



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

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

ÖZTÜRK – TÜRKİYE DAVASI

(Başvuru no. 22479/93)

KARAR

STRAZBURG

28 Eylül 1999

Öztürk - Türkiye davasında,

11 nolu Protokol¹ ile değişen İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşmenin (“Sözleşme”) 27. Maddesi ve Mahkeme İçtüzüğü’nün² ilgili hükümleri uyarınca;

- Sn. L. WILDHABER, *Başkan*,
Sn. A. PASTOR RIDRUEJO,
Sn. G. BONELLO,
Sn. L. CAFLISCH,
Sn. P. KÜRIS,
Sn. J.-P. COSTA,
Sn. F. TULKENS,
Sn. V. STRÁŽNICKÁ,
Sn. M. FISCHBACH,
Sn. V. BUTKEVYCH,
Sn. J. CASADEVALL,
Sn. H.S. GREVE,
Sn. A. BAKA,
Sn. R. MARUSTE,
Sn. K. TRAJA,
Sn. S. BOTOCHAROVA,
Sn. F. GÖLCÜKLÜ, *ad hoc hakim*,

ile *Sekreter Yardımcısı* Sn. M. DE BOER BUQUICCHIO’nun katılımı ile toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Heyeti:

22 Nisan ve 20 Eylül 1999 tarihli gizli görüşmesi sonucunda,

yukarıda son anılan tarihte benimsenmiş olan aşağıdaki karara varmıştır:

Sekreterya Notları

1-2 11 no’lu Protokol ve Mahkeme İçtüzüğü 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir

USULİ İŞLEMLER

1. Dava, Sözleşmenin¹ 19. Maddesi kapsamında düzenlendiği şekliyle, ve Sözleşmenin 32. maddesinin 1. fıkrası ve 47. maddesinde öngörülen üç aylık süre içerisinde, 24 Eylül 1998 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ("Komisyon") tarafından Mahkememize sunulmuştur. Türk vatandaşı olan Sn. Ünsal Öztürk tarafından 24 Mayıs 1993 tarihinde eski Madde 25 kapsamında Türkiye Cumhuriyeti aleyhine Komisyon'a sunulmuş olan başvuruya (no. 22479/93) dayanmaktadır.

Komisyon'un talebi, Sözleşmenin eski 44. ve 48.(a) Maddelerine ve Mahkemenin eski A İçtüzüğü'nün² 32. maddesinin 2. fıkrasına ilişkindir. Talebin amacı, davaya ilişkin gerçeklerin, davalı devlet tarafından Sözleşmenin 10. maddesi kapsamındaki yükümlülüklerin ihlal edilip edilmediğine ilişkin bir kararın verilmesidir.

2. Eski İçtüzük 33. maddesinin 3 (d) fıkrası uyarınca yapılmış olan soruşturmaya cevaben, başvuran adli takibata katılmak istediğini ve kendisini temsil etmek üzere Ankara Barosundan Sn. H. Öndül'ü vekil tayin ettiğini ifade etmiştir (Eski İçtüzük, 30. Madde)

3. 11 nolu Protokolün yürürlüğe girmesinden önce meydana gelebilecek usul hususlarına ilişkin işlemleri yürütmek üzere kurulmuş olan (Sözleşme'nin 43. Maddesi ve eski İçtüzük 21. madde) Dairenin Başkanı Sn. Bernhardt, Sekreter aracılığıyla hareket ederek, Türkiye Cumhuriyeti ("Hükümet") Temsilcisi, başvuranın avukatı ve Komisyon Delegatesi Sn. Danelius'dan yazılı prosedürün organizasyonu hakkındaki görüşlerini bildirmelerini istemiştir. Bunun sonucunda, 15 Ekim 1998 tarihinde görüşlerin bildirilme sürelerini belirleyen bir talimat verilmiştir.

3. 19. Maddeyi değiştiren 11 No'lu Protokolün yürürlüğe girmesinden itibaren Mahkeme sürekli bazda faaliyet göstermiştir.

1. A İçtüzüğü, 9 nolu Protokolün yürürlüğe girmesinden önce (1 Ekim 1994) Mahkemeye sunulan davalar ile anılan tarih itibarıyla 31 Ekim 1998 tarihine kadar ilgili Protokole tabi olmayan Devletler ile ilgili davalar için geçerlidir.

4. 25 Kasım 1998 tarihinde, yeni Mahkemenin Başkanı Sn. L. Wildhaber, başvurana Mahkemedeki yazılı prosedürde Türkçe dilini kullanma izni vermiştir (İçtüzük 36 madde 5. fıkra) ve 11 Aralık tarihinde Başkan, adaletin doğru şekilde tecelli edebilmesi için, mevcut davanın, Türkiye aleyhinde açılmış olan diğer on üç davanın görülmesi amacıyla oluşturulan Mahkeme Heyeti'ne sunulmasına karar vermiştir (İçtüzük 24., 43. ve 71. maddeler); anılan bu on üç dava şunlardır: Karataş (başvuru no. 23168/94), Arslan (no. 23462/94), Polat (no. 23500/94), Ceylan (no. 23556/94), Okçuoğlu (no. 24146/94), Gerger (no. 24919/94), Erdoğan ve İnce (no. 25067/94 ve 25068/94), Sürek no. 1 (no. 26682/94), Başkaya ve Okçuoğlu (no. 23536/94 ve 24408/94), Sürek ve Özdemir (no. 23927 /94 ve 24277/94), Sürek No. 2 (no. 24122/94), Sürek No. 3 (no. 24735/94) ve Sürek No. 4 (no. 24762/94).

5. Bu amaca yönelik olarak oluşturulan Büyük Daire, Türkiye adına re'sen seçilen Sn. R. Türmen'i (Sözleşmenin 27. Maddesinin 2. Fıkrası ve Mahkeme İçtüzüğü'nün 24. Maddesinin 4. Fıkrası), Mahkeme Başkanı Sn. Wildhaber, Mahkeme Başkan Yardımcısı Sn. E. Palm ve Bölümlerin Başkan Yardımcıları Sn. J.-P. Costa ve Sn. M. Fischbach (Sözleşmenin 27. Maddesinin 3. Fıkrası ve İçtüzüğü'nün 24. Maddesinin 3 ve 5 (a) Fıkrası) katılımı ile oluşmuştur. Mahkeme İçtüzüğü uyarınca atanan diğer Heyet üyeleri Sn. Pastor Ridruejo, Sn. G. Bonello, Sn. J. Makarczyk, Sn. P. Küris, Sn. F. Tulkens, Sn. V. Strážnická, Sn. V. Butkevych, Sn. J. Casadevall, Sn. H. S. Greve, Sn. A. B. Baka, Sn. R. Maruste ve Sn. S. Botoucharova'dır (İçtüzük 24. madde 3. ve 5. fıkralar ve 100. madde 4. fıkra).

6. 15 Aralık 1998 tarihinde Sekreter başvuranın görüşünü almıştır.

7. 21 Aralık 1998 tarihinde, Sn. Wildhaber, İçtüzüğü'nün 28. Maddesinin 4. Fıkrası uyarınca Heyet tarafından verilen Oğur - Türkiye kararı ile ilgili olarak davadan çekilen Sn. Türmen'i duruşmaya katılmaktan muaf tutmuştur. 11 Ocak 1999 tarihinde, Hükümet *ad hoc* hakim olarak Sn. F. Gölcüklü'nün atandığını Sekreteryaya bildirmiştir (29. Maddenin 1. Fıkrası).

Ardından davanın ileri aşamalarına katılamayacak olan Sn. Palm'ın yerine birinci yedek hakim Sn. K. Traja atanmıştır (İçtüzüğün 24. ve 28. Maddesinin 5. Fıkrasının (b) bendi ve 28. Maddesi).

8. 8 Şubat 1999 tarihinde, Başkan tarafından uzatılan süre içerisinde, Sekreteryâ Hükümet'in Türkçe olarak düzenlenmiş olan görüşünü, 22 Şubat tarihinde ise hükümet görüşüne ekli olan belgenin düzeltilmiş suretini almıştır. Başvuran ve Hükümet cevaplarını sırasıyla 15 ve 16 Mart tarihlerinde sunmuşlardır. Yukarıda son anılan tarihte Hükümet, raportör hakimin Türk hukuku ve dava gerçeklerine ilişkin sorularına cevaben bilgi sunmuştur. 30 Mart tarihinde, cevaben sunulan görüşlere eklenmek üzere Sekreteryâ'ya ek dokümanlar göndermiştir. 20 Nisan tarihinde, Sekreteryâ Hükümet görüşlerinin İngilizce metnini almıştır.

9. 22 Nisan 1999 tarihinde, Büyük Daire dava dosyasını ve başvuran ile Hükümet'in duruşmadan feragat etmeye hazır olduklarını belirtmiş olduğu gerçeğini de dikkate alarak davanın duruşmasız olarak görülmesine karar vermiştir (İçtüzük 31., 59. madde 2. fıkra ve 71. madde).

10. 20 Eylül 1999 tarihinde, davanın ileriki aşamalarına katılamayacak Sn. Makarczyk'ın yerine ikinci yedek hakim Sn. L. Caflisch atanmıştır (İçtüzük 24. madde 5. (b) fıkrası ve 28. madde).

DAVA ESASLARI

I. DAVAYA İLİŞKİN OLAYLAR

11. Başvuran Sn. Öztürk, 1957 doğumludur. Yurt Kitap-Yayın yayınevinin sahiplerinden biridir ve Ankara'da yaşamaktadır.

Ekim 1988 tarihinde, M. N. Behram'ın "Hayatın Tanıklığında-İşkencede Ölümün Güncesi" adlı bir kitabını yayınlamıştır. Kitap, 1973 yılında yasa dışı Maoist bir örgüt olan Türkiye Komünist Partisi – Marksist-

Leninist ("TKP-ML")'nin kurucu üyeleri arasında yer alan İbrahim Kaypakkaya'nın hayatını anlatmaktadır.

Fotoğrafların da yer aldığı 111 sayfalık kitap, her biri bir şiirle başlayan 24 bölümden oluşmaktadır. Bu şiirler, yazarın kendisi, A. Arif, M. Derviş ve A. Kadir adlı Türk şairleri, Şilili yazar P. Neruda ve İbrahim Kaypakkaya tarafından kaleme alınmıştır.

İlk baskısı piyasaya çıkar çıkmaz tükendiği için kitap Kasım 1988'de tekrar basılmıştır.

12. 21 Ekim 1988 tarihinde, Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi ("Devlet Güvenlik Mahkemesi") savcısı kitabın yazarı Sn. Behram, başvuran ve yayıncı aleyhindeki cezai takibatlara başlamıştır. Ancak, anılan tarihte Türkiye'de bulunmamasını dikkate alarak, Sn. Behram aleyhindeki davayla ayrı olarak ilgilenmiştir.

A. Sn. Öztürk aleyhinde yürütülen takibatlar

13. 23 Aralık 1988 tarihinde, savcının istemi üzerine, Devlet Güvenlik Mahkemesi hakimi ara kararında kitabın ikinci baskılarının toplatılması emrini vermiştir. Bunun sonucunda, başvuranın sahibi olduğu yayınevindeki 3,133 kitap da dahil olmak üzere, toplam 3,195 kitap toplatılmıştır.

