ve ifade özgürlüğüne bağlı menfaatler dengesini sağlamak amacıyla AİHM, başvuranın canlı yayınlanan bir tartışma programında aktif biçimde katıldığını altını çizerek iç hukukta yerel makamların bu konuyu gözden kaçırdıklarını belirtmektedir. (Bkz, *mutadis mutandis*, yukarıda anılan *Nilsen ve Johnsen kararı*, § 52).

Sonuçta, ulusal hakimler başvuranın şeriat yanlısı olup olmadığı tespit etmeye çalışmışlardır. Bu konudaki tutanaklar şöyledir:

“Bedri Baykal Gündüz müritlerin amaçlarının: “ demokrasiyi kaldırarak yerine şeriata dayalı bir rejim kurma olduğunu” belirtmiş, sanıkta cevaben: “(...) Tabii o olacak, o olacak. (...)” demiş, ilgilinin mahkeme önünde, şeriatın, silahla veya zorla değil, insanları ikna yoluyla geleceğini ifade etmiştir.

Türk hakimlerine göre M.Gündüz'ün dini kuralla dayalı bir rejim kurmak amacıyla kullandığı araçların belirgin değildir.

Demokrasi ile şeriat arasındaki bağlantı hususunda, *Refah Partisi ve diğerleri-Türkiye kararına* (no: 41340/98,42342/98,41343/98 ve 41344/98,§ 123) atıfta bulunarak AİHM şeriatın Sözleşmede öngörülen temel demokrasi ilkeleriyle bağdaşmadığı daha önce altını çizdiğini hatırlatmaktadır. AİHM, dinin öngördüğü dogmaları ve ilahi kuralları yansıtan şeriatın durağan ve değişmez nitelikte olduğunu düşünmektedir. Siyasi alanda çoğulculuk yada kamu özgürlüklerinin sürekli evrilmesi gibi ilkelerin şeriatla yeri olmadığını, bir yandan özellikle ceza hukuku ve ceza yargılaması usulü, kadınların hukuki statüsüne ilişkin kuralları ve özel ve kamusal yaşam alanlarına dini buyruklar uyarınca müdahale etme biçimi bakımından Sözleşme değerleriyle açıkça farklılık gösteren şeriata dayalı bir rejimi desteklerken bir yandan da insan haklarına ve demokrasiye saygılı olduğunu söylemek zor olduğunu kanaatindedir. AİHM, kapatıldığı sırada Siyasi iktidarı ele geçirme potansiyeline sahip olan ve AİHS'ye bir Devlette şeriatı yerleştirme amacı taşıyan bir siyasi partinin kapatılmasına ilişkin yukarıda anılan Refah ve diğerleri kararını hatırlatarak buna benzer bir durumun mevcut davanın koşulları ile mukayese yapmak zor olduğunu vurgulamaktadır.

Bununla birlikte, AİHM, şiddete çağrı yapmadan şeriat düzenini savunan söylemlerin “kin ve nefrete dayalı” söylemler olmadıklarını belirterek Gündüz davasının koşullarının farklılık gösterdiğini: yukarıda belirtildiği gibi, televizyon programının amacının başvuranın lideri olduğu tarikatı tanıtmak olduğunu; buna ek olarak; başvuranın aşırı görüşlerinin kamuoyunda bilindiğini ve tartışıldığını ve ayrıca sözkonusu program esnasında diğer katımcılar iştiraki ile tartışmanın dengelendiğini ve sonuçta, başvuran aktif olarak katıldığı ve

herkese açık olan bir tartışma programı çerçevesinde fikirlerini beyan ettiğini vurgulamıştır. Bu nedenle, AİHM, konuyla ilgili olarak sözkonusu müdahalenin gerekliliği hakkında ikna olmadığını kaydetmektedir.

Sonuçta, ulusal makamların takdir yetkisi ile birlikte davanın koşulların tümü göz önüne alındığında, AİHM, başvuranın ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin AİHS'nin 10. maddesine göre yeterli gerekçelere dayandırılmadığını tespit etmekte ve başvuranın çarptırıldığı iki yıllık hapis cezasının güdülen amaç ile orantılı olup olmadığı hususunun incelenmesine gerek kalmadığı sonucuna varmaktadır.

Bu nedenlerden dolayı mezkur mahkumiyet AİHS'nin 10. maddesinin ihlaline sebebiyet vermiştir.

II. AİHS'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

AİHS'nin 41. maddesinde yer alan unsurlar.

Başvuran, uğramış olduğu maddi ve manevi zarar için 500.000 Euro talep etmiştir. Başvuran yargılama masrafları için ise talepte bulunmamış olup bu konunun resen ele alınması da gerekmemektedir. (19 Şubat 1991 tarihli *Colacioppo-İtalya kararı*, § 16).

Savunmacı Hükümet, ihlal kararının adil bir tazmin için başlı başına yeterli bir karar olduğu kanaatındadır.

AİHM, başvuranın uğradığı zararı kanıtlayacak hiçbir delil sunmadığını, çarptırıldığı para cezasının ödenmesini de talep etmediğini tespit etmektedir. Bu nedenle kendisine bu konuda herhangi bir tazminat ödenmesi gerekmemektedir.

AİHM, sözkonusu müdahalenin AİHS'nin 10. maddesi açısından gerekli olmadığı ve verilen cezanın ağır olduğunu vurgulayarak başvurana 5.000 Euro manevi tazminat verilmesine karar vermiştir.

Bu nedenlerle AİHM,

1. AİHS'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine bire karşı altı oyla;
2. a) Davalı Devletin, başvurana, AİHS'nin 44. maddesinin 2. paragrafına göre kararın kesinleşmesini takip eden üç ay içinde, her türlü

vergiden ve kesintiden muaf 5.000 (beş bin) Euro maddi tazminat ödenmesine;

(b) Önceki paragrafta belirtilen üç aylık sürenin sona ermesinden itibaren ödemenin yapıldığı tarihe kadar geçen süre için, yukarıda belirtilen tutara, Avrupa Merkez Bankasının kredi faiz oranına yüzde üç puan eklenmek suretiyle gecikme faizi uygulanmasına; bire karşı altı oyla;

3. Başvuranın, hakkaniyete uygun bir tatmin için geriye kalan taleplerinin reddine
oybirliği ile;

karar vermiştir.

Karar, AIHM İçtüzüğü'nün 77. maddesinin 2. ve 3. paragrafları uyarınca, Fransızca olarak yazılmış ve 4 Aralık 2003 tarihinde tebliğ edilmiştir.