



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME
AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

GÜRBÜZ VE BAYAR / TÜRKİYE DAVASI

(Başvuru No. 8860/13)

KARAR

STRAZBURG

23 Temmuz 2019

İşbu karar, Sözleşme'nin 44 § 2 maddesinde belirtilen koşullar çerçevesinde kesinleşecektir. Bazı şekli düzeltmelere tabi tutulabilir.

© T.C. Adalet Bakanlığı, 2019. Bu gayriresmî çeviri, Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı tarafından yapılmış olup, Mahkeme açısından bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Bu çeviri, davanın adının tam olarak belirtilmiş olması ve yukarıdaki telif hakkı bilgisiyle beraber olması koşulu ile Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Dairesi Başkanlığına atıfta bulunmak suretiyle ticari olmayan amaçlarla alıntılanabilir.

Gürbüz ve Bayar/Türkiye davasında,

Başkan

Robert Spano,

Hâkimler

Işıl Karakaş,

Valeriu Griţco,

Egidijus Kūris,

Ivana Jelić,

Arnfinn Bårdsen,

Darian Pavli

ve *Bölüm Yazı İşleri Müdürü* Stanley Naismith'in katılımıyla Daire halinde toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Bölümü), 25 Haziran 2019 tarihinde kapalı oturumda gerçekleştirdiği müzakerelerin ardından aynı tarihte aşağıdaki kararı vermiştir:

USUL

1. Türkiye Cumhuriyeti aleyhine açılan davanın temelinde, Türk vatandaşları olan Ali Gürbüz ("birinci başvuran") ve Hasan Bayar'ın ("ikinci başvuran") 10 Aralık 2012 tarihinde İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin ("Sözleşme") 34. maddesi uyarınca yapmış oldukları başvuru (No. 8860/13) bulunmaktadır.

2. Başvuranlar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ("Mahkeme") önünde İstanbul Barosuna bağlı Avukat İ. Akmeşe tarafından temsil edilmişlerdir. Türk Hükümeti ("Hükümet") ise kendi görevlisi tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvuranlar, kendileri hakkında yürütülen ceza yargılamasında ifade özgürlüklerinin ihlal edildiğini iddia etmektedirler.

4. Yargılamanın süresine ilişkin şikâyetin, 8 Nisan 2014 tarihli bir karar ile kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir. Başvuranların ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasına ilişkin şikâyeti, 2 Ekim 2017 tarihinde, Hükümete bildirilmiş ve başvurunun geri kalan kısmının, kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir.

OLAY VE OLGULAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

5. Başvuranlar sırasıyla 1971 ve 1982 doğumlu olup, Köln (Almanya) ve Bern’de (İsviçre) ikamet etmektedirler.

6. Olayların meydana geldiği tarihte, birinci başvuran *Ülkede Özgür Gündem* gazetesinin imtiyaz sahibi olup, ikinci başvuran ise, aynı gazetenin yazı işleri müdürüdür.

A. Davanın Bağlamı

7. PKK (“Kürdistan İşçi Partisi”) lideri Abdullah Öcalan (“A.Ö.”), 29 Haziran 1999 tarihinde, Türkiye topraklarının bir kısmının ayrılmasını amaçlayan eylemler yürütmek ve bu amaçla yasa dışı silahlı bir örgüt olan PKK’yı kurmak ve yönetmekten idam cezasına mahkûm edilmiştir. Mahkemeler, A.Ö. tarafından verilen kararlar sonrasında ve onun emir ve talimatları üzerine, PKK’nın çok sayıda silahlı ve bombalı saldırı, sabotaj ve silahlı soygun gerçekleştirdiği ve bu şiddet eylemleri sırasında, binlerce sivil, asker, polis, köy korucusu ve devlet memurunun hayatını kaybettiğini tespit etmiştir. 2001 ve 2002 yıllarında mevzuatta ve Anayasa’da yapılan değişiklikler sonrasında, A.Ö.nün cezası, 3 Ekim 2002 tarihinde

ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına dönüştürülmüştür. A.Ö., halen İmralı Cezaevinde tutuklu bulunmaktadır.

8. Olayların meydana geldiği tarihte, Türkiye’de tutuklu bulunan kişiler, genel kural olarak, hafta içinde çalışma saatleri içerisinde avukatlarıyla belirli bir süre boyunca sıklık kısıtlaması olmaksızın görüşebiliyorlardı. A.Ö.nün avukatları da, müvekkillerini İmralı Cezaevinde düzenli olarak ziyaret etmişlerdir. Bu ziyaretlerin tutanakları, daha sonraki günlerde, başvuranların gazetesi de dâhil olmak üzere bazı gazetelerde, sanki A.Ö.nün mevcut durum hakkındaki görüşleri veya PKK’ya talimatları gibi yayımlanmıştır.

9. A.Ö.nün avukatlarının ziyaret tutanaklarından, görüşmelerin sıklıkla, avukatların, PKK ile ilgili son gelişmeler hakkında bir açıklama yapmalarıyla başladığı anlaşılmaktadır. A.Ö., avukatlarıyla örgüt yapısının farklı düzeylerinde görevli kişilerin değiştirilmesi, PKK’nın organları (bölgesel, ulusal düzeyde veya yurt dışı düzeyinde) tarafından düzenlenen farklı faaliyet ve toplantılar, parti yöneticilerinin izlediği siyasi çizgi, parti yöneticileri arasındaki rekabet ve silahlı militanların güvenlik güçleriyle mücadelede uğradığı kayıplar hakkında istişarede bulunmuştur. Kendisini “Kürt halkının lideri” olarak tanıtan A.Ö., avukatlarının bütün cevaplarını yorumlamış ve Türkiye’de veya diğer ülkelerde PKK tarafından yürütülen politikanın yeniden yönlendirilmesi amacıyla, avukatlarını, fikir ve talimatlarını iletmekle görevlendirmiştir (A.Ö. genel olarak, tamamen demokratik bir Türkiye’de Kürt azınlığının haklarının tanınması fikrini savunmuştur). Diğer taraftan A.Ö., PKK’nın farklı mevkilerindeki kadrolara yapılan tayinleri onaylamış veya reddetmiş ve partinin iç düzenlemesi hakkında tavsiyelerde bulunmuştur. A.Ö. ayrıca, Hükümetin düşmanlığa son vermesi ve PKK tarafından ileri sürülen talepleri yerine getirmesi şartıyla, PKK’nın silah bırakmasını öğütlemiştir (bu bağlamda bk.*Tuğluk ve diğerleri/Türkiye* (k.k.), No. 30687/05 ve 45630/05, §§ 3-6, 4 Eylül 2018).

10. A.Ö.nün bazı avukatları hakkında, 22 Mart 2002 tarihinde ceza davası başlatılmıştır. Bu avukatlar, A.Ö.nün sözcülüğünü yaparak, eski örgütüne yönelik talimatlarını ileterek ve basın yoluyla bunları yayarak avukatlık mesleğini kötüye kullanmakla suçlanmışlardır. Bu dava, 9 Ekim 2012 tarihinde yasal zaman aşımı sebebiyle kayıttan düşmüştür (daha önce anılan *Tuğluk ve diğerleri*, § 7-12).