5 Ocak 1989 tarihinde, başvuran hakimden yukarıdaki kararını yeniden değerlendirmesini talep etmiş; bu başvurusu reddedilmiştir.

14. Savcı 14 Şubat 1989 tarihinde başvurunu Ceza Kanunu'nun eski 142. maddesinin 4. ve 6. fıkralarını (bkz. aşağıdaki paragraf 29) ihlal ederek komünist propaganda yapmak ve aynı kanunun 312. maddesinin 2. ve 3. fıkraları (bkz. aşağıdaki paragraf 30) kapsamında suç teşkil eden, sosyal sınıflar arasında ayrımcılık temelinde halkı kin ve nefrete tahrik etmekle suçlamıştır.

İ. Kaypakkaya'nın geçmişine atıfta bulunarak, savcı, bu kişinin terörist bir örgüt olan TKP-ML'nin lideri olarak komünist bir rejim kurmak amacıyla Devlet'in anayasal düzenini yıkma düşüncesiyle silahlı saldırılarda bulunduğunu vurgulamıştır.

Savcı iddialarını desteklemek amacıyla ilk olarak kitabın ikinci sayfasında yer alan İ. Kaypakkaya'nın babasıyla ilgili ifadelere dikkat çekmiştir: "Hayatın bu şekilde akıp gitmesi ve ter, güç ve emeğin bu şekilde sömürülmesini kabullenemeyecek bir işçiydi. Gidişattan hiç memnun değildi ve bu kimsesiz dünyanın değişmesini istiyordu". Savcı, mevcut durumla yağmacı rejimi eşit tutan bu cümlenin hiç şüphesiz komünizmi yücelttiğini ileri sürmüştür.

Savcı, aşağıdaki şiirleri iddialarını kanıtlamak için delil olarak göstermiştir.

“... Pusular yöneltir beni halkıma,
gerilla savaşının can alıcı kuvvetine;
korkunç ve asil bir tutkudur direniş,
ama hepsi bu değil;
bir metres gibi ayrıca
kararsız,
uysal
narin,
marifetlidir;
yurtseverliğin ustaları bizler
içimizde saklı olmasını umarız, ölümsüzlük bayrağı kırmızıdır
ve rüzgarlarda dalgalanır.

[*(p. 15) A. Arif, haftalık Yeni A dergisinde 1974 Ocak sayısında yayınlanmıştır*]

Savcıya göre, bu şiir İ. Kaypakkaya'nın eylemleri ışığında yorumlanmalıdır. Bu açıdan bakıldığında, şiir, terörist eylemlerin bu eylemleri ifa eden kişilerin halka yakınlaşmasını ve halk arasında etkin taraftarlar toplanmasını sağladığını ve komünist rejimi kurmak için sabırla

mücadele etmek gerektiğini ima etmektedir. Savcının iddianamesinde tüm bunlar yasa dışı komünist propaganda olarak değerlendirilmiştir.

“Hayatını kaybeden yoldaşlarımıza

Siz, halkımız için hayatını feda edenler;
Siz, bu savaşta her şeyini kaybedenler;
Siz, kalplerimizde gururla dalgalanan
Bayrak savaşında
Kırmızı kanlarını akıtanlar;
Siz, ölümsüz halkımız için ölenler;
Siz, halkımızın yüce oğulları,
Şimdi gurur ve sabırla dinlenin,
Yoldaşlarınız savaşı sürdürüyor...”

[(s. 27) *İ. Kaypakkaya*]

Savcı, bu metnin Devletin anayasal rejimini yıkmayı amaçlamış olan ve bu uğurda hayatını kaybeden teröristlerin hatırasını yücelttiğini ve, özellikle de son cümlede, kin ve nefreti kışkırtmayı amaçladığını ifade etmiştir.

"...Onları uyandıran
Tek ışık
Dünyanın ışığıydı!
İşten döndükten sonra
Bir masanın etrafında oturdukları
Evlerine girdim;
Gülüyorlardı ya da ağlıyorlardı
Ve her biri diğerine benziyordu;
Yüzlerini ışığa doğru çevirdiler,
Önlerinde uzanan yolu arayarak..."

[(s. 30) *P. Neruda*]

Savcı, bu şiirin komünist propaganda içerdiğini, çünkü emekçiler için tek ışık kaynağını komünizm olarak kabul ettiğini iddia etmiştir.

“... Ölüm buyruğunu uyguladılar,
Mavi dağ dumanını
ve uyur-uyanık seher yelini
kana buladılar.
Sonra oracıkta tüfek çattılar
Koynumuzu usul-usul yoklayıp
aradılar,
didik-didik ettiler...”

[*(s. 35) A. Arif “Hasretinden prangalar eskittim”, 1968*]

Savcı, bu cümlelerin teröristlere karşı koymak zorunda olan güvenlik güçlerini aşağıladığını ve böylece halkı güvenlik kuvvetlerine kin ve nefret duymaları konusunda tahrik ettiğini ileri sürmüştür.

Son olarak da, kitabın en son sayfasında yer alan ve İ. Kaypakkaya ve diğer teröristlere gönderme yapan "Onların erdemleri bize rehber, hatıraları ise yolumuzda ışık olsun" ifadelerine dikkat çekmiştir.

Sonuç olarak, savcı, isyancı İ. Kaypakkaya'nın kişiliğinin ve eylemlerinin kitapta hayranlıkla övülmesinin hem Basın Kanunu'nun 16. (4) Maddesi (5680 sayılı Kanun, bkz. aşağıda Madde 32) dahilinde mesul yayıncı olarak Sn. Öztürk'ün mahkum edilmesini, hem de Ceza Kanunu'nun 36. maddesinin 1. fıkrası (bkz. aşağıda Madde 28) uyarınca kitabın toplatılmasını haklı kıldığını iddia etmiştir.

15. Başvuran, Devlet Güvenlik Mahkemesinin huzurunda kitabı yayınladığını, çünkü kitabın içinde zorlayıcı tedbirleri haklı gösterecek herhangi bir unsurun bulunmadığını düşündüğünü ifade ederek, suçlamaları kabul etmemiştir. Avukat buna ek olarak iddianamede yer alan söz konusu bölümlerin bölücü propaganda olarak değerlendirilemeyeceğini ve eğer böyle değerlendirilseler bile, bu bölümlerin o dönemde devlete getirilen bir

eleştiri olarak kabul edilebileceklerini ve her bireyin böyle bir eleştiri yapma hakkının olduğunu iddia etmişlerdir.

16. 30 Mart 1989 tarihinde, Devlet Güvenlik Mahkemesi, başvurunu iddia edildiği üzere suçlu bulmuştur.

Devlet Güvenlik Mahkemesi kararında “kitabın incelenmesi için bilirkişi görevlendirilmesine gerek olmadığını, çünkü kitabın içeriğinin herhangi biri tarafından ilk okumada anlaşılabileceği” hususunu ifade ederek, iddianamede yer alan bölümlerin TKP-ML ve liderinin silahlı saldırılarını ve hedeflerini yücelttiğini ve bu nedenle de Savcının bunları halkı kin ve nefrete karşı açıkça tahrik olarak yorumlamasının tamamen doğru olduğunu kabul etmiştir. Ancak, kitabın içeriğinin bir bütün olarak değerlendirilmiş olmasını dikkate alarak – Yargıtay içtihatına uygun olarak – Devlet Güvenlik Mahkemesi, bu husus veya kitaptan alınan münferit bölümlere dayanarak yapılan bir değerlendirmenin söz konusu olmadığına ilişkin iddiaları reddetmiştir.

Anılan bölümlerin kanunları ihlal ettiği hükmünün kararın amil hükümlerinde tekrar ifade edilmesinin gerekli olmadığını belirterek, Devlet Güvenlik Mahkemesi şu karara varmıştır:

“Kitaba ilişkin hususlar, komünizmi ve komünizm yanlısı terörist İ. Kaypakaya’yı yüceltmek ve onlara hürmet etmek amacı taşımaktadır ve bu teröristin eylemlerini savunmaktadır... Kitap ayrıca, bölgeler, sosyal sınıflar ve ırklar arasındaki ayrımı temel alarak halkı kin ve nefrete tahrik etmektedir”

Devlet Güvenlik Mahkemesi, Ceza Kanununun 142. maddesinin 4. fıkrası ve 312. maddesinin 2. fıkrası uyarınca (bkz. aşağıda Madde 29 ve 30) sırasıyla 328,500 ve 285,000 Türk Lirası (TRL) para cezasına çarptırmıştır ve kitabın toplatılması emrini vermiştir (bkz. aşağıda Madde 28).

17. Yargıtay 26 Eylül 1989 tarihli kararıyla başvuranın Ceza Kanunu’nun 312. maddesi uyarınca mahkum edilmesine ilişkin yapacağı bir başvurunun geçersiz olacağını, çünkü ilgili suç için verilen para cezası açısından herhangi bir başvurunun olmadığını ifade etmiştir. Ancak,

Mahkeme, 142. maddenin 4. fıkrası uyarınca verilen kararı iptal etmiştir, çünkü çeşitli nedenlerle kitabın hangi bölümünün komünizmi yazılı olarak müdafaa ettiğini belirtmeksizin, sanığın suçunun sadece iddianame göz önünde tutularak değerlendirilmesinin yasal olmadığına karar vermiştir. Bu noktada dava Devlet Güvenlik Mahkemesi'ne gönderilmiştir.

18. 9 Ocak 1990 tarihinde, başvuran 285,000 TRL para cezasını ödemiştir.

19. Devlet Güvenlik Mahkemesi, 28 Aralık 1990 tarihli kararında, kararını kitabın içeriğine ilişkin bir bilirkişi raporuna dayandırarak, Ceza Kanunu'nun 142. maddesi uyarınca verdiği cezayı teyit etmiş ve kitabın toplatılması emrini onaylamıştır.

Ancak, 1 Mart 1991 tarihinde, karar, kendisine temel oluşturan raporun yeminli bilirkişiler tarafından kaleme alınmaması sebebiyle Yargıtay tarafından iptal edilmiştir. Dava tekrar, Devlet Güvenlik Mahkemesine gönderilmiştir.

20. Savcı Devlet Güvenlik Mahkemesi huzurunda Sn. Öztürk'ün komünist propaganda yapmak suçundan mahkum edilmesini talep etmiştir. Söz konusu mahkumiyetin dayandırıldığı Ceza Kanunu'nun 142. maddesinin 12 Nisan 1991 tarihinde yürürlüğe giren Terörle Mücadele Yasasıyla (3713 sayılı kanun) iptal edildiğini ifade etmiştir.

Devlet Güvenlik Mahkemesi, 11 Haziran 1991 tarihli kararında savcının iddialarını kabul etmiştir. Ancak, Ceza Kanunu'nun 312. maddesine (bkz. yukarıda Madde 18) ilişkin olarak 30 Mart 1989 tarihinde alınan kararın kesinleşmiş olduğunu ifade ederek, kitap toplatma emrinin geçerliliğini koruduğunu belirtmiştir.

Kitabın toplatılan 2,845 kopyası 21 Nisan 1992 tarihinde imha edilmiştir.

B. Yazara ilişkin takibatlar

21. Sn. Öztürk'ün ilk mahkumiyet tarihinden (bkz. yukarıda Madde 16) önce Savcı 1 Mart 1989 tarihinde, o zamanlar Almanya'da yaşayan kitabın yazarı Sn. M. N. Behram hakkında suç duyurusunda bulunmuştur. Bu amaçla hazırlanan iddianame, başvurana yönelik takibatlarda hazırlanan iddianamenin (bkz. yukarıda Madde 14) bir kopyasıdır.

22. Aralarından birinin Sn. Öztürk'ün yargılandığı davada da yer aldığı üç hakimden oluşan Devlet Güvenlik Mahkemesi, sanığın gıyabında verdiği 22 Mayıs 1991 tarihli kararında, öncelikle mahkemeden o tarihte yürürlükten kaldırılmış olan 142. maddenin (bkz. aşağıda Madde 29) uygulanmasına ilişkin karar vermesinin talep edilmediğini ifade etmiştir ve daha sonra kitapta, Ceza Kanunu'nun 312. maddesinde tanımlanan suçlara ilişkin herhangi bir hususun olmadığını belirten ve üç ceza hukuku profesörü tarafından hazırlanan bilirkişi raporuna dayanarak, Sn. Behram'ın beraatına karar vermiştir.

Devlet Güvenlik Mahkemesi kararında, kitabın belge niteliğindeki yapısını vurgulayarak, yukarıda sözü edilen bilirkişi raporunun sonuçlarını onaylamıştır.

23. Bu karar kesinleşmiştir ve yasalara ilişkin herhangi bir temyizde bulunulmamıştır.

C. Başvurana ilişkin diğer takibatlar

24. 19 Eylül 1991 tarihinde, Sn. Behram'ın beraat edildiği kendisine bildirilen başvuran, Ceza Kanunu'nun 312. Maddesi kapsamında tutuklanmasına ve kitap toplatılmasına (bkz. yukarıda Madde 16) ilişkin temyiz başvurularında Adalet Bakanı'ndan davayı Yargıtay'a sunmasını talep etmiştir (yazılı emir ile bozma - bkz. madde 33). Başvurusunu desteklemek amacıyla, başvuran, aynı kitap nedeniyle yargılanan iki kişi

olmalarına rağmen kendisi hakkında verilen kararlar yazar hakkında verilen karar arasında çelişki olduğunu ileri sürmüştür.

25. Sonuç olarak, 16 Ocak 1992 tarihinde, Adalet Bakanı'nın emriyle, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ("Cumhuriyet Başsavcısı") toplatma emri hususunda ne yapılacağına dair kesin bir karar olmadığını ileri sürerek başvurunun duruşmasında verilen 28 Aralık 1990 tarihli karara ilişkin olarak temyiz başvurusunda bulunmuştur.

Yargıtay'ın 27 Ocak 1992 tarihinde başvuruyu reddetmesini müteakip, Cumhuriyet Başsavcısı başvurusunun yanlış temellerde yapıldığını ileri sürerek ikinci kez Adalet Bakanı'na başvurmuştur.

Adalet Bakanı bu başvuruyu kabul etmiştir ve Cumhuriyet Başsavcısına yazarın beraat ettiği suçların Sn. Öztürk'ün halkı kin ve nefrete kışkırtması sonucunda mahkum olmasına neden olan suçlarla benzerlik gösterdiğini, bu nedenle 30 Mart 1989 tarihli kararın yerinde olmadığını ileri sürmeleri talimatını vermiştir (Bkz. yukarıda 22. Paragraf)

26. Yargıtay aşağıdaki 8 Ocak 1993 tarihli kararında Cumhuriyet Başsavcısının yapmış olduğu temyiz başvurusunu reddetmiştir:

"Sanık, Ceza kanunu'nun 142. maddesinin 4. ve 6. fıkraları ve 312. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında ifade edilen suçlara ilişkin olarak suçlanmaktadır. Bu suçların içerikleri birbirinden farklıdır. Aynı suçtan yargılanan diğer bir suçlunun beraat etmesi sanığın da beraat etmesini gerektirecek bir kanıt olarak değerlendirilemez. İki suçlu ayrı ayrı yargılanmış ve Mustafa Nihat Behram'ı beraat ettiren karar herhangi bir temyizde bulunulmaksızın sonuçlandırılmıştır. Ayrıca, Asliye mahkemesi kararında yapılan "Hayatın Tanıklığında-İşkencede Ölümün Güncesi" adlı kitabın içeriğine ilişkin tespitin uygun olmadığını ve iptal edilmesi gerektiğini gösteren herhangi bir delil mevcut değildir ..."

27. Şu anda M. N. Behram'ın kitabı satılmaktadır. "Bir Komünistin Biyografisi" adı altında Altındağ Yayıncılık adlı diğer bir yayınevi tarafından yayınlanmıştır.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMA

A. Ceza Kanunu

1. Ceza Kanunu

28. Ceza Kanunu'nun 36. maddesinin 1. fıkrası şunu öngörmektedir:

Madde 36 Fıkra 1

“Mahkumiyet halinde cürüm veya kabahatte kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan ... eşya ... mahkemece zabıt ve müsadere olunur....”

29. Terörle Mücadele Yasasıyla (3713 sayılı kanun) yürürlükten kaldırılan Ceza Kanunu'nun eski 142. maddesinin ilgili fıkraları şunları öngörmektedir:

“Yıkıcı propaganda

1. Sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde tahakkümünü tesis etmek veya sosyal bir sınıfı ortadan kaldırmak yahut memleket içinde müesses iktisadi veya sosyal temel nizamlardan her hangi birini devirmek veya devlet siyasi ve hukuki nizamlarını

topyekün yok etmek için her ne suretle olursa olsun propaganda yapan kimse beş yıldan on yıla kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılır.

2. Cumhuriyetçiliğe aykırı veya demokrasi prensiplerine aykırı olarak Devletin tek bir fert veyahut bir zümre tarafından idare edilmesi için her ne suretle olursa olsun propaganda yapan kimse beş yıldan on yıla kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılır.

3. Anayasanın tanıdığı kamu haklarını ırk mülahazasıyla kısmen veya tamamen kaldırmayı hedef tutan veya milli duyguları yok etmek veya zayıflatmak için her ne suretle olursa olsun propaganda yapan kimse beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

4. Yukarıdaki fıkralarda anılan suçların işlenmesine göz yuman bir kisi suçunun sabit görülmesi halinde 2 yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar.

...

6. Yukarıdaki fıkralarda anılan suçların bir neşriyat yoluyla işlenmesi halinde uygulanacak cezalar yarım misli oranında artırılır.”

30. Ceza Kanunu’nun 311. Maddesinin 2. fıkrası ve 312. Maddesi şunları öngörmektedir:

311. Madde, 2. Fıkra

“Bir suçun işlenmesini aleni olarak tahrik

Tahrik, her türlü kitle haberleşme araçları, ses kayıt bantları, plak, film, gazete, mecmua ile veya sair basın aletleriyle veya elle yazılıp çoğaltılarak yayınlanan veya dağıtılan yazılar ile ya da umumi yerlerde levha ve ilan asmak suretiyle olursa, yukarıdaki bentler uyarınca suçlu hakkında tayin olunacak ağır hapis ve hapis cezaları bir misli artırılır...”

312. Madde

“Bir suçun işlenmesini gayri aleni tahrik

Kanunun cürüm saydığı bir fiili açıkça öven veya iyi gördüğünü söyleyen veya halkı kanuna itaatsizliğe tahrik eden kimse altı aydan iki yıla kadar hapis ve altı bin liradan otuz bin liraya kadar ağır para cezasına mahkum olur.

Halkı; sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik eden kimse bir yıldan üç yıla kadar hapis ve dokuz bin liradan otuz altı bin liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Bu tahrik umumun emniyeti için tehlikeli olabilecek bir şekilde yapıldığı takdirde faile verilecek ceza üçte birden yarıya kadar artırılır.

Yukarıdaki fıkralarda yazılı suçları 311’inci maddenin ikinci fıkrasında sayılan vasıtalarla işleyenlere verilecek cezalar bir misli artırılır.”

31. Cezai suç teşkil eden yazılı unsurların yayıncılarına uygulanan Ceza Kanunu’nun 312. maddesine ilişkin olarak, Hükümet Yargıtay tarafından verilen içtihatları Mahkeme’ye sunmuştur ve aşağıdaki şekilde özetlenebilecek bilgileri temin etmiştir.

Yazılı unsurlar yoluyla işlenen suçlara ilişkin olarak, 312. Madde kapsamında tanımlanan suça yönelik "asli" mesuliyet ilgili kitabın yazarına aittir. Yayıncı "ikinci derece" mesuldür ve 5680 sayılı Kanun’un 16. (4)

maddesine (bkz. aşağıda Madde 32) tabidir. Cezai takibata tabi tutulan bir yayıncı 312. Maddede tanımlanan "suçu içeren yazıları yayınlamakla" suçlamaktadır. Terörle Mücadele Kanunu'nun (3713 sayılı Kanun) 8. Maddesinde olduğu gibi yayıncıları cezai olarak mesul tutan bir *lex specialis* oluşturan hükümler de vardır.

Yukarıda anılan 3713 sayılı Kanunun uygulandığı durumlar hariç olmak üzere, yazarlar ile yayıncıların yüklenmiş olduğu sorumluluk arasındaki ayrımın başlıca etkisi, yazarların durumunun aksine, yayıncılara verilen hapis cezalarının para cezasına çevrilmesidir.

2. Basın Kanunu (15 Temmuz 1950 tarihli 5680 sayılı kanun)

32. 5680 sayılı Kanun'un 3. ve 16.(4) Maddeleri şunları öngörmektedir:

3. Madde

"Gazetelere, haber ajansları neşriyatına ve belli aralıklarla yayınlanan diğer bütün basılmış eserlere bu Kanunda "mevkute" denir.

"Basılmış eserlerin herkesin görebileceği veya girebileceği yerlerde gösterilmesi veya asılması veya dağıtılması veya dinletilmesi veya satılması veya satışa arzı "neşir" sayılır.

Fiilin ayrıca suç teşkil etmesi hali müstesna olmak üzere, basın suçu neşir ile vücut bulur."

16 (4). Madde

"...

4. Mevkute tanımına girmeyen basılmış eserlerle işlenen suçlarda ceza sorumluluğu suçu oluşturan eserin yazarı, çevireni veya çizeni ile birlikte yayınlatana aittir. Ancak yayınlatanlar için verilen hürriyeti bağlayıcı cezalar sürelerine bakılmaksızın para cezasına çevrilerek hükmolunur..."

3. *Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu*

33. Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu'nun 343. Maddesinin 1. Fıkrası, Yargıtay'ın Adalet Bakanı'nın yazılı emri ile kararı bozmasına ilişkin olarak şunları öngörmektedir:

“Hakim tarafından ve mahkemelerden verilen ve Temyiz Mahkemesince tetkik edilmeksizin kat'ileşen karar ve hükümlerde kanuna muhalefet edildiğini haber alırsa Adliye Vekili, o karar veya hükmün bozulması için Temyiz Mahkemesine müracaat etmesi için Cumhuriyet Başmüddeiumumiliğine yazılı emir verebilir...”

34. Yazılı emir ile kararı bozma hususunda Türk iç hukuku kapsamında izlenen uygulamaya ilişkin olarak Hükümet aşağıdaki bilgileri sunmuştur.