11. Kongra-Gel (PKK'nın bir kolu), 2004 yılının Ağustos ayının sonunda ateşkes önerisinde bulunmuştur. Kongra-Gel'in mesajı Türk Devletine bir çağrı niteliği taşımış ve askeri operasyonlara son verilmesi, bir diyalog süreci başlatılması veya yine sürdürülebilir bir barış sağlanması için A.Ö.nün cezaevindeki yaşam koşullarının iyileştirilmesi talebini içermiştir (bu bağlamda bk. *Belek ve Özkurt/Türkiye (No. 4)*, No. 4323/09, § 6, 17 Haziran 2014).

B. Başvuranların gazetesinde 3 Eylül 2004 tarihinde yayınlanan makale

12. Başvuranların gazetesinde, 3 Eylül 2004 tarihinde “5 maddeye destek: Kürt Halk Önderi, Kongra-Gel'in yeni bir ateşkes yaklaşımını olumlu buldu” başlıklı bir makale yayımlanmıştır. Söz konusu makalede, A.Ö.nün ve Kongra-Gel'in bir yöneticisi olan Murat Karayılan'ın (“M.K.”) beyanları aktarılmıştır.

Makalenin “Çatışmaların tırmandığı 1 Eylül Dünya Barış Günü öncesi ateşkes için sunulan şartları yerinde bulan Öcalan, ‘Bunlar asgari olanlardır’ dedi” başlıklı ilk kısmında, A.Ö.nün avukatlarından birinin beyanları yer almıştır. Bu beyanlara göre, A.Ö., bir görüşme sırasında söz konusu avukatına Kongra-Gel tarafından açıklanan ateşkes şartlarını desteklediğini belirtmiştir. Makalenin bu kısmı aşağıdaki gibidir:

“ Kendisine yurtseverim diyen herkesi Kongra-Gel çatısı altında birleşmeye çağıran Kürt Halk Önderi Abdullah Öcalan, Kongra-Gel tarafından beş madde halinde sunulan ateşkes çağrısını olumlu bulduğunu belirtti.

Kürt Halk Önderi Abdullah Öcalan’ın avukatlarından F.A., B.K., İ.D. et Z.D.nin Öcalan ile haftalık olağan görüşmeleri gerçekleşti. Öcalan’ın özgürlük mücadelesi sistematüğını Kongra-Gel biçiminde şekillendirdiğini ifade ettiğini belirten D., yaptıkları görüşmeyi şöyle aktardı:

‘Sayın Öcalan geliştirdiği özgürlük mücadelesi sistematüğü çatısı altında, kendisine yurtseverim diyen herkesin yer alması gerektiğini, savunmasında ortaya koyduğu düşünce sistematüğının her alanda geliştiğini, devletin ise bunu yeni anlayabildiğini vurguladı. Kendi düşüncelerinin Ortadoğu’da yeni geliştiğini, bu gelişimin ise ABD ve Kürt işbirlikçileri tarafından, hatta Osman Öcalan’lar da devreye sokularak engellenmeye çalışıldığını belirtti. Kongra-Gel tarafından beş madde halinde sunulan ateşkesi uygun bulduğunu da ekleyen Öcalan, bunların asgari talepler olduğunu da belirterek, bu taleplerin bir an önce pratikte uygulanması gerektiğine vurgu yaptı. Türk-Kürt diyalogunun mutlaka geliştirilmesi gerektiğini söyleyen Öcalan, diyalog yolu gelişmediği takdirde 2005 yılının kendilerinin de istemediği ama zorunlu olan gerillalaşma yılı olacağını belirtti’.

Birlik çağrısı

Öcalan’ın son olarak 1 Eylül Dünya Barış Gününe ilişkin bir çağrıda bulunduğunu aktaran D., ‘Sayın Öcalan, (...) tüm demokratik Kürt kurumlarına, birlik ve bütünlük içerisinde yeni bir atılımın gerçekleşmesi için çağrıda bulundu’ dedi. ”

Makalenin “Barışa hazırız” alt başlığıyla sunulan ikinci kısmında M.K.nın sözleri aktarılmıştır. Makalenin bu kısmı aşağıdaki gibidir:

“ Kongra-Gel Halk Savunma Komitesi Başkanı Murat Karayılan, DEP’lilerin (Demokrasi Partisi) ve çeşitli çevrelerin silahların susmasına dönük çağrılarını saygıyla karşıladıklarını belirterek, ‘Kürt tarafı olarak adil bir barışa her zamankinden daha fazla hazırız’ dedi.

ROJ TV’ye açıklamada bulunan Karayılan, 1 Eylül Dünya Barış Günü vesilesiyle önemli açıklamalarda bulundu. Barışın en önemli değer olduğunu vurgulayan Karayılan, sorunları olan toplumların barışa daha çok ihtiyaç duyduğunu belirtti. Barış Gününde Bölge’de barışın değil, savaşların gündemde olduğunu ifade eden Karayılan,

adil bir barışa acilen ihtiyaç olduğunu belirtti. Barışın birbirinin haklarını tanımak ve saygı göstermekle mümkün olduğuna dikkat çeken Karayılan, inkarın ve reddin barışın zeminini yok ettiğini söyledi. Kürt coğrafyasını egemenlikleri altında tutan devletlerin, Kürtleri tüm maddi ve manevi değerleriyle teslim almayı barış olarak lanse ettiğini söyleyen Karayılan, 21. yy.da zora dayalı politikaların iflas ettiğini kaydetti. (...) değişik çevrelerin ve DEP’li milletvekillerinin silahların susturulması yönündeki çağrılarına da yanıt veren Karayılan, ‘Barış çağrılarını ve bu yönde harcanan çabaları saygıyla karşılıyoruz’ dedi. Murat Karayılan, Kongra-Gel’in sorununun çözümü için hazır olduğunu, eğer şartlar oluşturulursa (...) silahları tamamen devreden çıkarmaya hazır olduklarını vurguladı. Karayılan, Devleti demokratik ve barışçıl bir çözüm için Kürt temsilcileriyle diyaloga geçmeye çağırdı. Kürtlerin var olan sınırlar içerisinde, barış içinde, kardeşçe yaşamak istediğini belirten Karayılan, konuşmasını şöyle sürdürdü: ‘Biz barış isterken Devlet her gün özgürlük güçlerimize imha amaçlı operasyonlar düzenleyerek saldırıyor. Bizim de sessiz olmamızı istiyor. Bizim sessiz kalmamız Türkiye’ye barışı getirmez. Artık coğrafyamızda insanlar öldürülmesin, kan akmasın.’ ”

C. Başvuranlar hakkında açılan ceza davası

13. İstanbul Cumhuriyet Savcısı, 3 Eylül 2004 tarihli bir iddianameyle, başvuranları, yukarıda belirtilen makalede A.Ö. ve M.K.nın beyanlarının yayınlanması sebebiyle, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun (“3713 sayılı Kanun”) 6. maddesinin 2 ve 4. fıkralarına aykırı davranmakla suçlamıştır.

14. İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi (“Ağır Ceza Mahkemesi”), 27 Eylül 2007 tarihinde başvuranların kendilerine isnat edilen suçtan sorumlu olduklarına karar vermiş ve 3713 sayılı Kanun’un 6. maddesinin 2 ve 4. fıkraları uyarınca, birinci başvurunu 2.650 Türk lirası (TRY) (söz konusu tarihte 1.541,59 avro (EUR)) adli para cezası ve ikinci başvurunu 1.325 TRY (söz konusu tarihte 770,80 EUR) adli para cezası ödemeye mahkûm etmiştir. Ağır Ceza Mahkemesi, PKK lideri A.Ö. ve Kongra-Gel Halk Savunma Komitesi Başkanı M.K.nın beyanlarının başvuranların gazetesinde 3 Eylül 2004 tarihinde yayınlanmasının, bir terör örgütünün beyanlarını

yayınlama suçu oluşturduğu kanaatine varmıştır. Ağır Ceza Mahkemesi, kararına itiraz edilebileceğini de belirtmiştir.

15. Başvuranlar tarafından yapılan temyiz başvurusu sonrasında, Yargıtay, 29 Mart 2012 tarihinde, birinci başvuranla ilgili olarak yasal zaman aşımı tespit etmiştir. Buna karşın Yargıtay, ikinci başvurana verilen adli para cezasını dikkate alarak, Ağır Ceza Mahkemesi'nin ikinci başvuranla ilgili verdiği kararın aslında nihai olduğu gerekçesiyle, Ağır Ceza Mahkemesi kararını onamıştır.

16. Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi, 6352 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi üzerine (yukarıdaki 20. paragraf), bu Kanunun geçici 1. maddesine dayanarak, 1 Ağustos 2012 tarihinde, ikinci başvurana verilen cezanın infazının ertelenmesine karar vermiştir.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE ULUSLARARASI HUKUK

A. 3713 Sayılı Kanun'un 6. Maddesi

17. 3713 sayılı ve 12 Nisan 1991 tarihli Terörle Mücadele Kanunu'nun 6. maddesi, 5532 sayılı ve 29 Haziran 2006 tarihli Kanun ile yapılan değişiklikten önce aşağıdaki şekilde hükmetmektedir:

“(…)

Terör örgütlerinin bildiri veya açıklamalarını basanlara veya yayımlayanlara beş milyon liradan on milyon liraya kadar para cezası verilir.

(…)

Yukarıdaki fıkralarda belirtilen fiillerin 5680 sayılı Basın Kanunu'nun 3. maddesindeki mevkuteler vasıtasıyla işlenmesi halinde, ayrıca sahiplerine de; mevkute bir aydan az süreli ise bir önceki ay ortalama fiili satış miktarının, aylık veya bir aydan fazla süreli ise bir önceki fiili satış miktarının (...), yüzde doksanı kadar adli para cezası verilir. (...) Ancak bu ceza, elli milyon Türk lirasından az olamaz. Bu mevkutelerin sorumlu müdürlerine, sahiplerine verilecek cezanın yarısı uygulanır.”

18. Bu madde, 5532 sayılı ve 29 Haziran 2006 tarihli Kanun ile yapılan değişikliğin ardından aşağıdaki gibidir:

“(…)

Terör örgütlerinin bildiri veya açıklamalarını basanlar veya yayınlayanlar, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(…)

Yukarıdaki fıkralarda belirtilen fiillerin basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, basın ve yayın organlarının suçun işlenişine iştirak etmemiş olan yayın sorumluları hakkında da bin günden on bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur. Ancak, yayın sorumluları hakkında, bu cezanın üst sınırı beş bin gündür. ”

19. 3713 sayılı Kanun’un 6. maddesi, 6459 sayılı ve 11 Nisan 2013 tarihli Kanun ile yeniden değişikliğe uğramıştır. Bu madde aşağıdaki gibidir:

“(…)

Terör örgütlerinin; cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösteren veya öven ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik eden bildiri veya açıklamalarını basanlar veya yayınlayanlar bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(…)

Yukarıdaki fıkralarda belirtilen fiillerin basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, basın ve yayın organlarının suçun işlenişine iştirak etmemiş olan yayın sorumluları hakkında da bin günden beş bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur. ”

B. 6352 Sayılı Kanun

20. 5 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6352 sayılı Kanun, “Yargı Hizmetlerinin Etkinleřtirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Deęiřiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun” başlığını taşımaktadır. Söz konusu Kanun, geçici 1. maddesinin 1 c) ve 3. fıkraları, 31 Aralık 2011 tarihine kadar, basın ve yayın yoluyla ya da sair düşünce ve kanaat açıklama

yöntemleriyle işlenmiş olup, temel şekli itibarıyla adli para cezasını ya da üst sınırı beş yıldan fazla olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı kesinleşen her türlü cezanın infazının üç yıllık bir dönem boyunca ertelenmesini öngörmektedir.

C. Avrupa Konseyi metinleri ve çalışmaları

21. Avrupa Konseyi Terörizmin Engellenmesi Sözleşmesi, 16 Mayıs 2005 tarihinde Varşova’da imzalanmış olup, 23 Mart 2012 tarihinde Türkiye tarafından onaylanmıştır. Bu Sözleşme’nin somut olayla ilgili hükümleri aşağıdaki gibidir:

“(…)

Terörizmi önlemek için etkin önlemler almayı ve özellikle, terör suçlarını işlemeyi alenen tahrike, terörist saflara katmaya ve eğitime karşı mukabelede bulunmayı arzu ederek;

(…)

Terör suçları ve bu Sözleşme’de zikredilen diğer suçların, her kim tarafından işlenirse işlensin, hiçbir koşulda siyasal, felsefi, ideolojik, ırksal, etnik, dinsel ve diğer benzeri mahiyette mülahazalarla haklı gösterilemeyeceğini kabul ederek ve tüm Tarafların bu suçları önlemek ve önlenmedikleri takdirde, ağır mahiyette olduğunu göz önünde tutarak, kovuşturmak ve cezalandırılmasını sağlamak zorunluluğunda olduklarını hatırd tutarak;

(…)

Bu Sözleşme’nin mevcut ifade özgürlüğü ve örgütlenme özgürlüğüne ilişkin ilkeleri değiştirme niyetinde olmadığını kabul ederek;

(…)

Madde 5 - Terör suçunun işlenmesine alenen tahrik

Bu sözleşmenin amaçları açısından, “bir terör eylemini işlemeye alenen tahrik”, terör suçunun işlenmesini kışkırtmak niyetiyle, böyle bir eylemin dolaylı olsun veya olmasın terör suçlarını savunarak, bir veya birden fazla suçun işlenmesi tehlikesine

yol açacak bir mesajın kamuoyuna yayılması veya başka bir şekilde erişilebilir hale getirilmesi anlamına gelir.

Her bir taraf, 1. paragrafta tanımlandığı şekliyle, yasadışı olarak ve kasten işlendiği durumlarda, terörizm suçunu işlemeyi alenen tahriki ulusal mevzuatı açısından cezai suç olarak ihdas etmek üzere gerekli olabilecek tedbirleri alacaktır.