Böyle bir temyiz başvurusu sadece Yargıtay'a temyiz edilemeyecek olan ya da herhangi bir tarafın temyizde bulunmadığı nihai kararlar aleyhinde yapılabilir (bkz. yukarıda paragraf 17). Sadece Yargıtay'daki Cumhuriyet Başsavcısının verilen kararı bozma yetkisi vardır ve bu yetki kendi teklifi ya da mahkumun talebi çerçevesinde hareket edebilecek Adalet Bakanı'nın resmi emrinin alınmasını müteakip kullanılır. Böyle bir temyiz söz konusu olduğunda Yargıtay'a verilen yetkiler "oldukça fazladır", yetkiler kanunda belirtilen koşullarda kullanılmayabilir, ancak alınan karar mahkum hakkında peşin hüküm vermez. Temyizin başarılı olması durumunda, Yargıtay nihai olarak sunduğu kararında, mahkumiyeti sona erdirir ya da cezayı azaltır; cezayı azaltması durumunda cezanın ne kadarının sabit tutulacağını da belirler.

B. Hükümet tarafında sunulan cezai içtihatlar

35. Hükümet özellikle Terörle Mücadele Kanunu'nun (3713 sayılı Kanun) 8. Maddesinde ve Ceza Kanunu'nun eski 142. ve 312. Maddeleri'nde (bkz. yukarıda Madde 29 ve 30) tanımlanan suçlara ilişkin olarak cezai takibata tabi olan yazı ve/veya konuşmaların mahkemeler

tarafından değerlendirilme yolları hususunda Yargıtay tarafından verilen emsal kararları sunmuştur. Bunlar, Yargıtay Genel Kurulu tarafından verilen 1991/18, 1994/240 ve 1995/98 sayılı kararlar ile Ceza Daireleri tarafından verilen 1974/2, 1978/4806, 1985/1682, 1989/2439, 1993/664, 1993/1066, 1993/1388, 1994/6080, 1996/4387 ve 1996/8450 sayılı kararlardır.

Bu içtihattan doğan esas, asli kararın söz konusu yazı ve/veya konuşmanın tamamen incelenmesine dayandırılması gerektiğidir. Ceza Kanunu'nun 312. Maddesin'de tanımlanan suç içeren unsurların değerlendirilmesine ilişkin olarak, Yargıtay, özellikle 1974/2 sayılı kararında, yarattığı sonuca bakılmaksızın "tahrik" suçunun "kamu güvenliği ve düzenini tehlikeye sokabilecek" bir fiil içerip içermediğine açıklık getirmiştir. Ayrıca, 1994/6080 sayılı kararında, 312. Madde kapsamında verilen mahkumiyetin iptalinde, Yargıtay söz konusu "tahrikin" neden olduğu tehlikenin en "uzaktaki" yapısına dikkat çekmiştir. Ağırlaştırıcı sebepler nedeniyle verilen daha ağır cezalara ilişkin olarak, Yargıtay bu sebeplerin halkın ve ülkenin genel güvenliğini tehdit eden ciddi ve olası tehlikelerle bağlantılı bir şekilde değerlendirilmesi gerektiği kararına varmıştır. Son olarak, bu davaların birinde, Yargıtay, adil yargılanma hakkını korumak amacıyla, hakimler karar vermeden önce sanığa son olarak konuşma fırsatının verilmesi gerektiği hususunun önemini vurgulamıştır.

KOMİSYON HUZURUNDA YAPILAN TAKİBAT

36. Sn. Öztürk, 24 Mayıs 1993 tarihinde Komisyon'a başvurmuştur. Sözleşme'nin 9. Maddesine dayanarak, yazarın serbest bırakılmasına rağmen, kitabın yayıncısı olarak kendisinin mahkum edilmesinin düşünce özgürlüğü hakkının ihlaline yol açtığını iddia etmiştir. Ayrıca, yayınladığı kitabın toplatılmasının 1 No'lu Protokol'ün 1. Maddesi'yle garanti altına alınan mülklerini dilediğince kullanma hakkını ihlal ettiğini ifade etmiştir.

37. 7 Nisan 1997 tarihinde Komisyon başvuruyu kabul etmiştir ve düşünce özgürlüğü hakkının ihlaline ilişkin şikayetin Sözleşme'nin 10. Maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. 30 Haziran 1998 tarihli raporunda (eski 31. Madde), 10. Maddenin ihlal edildiğine oybirliğiyle karar verildiğini ifade etmiştir. 1 No'lu Protokol'ün 1. Madde'sinin ihlal edildiğine ilişkin şikayetin incelenmesinin gerekli olmadığına karar verildiğini (otuza karşı bir oyla) belirtmiştir. Komisyon mütalaalarının tam metni bu karara ek olarak sunulmuştur.¹

MAHKEMEYE YAPILAN NİHAİ SUNUMLAR

38. Başvuran sunumunda, Komisyon'un Sözleşme'nin 10. Maddesinin ihlalinin söz konusu olduğuna dair kararını kabul ederken, Mahkeme'den Ceza Kanunu'nun 312. Maddesinin 2. Fıkrası'nın, bu maddede tanımlanan suçun yasal ve esasa dair içeriğine ilişkin olarak, Sözleşme'nin ilgili hükmünü ihlal ettiğine karar vermesini talep etmiştir. Buna ek olarak, mevcut davadaki söz konusu olaylara, özellikle de kitap toplatılmasına ilişkin olarak iddia ettiği maddi kayıplarını ileri sürerek 1 nolu Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edildiğinden şikayetçi olmuştur. Son olarak, Mahkeme'den Sözleşme'nin 41. Maddesi kapsamındaki maddi zararlara ilişkin olarak kendisine belirli bir tutar tazminat verilmesini talep etmiştir.

39. Hükümet, kendi açısından, Mahkeme'den Yargıtay'ın verdiği yazılı emir ile bozma kararının Sözleşme'nin 35. Maddesi uyarınca tüketilmesi istenen iç hukuk yollarından biri olmadığına ve bu kararın uygulamaya girecek hükmün içeriği çerçevesinde altı aylık bir uzamaya neden olabileceğine karar vermesini talep etmiştir.

1. *Sekreteryaya notu*. Uygulama nedenlerinden dolayı bu ek sadece kararın baskılı sürümünde verilecek olup (Mahkeme'nin belirli hüküm ve kararlarının resmi raporlarında), ancak Komisyon raporunun bir sureti Sekreteryaya'dan temin edilebilecektir.

Dava esaslarına ilişkin olarak, Mahkeme'den aşağıdaki hususları göz önünde bulundurarak başvuruyu reddetmesini talep etmişlerdir;

"karar verildiğinde, kitabın toplatılmasını ve Sn. Öztürk'ün mahkum edilmesini haklı gösteren acil bir toplumsal ihtiyaç vardı, ... geçtiğimiz on yıl içerisinde, ceza yasaları ve bu yasaların uygulamaları tamamen değişmiştir, ... başvurana verilen para cezası çok cüzi bir miktardadır ve kitabın başka bir yayıncı tarafından yayınlanan sonraki baskıları Türkiye'de özgürce satılmaktadır."

HUKUK AÇISINDAN

I. DAVANIN KAPSAMI

40. Komisyon'a yaptığı başvuruda Sn. Öztürk, mahkumiyetinin Sözleşme'nin 9. Maddesinin (bkz. yukarıda Madde 38) ihlali olduğunu iddia etmiştir. Ancak, Mahkeme'ye yaptığı sunumlarında, 9. Maddeye geçici olarak başvurmak dışında iddiasını destekleyecek herhangi bir mütalaa belirtmemiştir. Bu sebeple, başvuran iddiasını mahkeme huzurunda sunmuş kabul edilemeyeceğinden, mahkeme de re'sen inceleme için herhangi bir sebep görmemektedir (bkz., *mutatis mutandis*, 2 Eylül 1998 tarihli Yaşa - Türkiye kararı, *Hüküm ve Karar Raporları* 1998-VI, s. 2428, 60. fıkra)

Bu nedenle, Mahkeme'nin değerlendirmesi sadece Sözleşme'nin 10. Maddesi ve 1 nolu Protokol'ün 1. maddesi kapsamındaki şikayetlerle sınırlı olacaktır.

II. SÖZLEŞME'NİN 10. MADDESİNİN İHLALİ İDDİASI

41. Sn. Öztürk, Ceza Kanunu'nun 312. Maddesi kapsamında tanımlanan suçlara ilişkin mahkumiyetinin aşağıdaki hususları öngören Sözleşme'nin 10. Maddesini ihlal ettiğini ifade etmiştir:

"1. Herkes ifade özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğünü, kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir alma

ve verme özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir.

2. Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, asayişsizliğin veya suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının ün ve haklarının korunması, gizli kalması gereken haberlerin yayılmasına engel olunması veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için kanunla öngörülen bazı formalitelere, şartlara, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir.”

A. Hükümet’in ön itirazı

42. Hükümet Mahkeme huzurunda mevcut davadaki Sözleşme’nin 35. Maddesine ilişkin nihai kararın Devlet Güvenlik Mahkemesi’nin 30 Mart 1989 tarihli kararı (bkz. yukarıda Madde 16 ve 17) olduğunu ifade etmiştir. Bu sebepten dolayı, Komisyon’a 24 Mayıs 1993 tarihinde yapılan başvurunun, Komisyon tarafından başvuru süresinin geçmesi nedeniyle kabul edilmemesi gerektiğine dikkat çekmişlerdir (bkz. yukarıda Madde 36).

Hükümet, Cumhuriyet Başsavcısı tarafından verilen yazılı emir sonrasında Yargıtay tarafından karar bozulduğunda (bkz. yukarıda madde 26) Komisyon’un 8 Ocak 1993 tarihi itibarıyla altı aylık dönemi yanlış hesapladığını ifade etmiştir; Komisyon’un, ilgili iç hukuk yollarının farklı yapısından dolayı bu yolların tüketilmesinin yeni bir altı aylık dönemin başlamasına neden olamayacağını ifade etmesi yeterlidir.

Sonuç olarak, Hükümet, Mahkeme’den mevcut davada Sözleşmenin eski 26. Maddesine ilişkin olarak "hatalı bir başvuru" olduğu kararına varmasını talep etmiştir.

43. Başvuran bu konuda görüş bildirmemiştir.

44. Mahkeme, yukarıdaki görüşlerin altı aylık dönem kuralına uymaması nedeniyle itiraza yol açtığı kanaatındadır ve başvurunun kabul edilmemesine ilişkin ön itirazlarında Hükümetin de aynı şekilde başvuru

süresinin geçtiğine dair itirazda bulunduğunu belirtmiştir. Altı aylık dönemin başlangıç tarihine ilişkin olarak, Komisyon huzurunda ikinci yazılı emir ile bozma (bkz. yukarıda Madde 42) tarihine değil, ilk yazılı emir ile bozma (bkz. yukarıda Madde 25) tarihine değinmişlerdir.

Aşağıdaki nedenlerden dolayı, Komisyon bu ön itirazı asılsız bulmuştur.

45. Mahkeme, Türk hukukunda öngörülen yazılı emir ile bozmanın, hakkında Yargıtay'a temyizde bulunulmamış nihai kararlar için tüketilen farklı bir iç hukuk yolu olduğunu ifade etmiştir. Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu'nun 342. Maddesine (bkz. yukarıda Madde 33 ve 34) göre, sadece Cumhuriyet Başsavcısı davayı bozma hususunda yetkilidir, ancak bu gibi durumlarda Adalet Bakanı'nın resmi talimatı gerekmektedir. Bu sebepten dolayı, anılan iç hukuk yolu doğrudan davası görülen kişiler için uygulanamaz. Sonuç olarak, genel olarak kabul görmüş uluslararası hukukun içtüzükleri dikkate alındığında, Sözleşme'nin 35. Maddesinin gerekliliklerine ilişkin olarak bu iç hukuk yolunun kullanılması gerekli değildir.

Mahkeme, altı aylık dönem kuralı açısından yazılı emir ile bozmanın dikkate alınmamasını belirtmiştir. Ancak, mevcut davada da olduğu gibi, anılan iç hukuk yolunun uygulandığı davalarda durum daha farklı olacaktır.

Böyle bir durumun söz konusu olması halinde, yapılan temyiz başvurusu hukuk açısından herhangi bir temyiz başvurusundan farklı olmayacaktır çünkü bu başvuru Yargıtay'a, gerekli gördüğü durumlarda kararı iptal etme ve bir diğer alt mahkemeye sevk etme, böylece de davası görülen kişi tarafından eleştirilen durumu düzeltme fırsatı vermektedir.

Ancak, Sözleşme'nin 35. maddesinde öngörülen koşulların yerine getirilip getirilmediğinin belirlenmesi adına, Sözleşme kapsamındaki kurumlar hukuk açısından yapılan temyiz başvurularını dikkate almışlardır. Bunlara ek olarak, Mahkeme, Cumhuriyet Başsavcısının ikinci yazılı emir ile bozma kararını desteklemek amacıyla belirttiği görüşlerin Yargıtay

tarafından değerlendirildiğini (bkz. yukarıda madde 26) ve Yargıtay'ın son başvuru mercii olarak kararını verdiğini gözlemlemiştir. Davanın kesin bir yasa ihlali içermemesinden dolayı temyiz başvurusunun esassız bulunması yukarıda belirtilen hususu değiştirmemektedir.

46. Sonuç olarak, Mahkeme, Komisyon'un da olduğu gibi, başvuranın Adalet Bakanı'ndan davayı Yargıtay'a göndermesini talep etmesinin, mevcut davada, etkinliği kanıtlanmış yeni bir usulü harekete geçirdiği ve altı aylık dönemin, Yargıtay'ın ikinci yazılı emir ile bozma karar tarihi olan 8 Ocak 1993 tarihinde başladığı kanaatindedir.

Sn. Öztürk başvurusunu uygun bir zamanda yaptığı için, Hükümet'in itirazı reddedilmelidir.

B. Şikayetin Esasları

1. Müdahalenin Mevcudiyeti

47. Hükümet, yayıncı olarak Sn. Öztürk'ün mahkum edilmesinin düşünce özgürlüğünün ihlal edildiği anlamına gelemeyeceğini ifade etmiştir. M. N. Behram yazardır ve düşünce özgürlüğü hakkında asıl yararlanan odur. Sn. Behram'ın düşüncelerini söyleme ya da ifade etme hakkının kısıtlandığı hiçbir şekilde iddia edilemez, çünkü kendisi beraat etmiştir (bkz. yukarıda Madde 22) ve kitabı Türkiye'de 1991 yılından beri satılmaktadır (bkz. yukarıda Madde 27).

48. Başvuran bu hususa ilişkin görüş belirtmemiştir.

49. Mahkeme ilk olarak, Madde 10'un "herkesin" ifade özgürlüğünü teminat altına aldığını belirtmiştir. Bu Madde çerçevesinde, izlenilen amacın doğasına veya özgürlüğün kullanılması sırasında gerçek veya tüzel kişilerin rollerine göre herhangi bir ayırım yapılmaz (bkz. *mutatis mutandis*, 24 Şubat 1994 tarihli Casado Coca - İspanya kararı, A Serisi no. 285, s. 16, fıkra 35). Bu husus sadece bilginin içeriği için değil, bilginin yayılma yolları için de geçerlidir, çünkü bilginin yayılma yollarına yapılan herhangi bir kısıtlama,

bilgiyi ifade etme ve alma hakkına da müdahale etmektedir (bkz. *mutatis mutandis*, 22 Mayıs 1990 tarihli Autronic AG - İsviçre kararı, A Serisi no. 178, s. 23, fıkra 47). Ayrıca, yayıncılar, yayınladıkları kitaplarda ifade edilen görüşlerle aynı fikirdedir gibi genel bir yargı çıkarılamaz. Ancak, düşünce özgürlüğünün kullanımında yazarlarla birlikte yayıncılara da ortak bir özellik verilebilir, böylece yayıncılar yazarların görüşlerini kamuoyuna dağıtırken yazarların “görev ve sorumluluklarına” tabii tutulacaklardır (bkz. *mutatis mutandis*, 8 Temmuz 1999 tarihli 1 nolu Sürek - Türkiye kararı, 1999-... Raporları, s...., fıkra 63; bkz. yukarıda Madde 31).

Kısaca özetlemek gerekirse, Mahkeme, Madde 10’un ilk fıkrası çerçevesinde, Sn. Öztürk’ün Sn. Behram’ın kitabını yayınlanması ve dağıtması suçlarından mahkum edilmesinin anılan yayıncının düşünce özgürlüğüne müdahale teşkil ettiği kanaatındadır (bkz. *mutatis mutandis*, 8 Haziran 1976 tarihli Engel ve Diğerleri - Hollanda kararı, A Serisi no. 22, s. 40, fıkralar 94 ve 95; ve 24 Mayıs 1988 tarihli Müller ve Diğerleri - İsviçre kararı, A Serisi no. 133, s. 19, fıkralar 27 ve 28)).

2. Müdahalenin haklı sebebe dayanması

50. Böyle bir müdahale, 10. maddenin ikinci fıkrasında yer alan gereklilikleri yerine getirmedikçe 10. maddeyi ihlal eder. Bu sebepten dolayı Mahkeme, bu müdahalenin “yasada öngörülüp öngörülmediğine”, anılan fıkroda yer alan meşru amaçlara yönelik olup olmadığına ve ilgili amaçların elde edilmesi için “demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığına” karar vermek zorundadır. Mahkeme, bu kriterlerin her birini sırayla değerlendirecektir.

(a) “Kanunlar tarafından öngörülme”

51. Başvuran, “kişileri suça teşvikten” dolayı cezalandırmak meşru iken Ceza Kanunu’nun 312. maddesinin Sözleşme’nin 10. maddesinde öngörülen gerekliliklerle bağdaştırılamayacağını ifade etmiştir. Çünkü Ceza

Kanunu'nun bu maddesi cezaya tabii tuttuğu suçu oluşturan unsurları yeterli ve açık bir şekilde tanımlamamıştır.

52. Hükümet, özellikle, Türk mahkemelerinin Yargıtay'daki emsal davalarda ortaya çıkan ve öngörülen ilkelerle uyum içinde gerekli mevzuatı uyguladıklarını ifade ederek, bu görüşe karşı çıkmıştır, çünkü mahkemelerden, her davanın özel koşullarını dikkate alarak hangi konuşma ya da yazının kamu düzeni açısından olası bir tehlike arz edebileceği hususunda doğru kararı vermesi beklenmektedir (bkz. yukarıda Madde 35). Gerekli emsal davanın ışığında okunduğunda, reddedilen hükümde geçen ifadeler kişilerin belirli bir eylemin suç teşkil edip etmediğini anlamaları için oldukça açıktır.

53. Komisyon, Ceza Kanunu'nun 312. maddesinin 2. fıkrasının başvuranın mahkumiyeti açısından yeterli esasları teşkil ettiği kanaatındadır.

54. "Yasada öngörülme" ifadesinden ortaya çıkan gerekliliklerden bir tanesi de ilgili önlemin önceden tahmin edilebilirliği olduğundan, Mahkeme daha önceki emsal davalara başvurmaktadır. Bir norm, vatandaşa davranışını ayarlama fırsatı verecek yeterli kesinlikte oluşturulmadıkça bir "yasa" olarak değerlendirilemez: vatandaş - gerekirse uygun bir tavsiyeyle - koşullar açısından makul olarak belirli bir eylemin ortaya çıkarabileceği sonuçları tahmin edebilecek durumda olmalıdır. Bu sonuçların tam bir kesinlikle tahmin edilmesi gerekmemektedir: tecrübeler bunun olamayacağını göstermiştir. Kesinlik çoğu zaman istenen bir durum olsa da, bu beraberinde aşırı katılık getirebilir ve kanunların değişen koşullara uyum sağlayabilecek durumda olması gereklidir. Bu nedenler kanunların büyük bir çoğunluğu şu ya da bu ölçüde belirsiz olan ve yorumlanması bir uygulama meselesi teşkil eden terimler ile ifade edilmiştir. (bkz. 20 Mayıs 1999 tarihli Rekvenyi - Macaristan kararı, Raporlar 1999-..., fıkra 34).

55. Mahkeme, eldeki dava açısından yasalara tam bir kesinlik içerisinde çerçeve çizmenin ve ulusal mahkemelerin bir yayının kişileri kin ve düşmanlığa tahrik edecek bölücü propaganda olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin karar vermelerini sağlayacak bir esnekliğin

talep edilmesinin güç olduğunu kabul etmektedir. Yasal bir hükmün taslağı ne kadar açık bir biçimde çizilirse çizilsin, adli görevi belirsiz noktaları aydınlığa kavuşturmak ve yasaların yorumuna ilişkin şüpheleri gidermek olan mahkemelerin yorumuna kaçınılmaz olarak ihtiyaç duyulacaktır (bkz. *mutatis mutandis*, 8 Temmuz 1999 tarihli Başkaya ve Okçuoğlu – Türkiye kararı, Raporlar 1999-..., s. ..., fıkra 39; ve daha önce söz edilen Rekvenyi - Macaristan kararı).

Mevcut davada, Mahkeme, başvuranın ifadelerinden farklı olarak, 312. maddenin 2. fıkrasının, bu maddede tanımlanan suçu oluşturan unsurların yorumlanmasını Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin takdirine bırakmadığını ifade etmektedir. Anılan metin (bkz. yukarıda Madde 30) daha önce ifade edilen çok sayıda kriter çerçevesinde yapılan bir ayrımcılık söz konusu olduğunda, bu suçu insanları kin ve düşmanlığa tahrik eden bir suç olarak değerlendirmektedir ve kamu düzenini tehlikeye sokan eylemler olması durumunda artırılmış cezalar öngörmektedir. 312. maddenin üçüncü fıkrası, suç teşkil edecek yayın türleri ve bu yayınların dağıtılma şekillerine ilişkin göstergeler içeren 311. maddenin 1. fıkrasına gönderme yapmaktadır. Ayrıca, Hükümet tarafından daha önce ifade edilen emsal davalar, suç teşkil eden tahriklerin sınıflandırılmasını ve cezalandırılmasını düzenleyen belirli ilkeleri ortaya koymaktadır (bkz. yukarıda Madde 35 ve 52).