Madde 6 - Terörist saflara katma

Bu Sözleşmenin amaçları açısından, “terörist saflara katma” bir başka kişiyi terörist bir eylemi işlemeye veya bu eylemin işlenmesine katılmaya veya bir veya daha fazla suçun bir örgüt veya grup tarafından işlenmesine katkıda bulunmak amacıyla, bir örgüt veya gruba katılmaya teşvik etmek anlamına gelmektedir.

Her bir taraf, 1. paragrafta tanımlandığı şekilde, yasadışı olarak ve kasten bir suç işlendiği durumda, terörist saflara katmayı ulusal mevzuat açısından cezai suç olarak ihdas etmek üzere gerekli olabilecek tedbirleri alacaktır.

(...)

Madde 8 - Terör suçunun işlenip işlenmemesi arasında fark bulunmaması

Bir eylemin Sözleşme’nin 5 ila 7. maddelerinde belirtilen suçlardan birini teşkil etmesi için, bu eylemin bilfiil gerçekleşmiş olması gerekmeyecektir.

(...)

Madde 12 - Koşullar ve güvenceler

Her bir taraf, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına dair Sözleşme, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve uluslararası hukuk uyarınca diğer yükümlülüklerinde, özellikle ifade özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü ve din özgürlüğüne saygı gösterecek bu Sözleşme’nin 5 ile 7 ve 9. maddelerde yer alan konuların suç haline getirilmesinin ihdasını, uygulanmasını ve yerine getirilmesini sağlayacaktır.

Bu Sözleşme’nin 5 ila 7 ve 9. maddelerde yer alan konuların suç haline getirilmesinin ihdası, uygulanması ve yerine getirilmesinde ayrıca, izlenen meşru amaçlar ve demokratik toplum açısından gereklilik göz önünde bulundurularak orantılılık ilkesine bağlı kalınacak ve her türlü keyfilik, ayrımcılık veya ırkçı muamele dışında tutulacaktır.

(...) "

22. 16 Mayıs 2005 tarihli terörizmin önlenmesi için Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin açıklayıcı raporu, kısmen *Leroy /Fransa* (No. 36109/03, § 20, 2 Ekim 2008) davasında belirtilmektedir.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

SÖZLEŞME'NİN 10. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

23. Başvuranlar, haklarında yürütülen ceza yargılamasının, Sözleşme'nin 10. maddesiyle güvence altına alınan ifade özgürlüğü haklarını ihlal etmesinden şikâyet etmektedirler. Söz konusu madde aşağıdaki gibidir:

"1. Herkes, ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.

2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir. "

A. Kabul Edilebilirlik Hakkında

24. Hükümet, başvuranların şikâyetinin açıkça dayanaktan yoksun olduğu yönünde bir kabul edilemezlik itirazı ileri sürmektedir. Bu bağlamda, Hükümet, başvuranların özellikle A.Ö. nün Kongra-Gel bayrağı altında birliğe çağrısının bulunduğu PKK yöneticilerinin açıklamalarının ve ilgilinin 2005 yılının şayet diyalog yolu geliştirilmez ise gerillaya geçiş yılı

olacağı yönünde açıklamalarını yayımlama suçundan yargıldıklarını belirtmektedir. Hükümet, söz konusu açıklamaların, Sözleşme metnine ve ruhuna aykırı olduğu kanaatine vararak, Mahkemeyi, Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. ve 4. fıkraları uyarınca, başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermeye davet etmektedir.

25. Başvuranlar, Hükümet tarafından dile getirilen itiraz hakkında herhangi bir görüş sunmamaktadırlar.

26. Mahkeme, söz konusu argüman çerçevesinde, Sözleşme'nin 10. maddesine ilişkin şikâyetin esası hakkında değil, bu şikâyetin kabul edilebilirliği hakkında bir inceleme yapılmasını gerektiren sorunların ileri sürüldüğü kanaatine varmaktadır.

27. Öte yandan, Mahkeme, başvurunun, Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. fıkrasının a) bendi anlamında, açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ve başka herhangi bir kabul edilemezlik gerekçesinin bulunmadığını tespit ederek, kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir.

B. Esas Hakkında

1. Tarafların İddiaları

28. Başvuranlar, gazetelerinde yayınlanan bir makale nedeniyle, haklarında yürütülen ceza yargılamasının ifade özgürlüğünü kullanmaya yönelik bir müdahale teşkil ettiğini, bu müdahalenin Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrası anlamında herhangi bir meşru amaç izlemediğini ve demokratik bir toplumda gerekli olmadığını ileri sürmektedir.

29. Hükümet, başvuranlar hakkında yürütülen ceza yargılamaları sonucunda, ilgililere hiçbir şekilde ceza verilmemesi, ilgililerin serbest bırakılmaları ve bu yargılamalar boyunca görevlerini icra etmeye devam edebilmeleri nedeniyle, ilgililerin ifade özgürlüğü haklarını kullanmalarında hiçbir müdahale olmadığını savunmaktadır. Ayrıca, Hükümet bir müdahalenin varlığının, Mahkeme tarafından kabul edilmesi durumunda,

söz konusu müdahalenin, 3713 Sayılı Kanun'un 6. maddesinin 2. fıkrasında öngörüldüğünü ve ulusal korunmasına, toprak bütünlüğüne, kamu güvenliğine, düzenin korunmasına ve suçun önlenmesine ilişkin meşru amaçlar izlediğini iddia etmektedir. Sonuç olarak, Hükümet başvurular tarafından yayınlanan ihtilaf konusu açıklamaları özellikle A.Ö. nün Kongra-Gel bayrağı altında birliğe ve kendisine göre şiddete teşvik edecek nitelikte olan gerillaya geçiş çağrısına ilişkin açıklamalarını dikkate alarak, ihtilaf konusu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olduğunu ve izlenen meşru amaçlara orantılı olduğu kanaatine varmaktadır.

2. Mahkemenin Değerlendirmesi

30. Somut olayda, Mahkeme, PKK'nın lideri olan A.Ö. nün ve Halk Savunma Komitesi Başkanı M.K. nın açıklamalarının gazetelerinde yayımlandığı gerekçesiyle, 3713 Sayılı Kanun'un 6. maddesinin 2. ve 4. fıkralarında öngörülen bir terör örgütünün açıklamalarının yayımlanması suçundan, ilki gazetenin sahibi ve ikincisi ise yazı işleri müdürü olan başvuranlar hakkında bir ceza yargılamasının başlatıldığını kaydetmektedir. Ardından, Mahkeme söz konusu ceza yargılamasının, ilk başvuran hakkında zamanaşımıyla sonuçlandığını ve bu yargılama sonucunda ikinci başvurana verilen adli para cezasının infazının ertelenmesine karar verildiğini kaydetmektedir (yukarıda 15. ve 16. paragraflar).