56. Mahkeme, aynı kitaba ilişkin olarak, Devlet Güvenlik Mahkemesi'nde yer alan iki farklı yargıçlar kurulunun muhalif yorumlar ve sınıflamalar getirdiğini ve birbiriyle çelişen iki karara vardığını (bkz. yukarıda Madde 16 ve 22) belirtmektedir. Ancak, Mahkeme bu durumun Ceza Kanunu'nun 312. maddesinin 2. fıkrasının gerekli açıklık ve kesinlikten yoksun olduğu ve Sn. Öztürk mahkum edildiğinde Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından yapılan yorumun beklenenden farklı olması, sonuçlarını haklı göstermek için yeterli olmadığı kanaatinde. Mahkemenin görüşüne göre, böyle bir müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliğini değerlendirirken dikkate alınması gereken husus bu

soruna ilişkin olarak Hükümetin sunduğu görüşlerdir (bkz. aşağıda Madde 61 ve 67).

57. Özet olarak, Mahkeme, Komisyon gibi, başvuranın ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin, Ceza Kanunu’nun 312. maddesinin 2. fıkrası uyarınca mahkum edilmesinin bir sonucu olarak, kanunda öngörülmüş olarak değerlendirilebileceğini kabul eder (bkz. *mutatis mutandis*, şu kararlar: 8 Temmuz 1999 tarihli Ceylan - Türkiye, Raporlar 1999-..., s. ..., fıkra 25; 9 Haziran 1998 tarihli Incal - Türkiye, Raporlar 1998; ve 25 Kasım 1997 Zana - Türkiye, Raporlar 1997-VII, s. 2546, fıkra 47).

(b) Meşru amaç

58. Mahkeme, tarafların bu hususa ilişkin görüş belirtmediklerinin ifade etmektedir. Komisyon başvuranın “milli güvenlik” adına mahkum edildiği kanaatındadır.

59. Terörizmle mücadelenin hassas yapısı göz önünde bulundurulursa, yetkililerin eylemlerle mücadele ederken uyanık olmaları ihtiyacı şiddeti artırabilir; Devlet Güvenlik Mahkemesi’nin 30 Mart 1989 tarihli kararında (bkz. yukarıda Madde 16) ifade edilen sebepler dikkate alındığında ise, Mahkeme, başvuranın mahkumiyetinin düzensizlik ve suç önlemeye ilişkin 10. maddenin 2. fıkrasıyla aynı doğrultuda yer alan iki amaca yönelik olduğunu kabul edebileceğini ifade eder.

(c) “Demokratik bir toplumda gereklilik”

(i) Mahkemeye sunulan görüşler

60. Sn. Öztürk, ilk ve ikinci baskılarında kitabın içinde yasadışı hiçbir şey olmadığından emin olduğunu ifade etmiştir. Kitapta ifade edilen görüşlere ilişkin olarak kendisine verilen cezaların ne Sözleşme dahilinde, ne de yerel kanun dahilinde hiç bir haklı açıklaması yoktur. Bu bağlamda, Ceza Kanunu’nun 312. maddesi uyarınca mahkum edilmesinden iki yıl sonra, başvuran, kitabın yazarı M. N. Behram’ın aynı suçlardan beraat

ettiğini öğrenmiştir; o tarihten beri kitap Türkiye’de satılmaktadır ve hiç kimse kitabı okumasından dolayı suç işlemiş olarak değerlendirilmemiştir.

Başvuranın sunumunda ifade edilen bu çelişkili durum, Türk yetkililerin, politikacıları, insan hakları savunucularını ve aydınları cezalandırmak için 312. maddenin 2. fıkrasını nasıl amaç dışı olarak kullandıklarını gözler önüne sermektedir.

61. Hükümet, ilk olarak, başvuranın, kendisinin Sözleşmenin 10. maddesinin ihlalinin bir kurbanı olduğuna dair ifadesini desteklemek amacıyla kitabın yazarının beraat etmiş olması gerçeğini kullanamayacağını belirtmiştir. Devlet Güvenlik Mahkemesi’nin, 30 Mart 1989 tarihinde başvurunu mahkum etmesini müteakip, 22 Mayıs 1991 tarihinde kitabın yazarını beraat ettirmesine rağmen, bu durum sadece Ceza Kanunu’nun 312. maddesinin 2. fıkrasının “komünizm tehdidine ilişkin olarak o dönemde dünyada meydana gelen değişimlerden” ve “dava hukukundaki gelişmelerden” etkilenmesinin bir sonucudur. Ancak, dava hukukundaki bir değişiklik veya belirli bir yasanın uygulanmasında ortaya çıkan gelişmenin geriye dönük olarak başvuran açısından herhangi bir etkisi yoktur.

Hükümet, Sözleşme ihlalinin iyi sonuçlar doğurduğu bu tip davalarda, hüküm verilmemesi gerektiğini ifade etmiştir. Ayrıca, yukarıda sözü geçen değişimleri dikkate almaksızın Türkiye’nin hatalı olduğu sonucuna varmak adaletsizlik olacaktır. Bu görüşü desteklemek için Hükümet, Mahkeme mevcut davada Sözleşmenin ihlal edildiği sonucuna varsa da, sonuç olarak verilen hükmün Sn. Öztürk’ün o anki durumuyla hiç bir ilgisi olmayacağını ifade etmiştir, çünkü Ceza Kanunu’nun 312. maddesinin 2. fıkrasının tatbiki yumuşatılmıştır.

Sn. Öztürk’ün mahkumiyetinin ve kalan kitapların toplatılmasının 1989 yılındaki koşullar çerçevesinde doğruluğu kesinleşmiştir. Aynı şekilde, Sn. Behram’ın beraatı da kesin hüküm olarak değerlendirilmiştir ve 1991 yılının koşullarına uygundur. Başvurunu mahkum ederken, Devlet Güvenlik Mahkemesi, şu veya bu bölümü tek tek incelemeksizin kitabı bir

bütün olarak ele almıştır. Örneğin, kitabın, amacı Türkiye’deki anayasal düzeni yıkmak olan “terörist örgüt” TKP-ML’nin lideri “terörist” İ. Kaypakkaya’nın biyografisi niteliğini taşıdığına dikkat çekmiştir; İ. Kaypakkaya’nın eylemlerini yücelterek, eleştiri sınırlarını aşmış ve TKP-ML’nin daha önceki yıllarda komünist bir rejim kurmak adına başvurduğu şiddete göz yummuştur.

62. Hükümet, ayrıca, tahrikin söz konusu olduğu ve kararın verildiği zaman içerisinde TKP-ML’nin gerçek bir tehdit teşkil ettiğini ve basıldığı zamanki koşulların ışığı altında, kitabın Türk Devleti ve Türk Toplumu açısından “mevcut bir risk” ve “olası bir tehlike” oluşturduğunu ifade etmiştir (bkz. yukarıda madde 61). TKP-ML’nin komünist ideolojisinin Türkiye’ye yönelik tehdit oluşturması 1990’lı yıllarda azalmış olsa da, aynı durum örgüt programının bir parçası olan “bölücülük” açısından geçerli değildir.

Yukarıdaki nedenlerden dolayı, Hükümet, terörist ve bölücü propaganda yapma ve kişileri suça tahrik etmenin ağır suç olarak değerlendirilmesini meşru bulmaktadır. Sözleşmenin 10. maddesinin ikinci paragrafında öngörülen ifade özgürlüğüne getirilen bu kısıtlamalar ve bir ülkenin sosyal düzenini ve güvenliğini bozabilecek bu suçları teşkil eden eylemlerin değerlendirilmesi Hükümete göre, Devletlerin takdirine bırakılmalıdır. Bu sebepten dolayı, Mahkeme sadece durumun yasallığını incelemeli ve Türkiye’deki koşulları belirlemekten ve özellikle de şu veya bu yayının tehlike arz edip etmediği hususuna ilişkin olarak kendi değerlendirmesini yerel mahkemelerinkinin yerine geçmesinden kaçınmalıdır. Bu bağlamda, Hükümet, Komisyonu, diğer şeylerin yanı sıra, daha önce sözü geçen Zana -Türkiye kararında öngörülen kriterlere gerekli dikkati vermemesinden dolayı eleştirmiştir.

Hükümet, başvurana getirilen 285.000 TL para cezasının, 10. maddenin 2. fıkrasına göre oldukça makul ve uygun olarak tanımlanması gerektiğine dikkat çekmiştir.

Sonuç olarak, Hükümet, başvuranın mahkum edilmesinin ve kendisine getirilen para cezasının acil bir sosyal ihtiyaca cevap verdiğini ve demokratik bir toplumda böyle bir uygulamaya ihtiyaç duyulduğunu ifade etmiştir.

63. Komisyon, kitabın İ. Kaypakkaya'nın bir kahraman ve örnek bir kişilik olarak gösterildiği siyasi bir broşürle pek çok yönden benzerlik gösterdiği kanaatındadır. Kitabın, Güneydoğu Anadolu'da Türk güvenlik güçlerine karşı savaşılan teröristlere ilham kaynağı olarak yazılmış olabileceğini kabul ederken, Komisyon, Hükümetin kitabın şiddetin devam ettirilmesine yönelik veya terörist eylemleri haklı gösteren bölümlerine dikkat çekmediğini belirtmiştir.

Demokratik bir toplumdaki gerekli unsurlardan biri olan siyasi tartışmalara dikkat çektikten sonra, Komisyon mevcut davaya ilişkin görüşlerini şöyle bitirmiştir: Ulusal yetkililerin takdir sınırları göz önüne alınsa da, başvurana verilen ceza Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında haklı gösterilemez.

ii. Mahkemenin değerlendirmesi

64. Mahkeme yakın zamanda Türkiye aleyhine açılan diğer on üç davada da belirtildiği şekilde, 10. maddeye ilişkin kararının temelini oluşturan esasları yeniden vurgular (bkz. yukarıda Madde 4 ve 8 Temmuz 1999 tarihli Karataş - Türkiye kararı, Raporlar 1999-..., s. ..., fıkra 48).

(i) 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” veya “fikirler” için değil, aynı zamanda kırıncı, şok edici veya rahatsız edici olanlar için de geçerlidir. Bunlar, bir “demokratik toplumun” olmazsa olmaz çokseslilik, tolerans ve hoşgörünün gerekleridir. 10. Maddede belirtilen şekilde bu

özgürlük, ancak harfiyen uyulması gereken ve ikna edici bir şekilde tespit edilmesi gereken bazı istisnalara tabidir.

(ii) 10. Maddenin 2. Fıkrasında belirtilen anlamda “zaruri” sıfatı “acil bir sosyal ihtiyaç” anlamındadır. Akit Devletler anılan ihtiyacın mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi konusunda belli bir marja sahiptir, ancak bağımsız bir mahkeme tarafından verilenler de dahil olmak üzere, tabi olduğu yasama ve kararları kapsayacak şekilde Avrupa denetimi ile iç içe olmalıdır. Mahkeme bu sebeple, bir “sınırlamanın” Sözleşme’nin 10. Maddesinin güvencesinde olan ifade özgürlüğü ile bağdaşıp bağdaşmadığı konusunda nihai kararı verme yetkisini haizdir.

(iii) Denetim yetkisinin uygulanmasında Mahkeme müdahaleyi, suçlanan ifadeler ve bunların ifade edildiği bağlam da dahil olmak üzere, davayı bir bütün olarak ele alarak incelemelidir. İlk olarak müdahalenin “meşru amaçlar ile orantılı” ve ulusal otoriteler tarafından anılan müdahalenin meşru gösterilmesi için belirtilen gerekçelerin “ilgili ve yeterli” olup olmadığı tespit edilmelidir. Bunu yaparken de Mahkeme, ulusal otoritelerin Madde 10 kapsamında bulunan ilkelere uygun standartları uyguladığı ve ilgili bulguların kabul edilebilir bir değerlendirmesine dayalı oldukları konusunda olumlu kanaata varmalıdır.