31. Mahkeme, yaklaşık yedi yıl yedi ay süren ve sonuç olarak zamanaşımıyla sonuçlanan ilk başvuran hakkında yürütülen ceza yargılamasının, ilgilinin ifade özgürlüğü hakkını kullanmasında bir müdahale olduğunu değerlendirmektedir (bk. *mutatis mutandis* ("gerekli değişikliklerin yapılması koşulu altında"), *Dilipak/Türkiye*, No. 29680/05, §§ 49-51, 15 Eylül 2015). Ayrıca Mahkeme, ikinci başvuranın adli para cezasına mahkûm edilmesinin ve bu cezanın infazının ertelenmesine karar verilse dahi, bu durumun yaratabileceği caydırıcı etki dikkate alındığında, ilgilinin ifade özgürlüğü hakkına müdahale teşkil ettiğini

değerlendirmektedir (*Erdoğan/Türkiye*, No. 25723/94, § 72, AİHM 2000-VI; ve *Ergüdoğan/Türkiye*, No. 48979/10, § 26, 17 Nisan 2018; bk ayrıca *a contrario* (aksiyle ispat etmek), *Otegi Mondragon/İspanya*, No. 2034/07, § 60, AİHM 2011).

32. Ardından, Mahkeme, başvuruların ifade özgürlüğü haklarına yapılan bu müdahalenin, kanun tarafından yani 3713 Sayılı Kanun'un 6. maddesinin 2. ve 4. fıkralarında öngörüldüğü hususunda taraflar arasında tartışma konusu olmadığını gözlemlemektedir. Mahkeme ayrıca, ihtilaf konusu müdahalenin, Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrası bakımından ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün, kamu düzeninin korunması ve suçun önlenmesi yönünde meşru amaçlar izlediğini kabul etmektedir.

33. Mahkeme, müdahalenin gerekliliğiyle ilgili olarak, ifade özgürlüğü konusundaki içtihadından doğan ve bilhassa *Bédat /İsviçre* ([BD], No. 56925/08, § 48, 29 Mart 2016) ve *Gözel ve Özer /Türkiye* (No. 43453/04 ve 31098/05, §§ 46-63, 6 Temmuz 2010 kararlarında özetlenen ilkeleri hatırlatmaktadır.

34. Mahkeme, Sözleşmeciler Devletlerin terörizmin önlenmesi ve özellikle terör suçlarının oluşturduğu kamuoyunu tahrik etmeye karşı çıkmak için etkin tedbirler alabileceği konusunda hiç şüphe olmadığını hatırlatmaktadır (bk. bu bağlamda, terörizmin önlenmesi için Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin ilgili hükümleri, yukarıda § 21). Nitekim, bir ülkenin belirli bir bölümünde hüküm süren durumun hassasiyeti ve Devlet için şiddeti artabilecek eylemler karşısında dikkatli olma gerekliliği göz önüne alınarak, yetkili makamlar güvenlik ve terörle mücadele konusunda tedbirler alabilmektedirler (bk. *mutatis mutandis* ("gerekli değişikliklerin yapılması koşulu altında"), *Ekin Derneği/Fransa*, No. 39288/98, § 63, AİHM 2001-VIII). Bu bağlamda, Mahkeme, her davanın koşullarını ve Devletin sahip olduğu takdir yetkisini dikkate alarak, bir kişinin ifade özgürlüğünün temel hakkı ve demokratik toplumun terör örgütlerinin eylemlerine karşı korunmak arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığı konusunu

incelemelidir (*Zana/Türkiye*, 25 Kasım 1997, § 55, *Karar ve Hüküm Derlemeleri*, 1997-VII, *Karataş /Türkiye* [BD], No. 23168/94, § 51, AİHM1999-IV, *İbrahim Aksoy Türkiye*, No. 28635/95 ve diğer 2 başvuru, § 60, 10 Ekim 2000, *Yalçın Küçük/Türkiye*, No. 28493/95, § 39, 5 Aralık 2002).

35. Ayrıca, Mahkeme, terörle mücadele bağlamında ihtilaf konusu açıklamaları sarf eden şahsiyeti dikkate aldığını hatırlatmaktadır (bk. Örneğin, *Falakaoğlu ve Saygılı /Türkiye*, No. 22147/02 ve 24972/03, § 34, 23 Ocak 2007 ve *Demirel ve Ateş/Türkiye*, No. 10037/03 ve 14813/03, § 37, 12 Nisan 2007). Bununla birlikte, Mahkeme, yasaklı bir örgüt üyesinin görüşmeler yapmasının veya açıklamalarda bulunmasının, hükümet siyasetinin biri veya birileri tarafından sert bir şekilde eleştirilmesi de kendiliğinden ifade özgürlüğü hakkı çerçevesinde bir müdahalenin haklı çıkarılamayacağına karar vermiştir. Yine, Mahkeme, metinlerin bütününde şiddete teşvik etme şeklinde değerlendirilip-değerlendirilemeyeceği konusunun belirlenmesi için, kullanılan ifadenin ve yayınlanan metinlerin kaydedildiği bağlamının dikkate alınması gerektiğini de vurgulamıştır (bk. örneğin, *Özgür Gündem/Türkiye*, No. 23144/93, § 63, AİHM 2000-III, *Sürek/Türkiye (No. 4)* [BD], No. 24762/94, §§ 12 ve 58, 8 Temmuz 1999 ve *Sürek ve Özdemir /Türkiye* [BD], No. 23927/94 ve 24277/94, § 61, 8 Temmuz 1999).

36. Böylelikle, yasaklı örgütlerden doğan yazıların yayınlanmasının, terör suçlarının işlenmesine ilişkin kamuoyunu tahrik etme veya terörü övme riskine yol açıp açmadığının değerlendirilmesi için, yazarın ve mesajın alıcısının niteliğinin ve aynı zamanda söz konusu yazının içeriğinin ve Mahkeme İçtihadı anlamında, yazının yayınlandığı bağlamının dikkate alınması gerekmektedir. Çatışan menfaatlerin dengede tutulması çerçevesinde, ulusal makamlar çatışan taraflardan birinin görüşüne göre, kendileri için her ne kadar tatsız olsa da, bir çatışma durumunu başka bir

şekilde göz önünde bulundurarak, başkalarının bilgilendirilmesi hakkını yeterince dikkate almalıdırlar (*yukarıda belirtilen Gözel ve Özer*, § 56).

37. Öte yandan, Mahkeme, mevcut davada olduğu gibi benzer konuların ele alındığı davalarda, yerel hâkimlerinin, basın uzmanlarının, bu yazıların hiçbirinin şiddete başvurulmasına, silahlı direnişe, ayaklanmaya teşvik etmediğini ve nefret söyleminin söz konusu olmadığını ortaya çıkararak, yalnızca ihtilaf konusu yazıların içeriğinin veya kaydedildiği bağlamı incelemeksizin terör örgütünün açıklamalarını yayınlamaları nedeniyle, mahkûm edilmesine karar verdiği gerekçesiyle, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğinin sonucuna vardığını hatırlatmaktadır (*yukarıda belirtilen Gözel ve Özer*, § 64, 6 Temmuz 2010 ve bu kararın 59. ve 60. paragraflarında belirtilen atıflar, *Bayar /Türkiye* (No.1-8), No. 39690/06, 40559/06, 48815/06, 2512/07, 55197/07, 55199/07, 55201/07 ve 55202/07, §§ 34-35, 25 Mart 2014, *Bayar ve Gürbüz /Türkiye* (No. 2), No. 33037/07, §§ 30 ve 31, 3 Şubat 2015 ve *Ali Gürbüz/Türkiye*, No. 52497/08 ve diğer 6 başvuru, § 79, 12 Mart 2019). Buna karşın, Mahkeme, 3713 Sayılı Kanun'un 6. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen bu tür açıklamaların yayınlanmasına ilişkin birkaç davada, bizzat ilgili gazetelerin sahiplerinin, editörlerinin ve yazarlarının mahkûm edilmesinin haklı gösterilmesi için yerel mahkemeler tarafından ileri sürülen gerekçelerin dayanağının yetersiz olmasına rağmen, ihtilaf konusu yazıları incelediğini de hatırlatmaktadır (bk. birçok karar arasında, yukarıda belirtilen *Falakaoğlu ve Saygılı*, § 34 ve *Saygılı ve Falakaoğlu /Türkiye* (No.2), No. 38991/02, § 28, 17 Şubat 2009). Böylelikle, Mahkeme özellikle hoşgörü ruhuyla uyumlu olarak kabul edilmeyen, Sözleşme girizgâhında belirtilen adalet ve barışın temel değerlerine karşı hareket eden ve ayrıca ifade özgürlüğünün yararına olduğunun ileri sürülemeyeceği nefret söylemi olarak nitelendirilen açıklamalar, şiddeti övme veya şiddete teşvik etme söz konusu olduğunda, bizzat ihtilaf konusu açıklamaların incelemesinde bulunmaktadır (*Gündüz/Türkiye* (kk.), No. 59745/00, AİHM 2003-XI (özetler) ve

Karatepe/Türkiye, No. 41551/98, § 30, 31 Temmuz 2007, bk. ayrıca yukarıda belirtilen *Zana*, §§ 56-60, *Sürek/Türkiye (No.1)* [BD], No. 26682/95, §§ 60-62, AİHM 1999-IV, *Sürek/Türkiye (No. 3)* [BD], No. 24735/94, §§ 39 ve 40, 8 Temmuz 1999, *Hocaoğulları /Türkiye*, No. 77109/01, §§ 38-40, 7 Mart 2006, *Halis Doğan/Türkiye (No. 3)*, No. 4119/02, §§ 33-35, 10 Ekim 2006, *Fatih Taş/Türkiye (No. 3)*, No. 45281/08, §§ 31-34, 24 Nisan 2018). Mahkeme, yukarıda belirtilenleri ve somut olayda başvuranların mahkûm edildiği yazıların yayınlanması nedeniyle, açıklamaların niteliğiyle ilgili olarak, ulaştığı sonucu dikkate alarak, ilgililerin mahkûm edilmesine dayanarak, ulusal mahkemeler tarafından yetersiz veya bulunmadığı şeklinde değerlendirilebilecek gerekçeye rağmen, bizzat bu açıklamaları inceleyecektir (yukarıda 14. paragraf).

38. Mahkeme, mevcut davada, başvuranlar hakkında yürütülen ceza yargılamasının temelinde, PKK'nın üst düzey yöneticileri olan A. Ö. ve M. K.nın açıklamalarının bulunduğunu kaydetmektedir. Mahkeme, bilhassa, A. Ö.nün, PKK'nın tarihi lideri olduğunu ve Türkiye topraklarının bir kısmının ayrılmasını amaçlayan eylemler yürütmek ve bu amaçla yasa dışı silahlı bir örgüt kurmak ve yönetmekten mahkûm edilmesi sonrasında halen cezaevinde tutuklu bulunduğunu gözlemlemektedir (yukarıdaki 7. paragraf). Mahkeme, olayların meydana geldiği tarihte, A. Ö.nün ülkedeki durum ile ilgili olarak fikirlerini ve aynı zamanda PKK üyelerine, avukatlarıyla düzenli aralıklarla yaptığı ve başvuranların gazetesini de dâhil olmak üzere bazı gazetelerde yayımlanan görüşmeler aracılığıyla, görüşlerini iletmeye devam ettiğini de gözlemlemektedir (8 ve 9. paragraflar).

39. Mahkeme, başvuranların gazetesinde yayımlanan A.Ö. ve M. K.nın ifadelerinin kapsamını inceleyerek, bu ifadelerin genel olarak Kongra-Gel tarafından yapılan bir ateşkes önerisi ve söz konusu örgütün silahları susturma çağrısıyla ilgili olduğunu kaydetmektedir (yukarıdaki 12. paragraf). A. Ö. ifadelerinde Kongra-Gel tarafından sunulan ateşkes

önerisini onayladığını ve makamları bu örgütün taleplerini derhal yerine getirmeye davet ettiğini belirtmiştir. Daha sonra, Türk-Kürt diyalogunun mutlaka geliştirilmesi gerektiğini de ekleyen A. Ö., “diyalog yolu gelişmediği takdirde 2005 yılının kendilerinin de istemediği ama zorunlu olan gerillalaşma yılı olacağını” belirtmiştir. A. Ö. ayrıca, “Kendisine yurtseverim diyen herkesin Kongra-Gel çatısı altında birleşmesi” ve “tüm demokratik Kürt kurumlarına, birlik ve bütünlük içerisinde yeni bir atılımın gerçekleşmesi” için çağrıda bulunmuştur (yukarıdaki 12. paragraf).

40. M. K.nın ifadeleriyle ilgili olarak, Mahkeme, ilgilinin, bölgede barışın, kendisine göre, Kürt halkının haklarının tanınmasına ve bu haklara riayet edilmesine dayandığının vurguladığını ve Devlet’i, Kürt sorununa demokratik ve barışçıl bir çözüm bulmak için Kürt temsilcileriyle diyalog kurmaya çağırdığını kaydetmektedir. M. K. özellikle, şartların yerine getirilmesi durumunda, silahları bırakmaya hazır olunduğunun altını çizmektedir (yukarıdaki 12. paragraf).

41. Mahkeme, bu nedenle, M. K.nın ifadelerinin barışçıl bir çözüm çağırttığını ve şiddet içeren eylemler işlemeye veya yürütmeye yönelik olmadığını gözlemlemektedir. Buna karşın, Mahkeme, A. Ö.nün ifadelerine gelince, özellikle bazı kısımlar bakımından, bu ifadelerin daha farklı olduğu ve M.K.nın ifadelerinden açıkça ayrıldığı kanaatindedir. Nitekim, A.Ö.nün ifadelerinde kullandığı terimlere özellikle dikkat eden Mahkeme, ilgilinin Kongra-Gel tarafından yapılan ateşkes önerisinden yana olduğunu belirtse de, örgütün sunduğu talepler kapsamında, makamların bu örgüt tarafından yapılan diyalog çağrısına cevap vermemeleri durumunda, ilgilinin yine de şiddete başvurulması ihtimalini göz önüne bulundurduğunu kaydetmektedir.