65. Mahkeme, söz konusu kitabın, yakalandıktan sonra tartışmalı koşullarda ölen aşırı sol kanat akımının kurucu üyelerinden İ. Kaypakkaya'nın biyografisi niteliğini taşıdığını gözlemlemektedir. Kitabın destansı üslubu göz önüne alındığında, kitap İ. Kaypakkaya'nın düşünceleri ve eylemlerine ilişkin bir özür olarak görülebilir. Kaypakkaya'nın siyasi faaliyetleriyle ilgili bölümler dikkate alındığında, kitap, Kaypakkaya Diyarbakır Cezaevi'nde mahkumken oradaki koşulları anlatmaktadır ve özellikle, okuyucuları, Kaypakkaya'nın ölümünden Devlet birimlerinin sorumlu olduğuna inandırmaya çalışmaktadır.

Mahkeme'nin görüşüne göre, kitabın İ. Kaypakkaya'nın hayatına ilişkin hususlarda tarafsız olmadığı açıktır. Hatta kitap siyasi bir nitelik taşımaktadır. Kitap boyunca, yazar, dolaylı olarak, hem aşırı sol kanadın eylemlerini bastırmaya çalışırken Türk yetkililerin gösterdiği yaklaşımı, hem de İ. Kaypakkaya'nın ölümünden sorumlu oldukları iddia edilen kişilerin davranışlarını eleştirmektedir. Her ne kadar dolaylı da olsa, kitap İ. Kaypakkaya'nın taraftarı olduğu ideolojiye manevi destek vermektedir.

Devlet Güvenlik Mahkemesi, komünizmi ve “terörist” İ. Kaypakkaya'yı yücelterek, kitabın “açık bir şekilde kişileri kin ve düşmanlığa tahrik ettiğini” kabul etmiştir (bkz. yukarıda Madde 16). Devlet Güvenlik Mahkemesi, 30 Mart 1989 tarihli kararında, kitabın temelini oluşturan bölümlerden bahsetmediği için, Mahkeme, Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin sadece savcının 14 Şubat 1989 tarihli iddianamesinde ifade ettiği görüşleri doğruladığını farz edebilir. Ancak, Mahkeme, söz konusu görüşlerin, büyük ölçüde kitapta yer alan ve çoğunlukla edebi çalışmalardan alınmış, kitabın her bölümünün önsözü niteliğini taşıyan ve Savcı tarafından kitaptaki bölümlerin her birinde yer alan gizli anlamı ifade ettiği düşünülen şiirlerin yorumunu içerdiğine dikkat çekmektedir. İ. Kaypakkaya'nın babasına ve kitabın son sayfasında yer alan övgüsüne ilişkin metinler dikkate alındığında, Mahkeme, bu bölümlerde, kitabın içersinde sert bir

tonla yapılan eleştiri niteliğinde değerlendirilebilecek herhangi bir husus olmadığını ifade etmiştir (bkz. yukarıda Madde 14).

66. Mahkeme, bu noktada, siyasi demeç veya kamuyu ilgilendiren hususlarda yapılan tartışmalara getirilen kısıtlamalara sözleşmenin 10. Maddesinin 2. Fıkrası kapsamında cüzi şekilde yer verildiğini yeniden vurgulamaktadır. Ayrıca, Hükümete getirilecek eleştiri sınırları bir vatandaşa ya da bir politikacıya getirilecek eleştiri sınırlarından daha geniştir. Demokratik bir sistemde, hükümetin yaklaşımları ve kusurları sadece yasama ve yargı yetkilileri tarafından değil, kamuoyu tarafından da yakın incelemeye tabii tutulmalıdır. Hükümetin baskın varlığı, mazur görülemez saldırılar veya kendisine muhalifleri tarafından getirilen eleştiriler söz konusu olduğunda, yargıya intikal hususunda zorlamaya gitmesini gerektirebilir. Bununla birlikte, Devlet yetkilileri de, kamu düzeninin garantörleri olarak, anılan türden demeçlere, aşırıya kaçmaksızın uygun şekilde tepki gösterilmesini amaçlayan uygun önlemleri, ceza kanunu niteliğinde olsa dahi alabilirler. Sonuç olarak, bireyleri, kamu yetkilisini ya da diğer bir sektörü şiddete tahrik eden ifadeler söz konusu olduğunda, ulusal yetkililer düşünce özgürlüğüne müdahale edilmesine ihtiyaç olup olmadığı hususunda değerlendirme yaparken daha fazla takdir kullanırlar (bkz. daha önce adı geçen Ceylan kararı, s. ..., fıkra 34).

67. Bu bağlamda, kitabı yazarı M. N. Behram'ı yargılayan Devlet Güvenlik Mahkemesi yargıçlar kurulu tarafından varılan sonucu dikkate almak gerekmektedir. 22 Mayıs 1991 tarihli kararında, Mahkeme, üç ceza hukuku profesöründen oluşan bilirkişi kurulu görüşleri temelinde, kitapta; Sn. Behram'ın Ceza Kanunu'nun 312. maddesi uyarınca mahkumiyetini haklı gösterebilecek suça ilişkin olarak herhangi bir tahrikin söz konusu olmadığı kararına varmıştır (bkz. yukarıda Madde 22).

Hükümetin görüşlerinden farklı olarak, Mahkeme, iki yıl içerisinde birbirinden ayrılan ve aynı mahkemenin iki farklı yargıçlar kurulu tarafından yapılan tek ve aynı kitabın iki yorumu arasındaki çarpıcı

çelişkinin dikkate alınması gereken bir husus olduğu kanaatındadır, bu durumun, aleyhinde yapılan yargılamalarda başvuranın çıkarına olabileceğini belirtmektedir (bkz. Madde 24-26 ve 60).

68. Mahkeme, diğer baskılarla aynı içerikte olan ilgili baskıda kullanılan ifadelerin, şiddet veya kin ve nefrete tahrik olarak değerlendirilemeyeceği kanaatındadır (bkz. yukarıda Madde 64 ve 66).

Buna ek olarak, Mahkeme, böyle bir kitabın açıkça ifade ettiği hedef ve amaçlardan farklı hedef ve amaçlarını saklamış olabileceği ihtimalini de göz ardı etmez (bkz. *mutatis mutandis*, daha önce adı geçen Incal kararı, s. 1567, fıkra 51). Ancak, böyle bir gizlilik açısından kanıt olarak gösterilebilecek somut bir eylem söz konusu olmadığı için ve özellikle de kitabın ilk baskısı herhangi bir cezaya tabii tutulmadığı için, Mahkeme, ikinci baskıda Sn. Öztürk'ün amacından şüphe duymakta bir neden görmemektedir (bkz. yukarıda Madde 11).

69. Bu bağlamda, Mahkeme, kendisine sunulan davaların geçmişini, özellikle de terörizmin önlenmesi problemleriyle bağlantılarını dikkate almaya hazır olduğunu vurgular (bkz. yukarıda anılan Incal kararı, s. 1568, fıkra 58).

Mahkeme, başvuranın kitabı kınanacak bir amaçla yayınlanıp yayınlanmadığını belirlemenin yerel mahkemelerin işi olduğunu kabul etmektedir. Yerel hukukun başvuranın suçlandığı ve suçun somut etkilerine ilişkin kanıt talep etmemesi (bkz. yukarıda Madde 35) 10. maddenin 2. fıkrası çerçevesinde yapılan müdahalenin haklı gösterilme ihtiyacını azaltmaz.

Mahkeme eldeki davada kitabın Kasım 1988 baskısının, uzun dönemde, Türkiye'de suçun ve kargaşanın önlenmesi üzerinde zararlı bir etkisi olabileceği hususunda ikna olmamıştır. Aslında, kitap 1991 yılından beri satılmaktadır ve Hükümete göre, Sn. Öztürk'ün mahkum edilmesinden önce ve sonra varolan "bölücü" tehditleri artırmamıştır (bkz. yukarıda Madde 61). Hükümet, Ekim 1988'deki ilk baskısından farklı olarak kitabın

ikinci baskısının nasıl daha fazla etki uyandırmış olabileceğine açıklık getirmemiştir (bkz. yukarıda Madde 11).

Bu nedenden dolayı, Mahkeme, mevcut davada Türkiye'deki terörizmin neden olduğu sorunlara ilişkin olarak Sn. Öztürk'ün sorumluluk taşıdığı bulgusunu haklı gösterecek herhangi bir husus görmemiştir ve başvuran aleyhinde ceza hukukunun uygulanmasının, Zana - Türkiye davasının koşullarından farklı olan mevcut dava koşullarında haklı gösterilemeyeceği kanaatındadır (daha önce anılan karar, s. 2549, fıkra....- bkz. yukarıda Madde 62).

70. Hükümetin, başvurana verilen para cezasının miktar olarak makul olduğu iddiasına ilişkin olarak, (bkz. yukarıda Madde 16 ve 62), Mahkeme, izlenilen amaca kıyasla yapılan müdahalenin orantılı olup olmadığının değerlendirilmesinde verilen cezaların nitelik ve ağırlığının göz önünde bulundurulması gereken etkenler olduğunu kabul etmektedir (bkz. daha önce anılan Ceylan kararı, s....., fıkra 37).

Ancak, yukarıda varılan sonuçlar (bkz. Madde 68 ve 69) ve söz konusu müdahalenin - yani kitaplara el koyulmasının - önleme amaçlı yapılmasının Madde 10'u gündeme getirmesi gerçeğine ilişkin olarak (bkz. daha önce anılan Incal kararı, s. 1568, fıkra 56), Mahkeme, mevcut davanın koşulları çerçevesinde, bu görüşe kesin bir ağırlık veremeyeceği kanaatındadır.

71. Mahkeme, mevcut davada, söz konusu baskının yayınlandığı süre içerisinde, yapılan müdahalenin “izlenilen meşru amaca uygun” olduğu bulgusunu haklı gösterebilecek “acil bir toplumsal ihtiyaç” olmadığı kanaatındadır.

72. Bu noktada, Mahkeme, Hükümetin, başvuranın mahkumiyetinden sonra içtihat hukukunda görülen gelişmelere dayandığı ve Sözleşme ihlal edildikten sonra bu durum haklı gösterilirse Mahkeme bu hususta hüküm veremez ifadelerinin yer aldığı görüşlerini kabul edemez (bkz. yukarıda Madde 61).

73. Mahkeme'nin yegane görevi, belirli bir davanın özel koşullarını değerlendirmektir; bu nedenden dolayı, Mahkeme, ulusal yetkililer onaylamadıkça ve Sözleşme'nin ihlalinden dolayı kişi tazmin edilmedikçe, başvuran lehinde alınan bir karar ya da önlemin o kişiyi “mağdur” statüsünden çıkarmaya yeterli olamayacağını tekrar ifade eder (bkz. 25 Haziran 1996 tarihli Amuur - Fransa kararı, Raporlar 1996-III, s. 846, fıkra 36). Mevcut davada, başvuran lehinde böyle bir karar ya da önlem alınmamıştır.

Bu bağlamda, Mahkeme, Sn. Öztürk'ün mahkum edilmesinden sonra M. N. Behram'ın beraat etmesi hususuna ilişkin olarak adli yetkililerin benimsediği durumu dikkate alacaktır.