42. Mahkeme, makalenin aşağıdaki kısmının, yetkililere yönelik üstü örtülü bir tehdit ve 2005 yılında terör eylemlerinin yeniden başlatılması veya tekrarlanması konusunda A.Ö.nün sempatizanlarına ve gerillalar olarak adlandırılan PKK üyelerini uyardığı, bu kişilere yönelik bir talimat oluşturduğu kanaatindedir. Söz konusu kısım şu şekildedir: Daha sonra,

Türk-Kürt diyalogunun mutlaka geliştirilmesi gerektiğini de ekleyen A. Ö., “diyalog yolu gelişmediği takdirde 2005 yılının kendilerinin de istemediği ama zorunlu olan gerillalaşma yılı olacağını” belirtmiştir. Mahkeme, dolayısıyla bu kısmın, Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi’nin 5. maddesi anlamında, terör eylemini işlemeye alenen tahrik olarak incelenebileceği kanaatindedir (yukarıdaki 21. paragraf). Mahkeme ayrıca, bu bağlamda, ilgilinin kendisine yurtseverim diyen herkesin yasa dışı örgüt Kongra-Gel çatısı altında birleşmeye çağırdığını belirtmektedir. Mahkeme, dolayısıyla bu kısmın, Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi’nin 6. maddesi anlamında, terör eylemini işlemeye alenen tahrik olarak incelenebileceği kanaatindedir (yukarıdaki 21. paragraf).

43. Dolayısıyla, Mahkeme, olayların meydana geldiği dönemde avukatları aracılığıyla eski örgütüne talimatlarını iletmeye devam eden PKK’nın tutuklu lideri, A.Ö.nün kimliğini, yönettiği yasa dışı örgüt tarafından işlenen şiddet eylemlerinin bilançosunu, ilgilinin, 2005 yılında PKK üyeleri tarafından işlenmesi muhtemel, şiddet içeren eylemlerle ilgili bir tehdit ve talimat içeren ifadelerinin ihtilaf konusu kısımlarının içeriğini ve bu ifadelerin geçtiği hassas bağlamda Kongra-Gel tarafından yapılan bir ateşkes önerisini dikkate alarak, A.Ö.nün ifadelerinin, bir bütün olarak okunduğunda, bu çağrının bir koşula tabi olmasına, yani 2005 yılından önce bir diyalogun geliştirilmesi koşuluyla yapılmasına rağmen, şiddet kullanımına, silahlı direnişe veya isyana teşvik veya çağrı olarak yorumlandığı kanaatindedir. Bunlar, burada dikkate alınması gereken temel unsurlardır. Nitekim, Mahkemeye göre, bu açıklamalar kamuoyuna ve özellikle PKK üyelerine, Kongra-Gel tarafından öne sürülen koşulların sağlanmaması durumunda, 2005 yılında şiddete başvurulmasının gerekli ve haklı olduğu izlenimi vermektedir (bk., benzer bir görüş için, *Kaya/Türkiye* (kabul edilebilirlik hakkında karar), No. 6250/02, 22 Mart 2007).

44. Başvuranların A. Ö.nün ifadelerinin içeriğiyle kişisel olarak ilişkili olmadıkları doğru olsa da, ilgililer A. Ö.ye bir platform sağlamışlar ve bu

ifadelerin yayımlanmasına imkân vermişlerdir. Mahkeme, bu bağlamda, « üçüncü bir şahısın yaptığı açıklamaların yayımlanmasına yardım eden bir gazetecinin cezalandırılmasının, basının genel ilgi alanına giren konuların tartışılmasındaki katkılarını ciddi bir biçimde engelleyeceğini ve çok önemli bir neden olmadıkça bunun kabul edilemeyeceğini » hatırlatmaktadır (*Jersild/Danimarka*, 23 Eylül 1994, § 35, Seri A No. 298). Mahkeme, ilgililerin amacını veya halkın, bir çatışma durumunda başka bir bakış açısından haberdar olma hakkını dikkate almaksızın, 3713 sayılı Kanun'un 6. maddesinin 2. fıkrasından yola çıkarak medya çalışanları üzerin mekanik şekilde uygulanan baskının, haber ya da görüş alma veya verme özgürlüğü ile örtüşemeyeceği hakkında daha önce karar verdiğini hatırlatmaktadır (yukarıda anılan, *Ali Gürbüz*, § 77). Bununla birlikte, mevcut davanın koşullarında, Mahkemenin ihtilaf konusu ifadelerin şiddete teşvik edici olarak yorumlandığına ilişkin sonucunu dikkate alarak (yukarıdaki 43. paragraf), Mahkeme, bilgi verme hakkının terörist grupların açıklamalarının yayılması için bir mazeret veya bahane olarak kullanılamayacağı sebebiyle (*Falakaoğlu ve Saygılı/Türkiye*, No. 11461/03, § 30, 19 Aralık 2006), başvuranların, bir gazetenin sahibi ve yazı işleri müdürü olarak, bütün sorumluluktan muaf tutulamayacakları kanaatindedir (*Sürek/Türkiye (No. 3) [BD]*, No. 24735/94, § 41, 8 Temmuz 1999).

45. Ayrıca Mahkeme, bunun gibi durumlarda ulusal makamların takdir yetkisini dikkate alarak (*Sürek/Türkiye (No. 1) [BD]*, No. 26682/95, § 65, AİHS 1999-IV) ve yürütülen ceza davasının birinci başvuran ile ilgili olarak düşürüldüğünü ve ikinci başvurana verilen adli para cezasının infazının ertelenmesine karar verildiğini dikkate alarak, ihtilaf konusu müdahalenin izlenen meşru amaçlarla orantısız olduğu kanaatine varılamayacağını değerlendirmektedir (yukarıda anılan, *Zana*, § 61).

46. Yukarıda belirtilen hususlar ışığında, Mahkeme, somut olayda Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmaktadır.

BU GEREKÇELERLE, MAHKEME,

1. Oy birliğiyle, başvurunun kabul edilebilir olduğuna;
2. Bir oya karşı altı oyla, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

İşbu karar, Fransızca dilinde tanzim edilmiş; Mahkeme İç Tüzüğü'nün 77. maddesinin 2. ve 3. fıkraları uyarınca, 23 Temmuz 2019 tarihinde yazılı olarak bildirilmiştir.

Stanley Naismith
Yazı İşleri Müdürü

Robert Spano
Başkan

Mevcut kararın ekinde, Sözleşme'nin 45. maddesinin 2. fıkrasına ve Mahkeme İç Tüzüğü'nün 74. maddesinin 2. fıkrasına uygun olarak, sunulan ayrık görüşler yer almaktadır.

- Hâkimler Spano ve Bårdsen'in sunduğu mutabakat şerhi ;
- Hâkim Pavli'nin sunduğu muhalefet şerhi.

R.S.
S.H.N.

HÂKİM SPANO VE HÂKİM BÂRDSSEN'İN SUNDUĞU ORTAK MUTABAKAT ŞERHİ

(Çeviri)

1. Verilen karar ile hemfikiriz ancak bu görüşü iki nedenden dolayı sunmaktayız. Birincisi, bu türden davalarda Mahkeme tarafından Sözleşme'nin 10. maddesi alanında yapılan incelemenin kapsamı hakkındaki görüşümüzle ilgili kısa bir açıklama yapmamız gerektiği kanaatindeyiz. İkincisi, kararın 42. paragrafının son kısmındaki sonuç ile ilgili çekincelerimizi dile getirmek istiyoruz.