Cumhuriyet Başsavcısı tarafından şikayetçi olunan ikinci yazılı emir ile bozmaya ilişkin olarak verdiği 8 Ocak 1993 tarihli kararında, Yargıtay şu karara varmıştır (bkz. yukarıda Madde 25 ve 26):

“...Mustafa Nihat (Behram)'ın beraatı herhangi bir temyiz olmaksızın nihai karardır. Son olarak, ‘Hayatın Tanıklığında-İşkencede Ölümün Güncesi’ adlı kitabın içeriği değerlendirildiğinde herhangi bir kötü olguya rastlanmamıştır”.

Hükümetin cevaben sunduğu dilekçenin ekinde (bkz. yukarıda Madde 8) Yargıtay'da Cumhuriyet Başsavcısı tarafından Adalet Bakanlığı'na gönderilen 14 Aralık 1995 tarihli bir nota yer almaktadır; söz konusu notada Cumhuriyet Başsavcısı aşağıdaki hususları belirtmektedir:

“Yargıtay'ın Ünsal Öztürk adına yapılan temyiz talebini reddettiği 8 Ocak 1993 tarihli kararla, (Devlet Güvenlik mahkemesi'nin) iki ayrı kararı arasındaki çelişki giderilmiştir ve böylece yasalara uygun olan kararın Ünsal Öztürk aleyhinde verilen 30 Mart 1989 tarihli karar olduğu teyit edilmiştir...”

İçtihat hukukundaki gelişmelerin” Sn. Behram'ın beraatını sağladığı düşünülse bile, bu gelişmelerin Yargıtay'a başvuranın şu anda Mahkeme huzurunda şikayetçi olduğu durumu düzeltme fırsatı sağlamak için yeterli olmadığı anlaşılabacaktır (bkz. yukarıda Madde 24-26; ayrıca bkz. Madde 17).

74. Buna bağı olarak, Mahkeme Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği kararına varmıştır.

III. 1 NO'LU PROTOKOL'ÜN 1. MADDESİ'NİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

75. Başvuran, mevcut davada söz konusu olan Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin kitap toplatma emrinin 1 nolu Protokol'ün 1. maddesini ihlal ettiğini ifade etmiştir; bu madde şu hususları öngörmektedir:

“Tüm gerçek ya da tüzel kişiler, mülklerini dilediği gibi kullanma hakkına sahiptir. Hiç kimsenin mülkü kamu yayarına olan durumlar, kanunda öngörülen koşullar ve uluslararası hukukun genel ilkeleri dışında kalan durumlarda elinden alınamaz.

Ancak, emsal hükümler, hiç bir şekilde, bir Devletin, vergilerin, diğer iştiraklerin veya cezaların ödenmesini sağlama almak ya da kamu yayarı açısından mülkün kullanımını kontrol altına almanın gerekli olduğu durumlarda bu tür kanunları yürürlüğe sokma hakkına zarar vermez.”

76. Mahkeme, başvuranın şikayetçi olduğu önlemin, 10. maddenin ihlalini teşkil ettiği karara varılan mahkumiyetin (bkz. yukarıda Madde 28) ihtiyari bir etkisi olduğuna dikkat çeker. Sonuç olarak, bu şikayeti ayrı olarak ele almak gereksizdir. (bkz. *mutatis mutandis*, 25 Mayıs 1998 tarihli Sosyalist Parti ve Diğerleri - Türkiye kararı, Raporlar 1998-III, s. 1259, fıkra 57).

IV. SÖZLEŞMENİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

77. Başvuran, maruz kaldığı maddi zararın tazmin edilmesini ve Türkiye’de, Mahkeme ve Komisyon huzurunda yapılan davalardaki gider ve harcamalarının karşılanmasını talep etmiştir. Bu taleplerini aşağıdaki hususları öngören Sözleşme’nin 41. maddesine dayandırmıştır:

“Mahkeme’nin Sözleşme’nin ve ona bağlı protokollerin ihlal edildiği kararına varması ve ilgili Yüksek Akit Taraf’ın iç hukukunun sadece kısmi tazminata müsaade etmesi durumunda; Mahkeme’nin kararı, eğer gerekli görülürse, sadece mağdur tarafın tazminatının karşılanmasına yönelik olacaktır.”

A. Maddi Zarar

78. Başvuran, yayın masrafları ve kar da dahil olmak üzere, her biri 4,92 Amerikan Dolarına tekabül eden 1,500,000 TL tutarındaki söz konusu 3,195 kitap baskısının toplatılmasından doğan kayba ilişkin olarak faizi ile birlikte 15,719 Amerikan Doları talep etmiştir.

Ayrıca; yayınlıyacağı baskıların satışını da göz önünde bulundurarak, yaklaşık 442,800 Amerikan Doları olarak hesapladığı kar kaybının da tazmin edilmesini talep etmiştir. Bu bağlamda, başvuran, kitabın, her biri 5,000 baskı olmak üzere yılda en az iki baskı yapacağını hesap etmiştir; bu da her biri 4,92 Amerikan dolarına satılabilecek olan toplam 90,000 baskıya tekabül etmektedir.

Bunlara ek olarak, ödemiş olduğu 285,000 TL (121 Amerikan Doları) tutarının da karşılanmasını talep etmiştir.

79. Hükümet bu taleplere itiraz etmiştir. Özellikle, kanuna uygun olarak karar verilen ve yürütülen yasa dışı bir yayının toplatılması için tazminat talep etme hakkının olamayacağını ifade etmişlerdir.

Kar kaybına ilişkin taleplerin temelsiz olduğunu ve varsayımlardan ibaret olduğunu belirtmişlerdir. 1991 yılından beri satılmakta olan kitabın yayıncısının artık Sn. Öztürk olmamasının nedeni, kendisinin diğer rakip yayınevlerinden daha cazip bir teklif ortaya koyamamış olmasıdır.

80. Mahkeme, başvurana verilen para cezasının ve kitabın diğer baskılarının toplatılmasının, Sözleşme’nin 10. maddesinin ihlali kararının doğrudan sonuçları olduğuna dikkat çeker. Bu sebepten dolayı, ilk olarak başvuranın ödemiş olduğu para cezasının tamamen karşılanmasına karar vermelidir. Toplatılan baskılara ilişkin olarak, dava dosyasından anlaşıldığı

üzere, kitabın ilk baskısı tükenmiştir; el koyulan 3,195 nüsha ikinci baskının 3,133'ü *Yurt Kitap-Yayın* yayınevinde ele geçirilmiştir ve 2,845'i imha edilmiştir. Mahkeme, Türk Yayıncılar Birliği tarafından 12 Mayıs 1997 tarihinde ifade edilen bir görüşe göre, başvuran tarafından basılan bir kitabın fiyatıyla kıyaslanabilecek olan bir kitabın perakende satış fiyatının o tarihte yaklaşık 500,000 TL (3,58 Amerikan doları) olduğuna dikkat çeker.

Mahkeme, kar kaybının spekülatif niteliği ve dava dosyası bazında meblağın kesin şekilde tespitinin imkansızlığını da dikkate alarak, kitabın gelecekteki satışlarından kaynaklanan kayba ilişkin başvuran taleplerini kabul edemeyecektir.

Mahkeme, elindeki tüm bilgiler ışığında adil bazda tespitte bulunarak, başvurana maddi zararlar için 10,000 Amerikan doları ödenmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

B. Masraflar ve Giderler

81. Başvuranın vekili, Mahkeme'den, başvuran ve kendisi arasında 10 Mayıs 1993 tarihinde imzalanan bir anlaşmayı dikkate almasını istemiştir. Anılan sözleşme şartları uyarınca, Sn. Öztürk'ün avukatına 100,000 TL'sı (o tarihte 10,227 Amerikan Doları) borcu olup, ancak başvuranın, 1994 ve 1997 yılları arasında yayınladığı diğer kitaplardan birkaç kez hapis cezasına çarptırılmasından kaynaklanan maddi güçlüklerle ilgili olarak bu tutarı ödemesinin imkansız olması sebebiyle, avukatın Mahkeme'nin adil tazmin suretiyle kararlaştıracığı tutarın %10'unu alması kararlaştırılmıştır.

82. Hükümet, 1993 yılında diğer avukatlar tarafından alınan normal ücretlerle karşılaştırıldığında bu tutarın çok fazla olduğunu ifade etmiştir. Başvuranın avukatının 1999 yılına kadar ücretsiz çalışabileceğini söylemesinden dolayı, bu durum Hükümetin sorumluluğunun dışında kalmaktadır.

83. Mahkeme, gider ve harcamalara ilişkin olarak, başvuranın sadece avukatı Sn. Öndül'ün ücretinin karşılanmasını talep ettiğini söylemiştir. İctihatında belirtilen ölçütü uygulayarak, Mahkemenin sözleşme ihlalini teşkil eden hususun engellenmesi veya düzeltilmesi için talep edilen meblağın gerçekten ve zorunlu olarak tahakkuk edip etmediğini ve miktar açısından makul olup olmadığını tespit etmesi gerekmektedir. (bkz. yukarıda adı geçen Başkaya ve Okçuoğlu kararı, s....., fıkra 98). Mahkeme, Sn. Öncül'ün başvuranın Türkiye'de yapılan duruşmalarda savunmasını yaptığını ve onu hem Komisyon huzurunda hem de Mahkeme'nin huzurunda temsil ettiğini ifade etmiştir. Mahkeme, yine adil bazda hüküm vererek, başvuranın masraf ve harcamaları için 20,000 FRF tazminat verilmesini uygun bulmuştur.

C. Temerrüt faizi

84. Mahkeme, Fransız Frankı cinsinden belirlenen tutarın yıllık % 3,47 oranında, Amerikan Doları cinsinden belirlenen tutarın ise yıllık %5 oranında temerrüt faizine tabi tutulmasını uygun bulmuştur.

YUKARIDA BELİRTİLEN GEREKÇELERE DAYANARAK, MAHKEME OYBİRLİĞİYLE

1. Hükümetin ön itirazının *reddine*;
2. Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğinin *kabulüne*;
3. Şikayeti 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi çerçevesinde ele almanın gerekli olmadığının *kabulüne*;
4. (a) davalı Devlet'in, üç ay içerisinde, ödeme tarihinde geçerli olan oran üzerinden Türk lirasına çevrilmek üzere:
 - (i) maddi zarar için 10,000 (on bin) Amerikan doları;

(ii) giderler ve harcamalar için 20,000 (yirmi bin) Fransız Frangının ödenmesinin;

(b) yukarıda bahsedilen üç aylık sürenin sona ermesinden ödeme tarihine kadar, bu tutarlara:

(i) Amerikan doları cinsinden meblağlar için yıllık %5;

(ii) Fransız Frangı cinsinden meblağlar için yıllık %3,47;

oranında basit faiz uygulanmasının *kabulüne*:

5. Adil tazmin konusundaki diğer taleplerin *reddine*

ilişkin işbu kararı İngilizce ve Fransızca olmak üzere, 28 Eylül 1999 tarihinde Strazburg'da bulunan İnsan Hakları Binası'ndaki açık oturumda tefhim edilmiştir.

Maud DE BOER-BUQUICCHIO

Sekreter yardımcısı

Luzius WILDHABER

Başkan