Bu iki hususu birbiri ardına açıklayacağız.

2. Birinci husus ile ilgili olarak, ikincilik ilkesi uyarınca, Sözleşme'nin ihlal edildiğine ilişkin Mahkeme önünde ileri sürülen iddiaların, Mahkemenin İçtihadında açıklanan kriterlere uygun olarak incelenmesi görevinin öncelikle ulusal makamlara ait olduğunu hatırlatmak isteriz (bk., örneğin, *Terentyev/Rusya*, No. 25147/09, 26 Ocak 2017, *Moskalev/Rusya*, No. 44045/05, 7 Kasım 2017, veya *Öğrü ve diğerleri/Türkiye*, No. 60087/10, 19 Aralık 2017). Mahkeme, böyle bir incelemenin yapılmaması durumunda, Hükümetin, Sözleşme'nin ilgili hükümleriyle korunan haklarla demokratik bir toplumda müdahale edilmesi gerekliliğini kanıtlamadığı yönündeki düşüncesiyle incelemesine başlamaktadır. Bununla birlikte, Sözleşme'nin 10. maddesi ile ilgili davalarda, söz konusu usuli denetim yöntemi, öncelikle ve her şeyden önce, özellikle, söz konusu ifadelerin nefret söylemi ya da şiddete teşvik eden konuşma oluşturup oluşturmadığı konusunda, bu ifadelerin içeriğinin anlaşılmasının incelemeye veya yorumlamaya tabi olduğu durumlarda uygulanmaktadır. Dolayısıyla, ceza yargılamasına yol açan ifadelerin niteliği ve içeriği hakkında yerel mahkemeler tarafından değerlendirme yapılmaması burada büyük önem arz

etmektedir. Başka bir deyişle, Mahkeme, ilke olarak, denetimin ulusal düzeyde yapılmadığında, bir ilk derece mahkemesi gibi bu ifadelerin kapsamı hakkında kendi denetimini yapmamaktadır. Bununla birlikte, ifadelerin şiddeti teşvik etme girişimi veya nefret söylemi yayma dışında, makul olarak, başka şekilde anlaşılamayacağının açık ve net olduğu durumlarda, yerel mahkemenin açık bir değerlendirme yapmaması, bu konu hakkında Sözleşme amaçlarına uygun şekilde karar verildiği sonucuna kesin olarak ulaştırmaz.

3. Somut olayda, ulusal mahkemeler, A. Ö.nün ihtilaf konusu açıklamalarını kendileri incelememişlerdir ki, Mahkeme, bu konuyla ilgili olarak başvuranların Sözleşme'nin 10. maddesi tarafından güvence altına alınan haklarına yapılan müdahalenin uygulamada haklı olduğu kanaatine varmıştır. Bununla birlikte, çoğunluk gibi, A. Ö.nün açıkça (kararın 12. paragrafı) Türk-Kürt diyalog yolunun gelişmemesi durumunda 2005 yılının, kendisinin de istemediği ama zorunlu olarak bir "gerillalaşma" yılı olacağını belirttiğinde, bu konuşmanın, yapıldığı kapsamda, PKK'nın lideri tarafından söylenmiş olduğunu dikkate alarak, büyük bir sorun teşkil ettiği kanaatindeyiz. Bu nedenle, davanın özel koşullarında, başvuranların bu konuşmaları yaymaları nedeniyle mahkûm edilmelerinin Sözleşmeye uygun olup olmadıklarına ilişkin olarak Mahkemenin kendi denetimini yapmasının haklı olduğu konusunda çoğunluk ile hemfikiriz. Ancak, ikincilik ilkesinden, yerel mahkemelerin yasaklanmış olan faaliyetin niteliği ve içeriğini gerektiği şekilde incelemeyiğinde, sınırlı durumlarda, Mahkemenin "yardıma yetişemeyeceği" sonucunun doğduğunun altını çizmek isteriz. Bunun gibi durumlarda, söz konusu açıklamaların incelenmemesi tam tersine tek başına belirleyici olabilir ve Mahkeme tarafından, yerel mahkemelerin davayı Sözleşme bakımından uygun bir incelemeye tabi tutmamış olması sebebiyle, davalı Hükümetin söz konusu müdahalenin "ilgili ve yeterli gerekçelere" dayandığını kanıtlamadığı gerekçesiyle,

Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği tespit edilebilir (bk. örneğin, bu görüşün 2. paragrafında belirtilen kararlar).

4. İkinci husus ile ilgili olarak, çoğunluğun 42. paragrafta, başvuranlar tarafından yayımlanan A.Ö.nün açıklamalarının ayrıca, Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi'nin (Varşova Sözleşmesi (2005), bk. kararın 21. paragrafı) 6. maddesi anlamında terörist saflarına katma girişimi oluşturduğu sonucuna vardığını gözlemlemekteyiz. Bu hükme göre, "terörist saflarına katma" ifadesinden, başka bir kişiden terör suçu işlemesi veya terör suçu işlenmesine katılmasını istemek, ya da bir dernek veya grup tarafından bir veya daha fazla terör suçu işlenmesine katkıda bulunmak amacıyla bu derneğe veya gruba katılmak anlaşılmaktadır. Bize göre, A.Ö.nün gerillalaşma yılına ilişkin ifadelerinin alenen şiddete teşvik olarak değerlendirilmesi gerektiği halde, 3 Eylül 2004 tarihli makalede başvuranlar tarafından yayımlanan ifadelerin ve diğer kısımların Varşova Sözleşmesi'nin 6. maddesinde ortaya konulan terörist saflarına katma tanımına cevap verip vermedikleri sorusunun cevabı açık değildir. Dolayısıyla, Mahkemenin, kararın 42. paragrafının bu bölümünü bertaraf etmesini tercih ederdik, çünkü paragrafın birinci kısmı, somut olayda, kararın 43 ila 45. paragrafları arasında belirtildiği ve bu belirtilenlere tam olarak katıldığımız üzere, Sözleşme'nin 10. maddesi alanında ihlal bulunmadığı tespitini haklı çıkarmak için yeterlidir.

HÂKİM PAVLI'NIN SUNDUĞU MUHALEFET ŞERHİ

[Çeviri]

I.

5. Bu karar, Sözleşme'nin 10. maddesine ilişkin içtihadımızın bir tekrarıdır. Ulusal makamlar, ifade özgürlüğü hakkının kullanılmasına yönelik müdahalede bulunduklarında, bu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olduğunu kanıtlamalıdır. Böylelikle, tedbir “uygun ve yeterli gerekçelerle” haklı gösterilmeli, zorunlu bir sosyal ihtiyaca karşılık gelmeli ve gerçekleştirmeyi hedeflediği meşru amaçla orantılı olmalıdır. Sözleşme'nin 10. maddesine ilişkin içtihadın bu dayanağı, hâlihazırda, şiddete teşvik edici olarak “nitelendirilebilecek” bir açıklamanın sansürlenmesini sağlamak için geri çekilmiştir. Böylelikle varılan sonuç, teşvik teşkil eden unsur belirleme kriterinin oldukça basit bir uygulamasına dayanmaktadır.

6. Somut olayda başvuruların, yalnızca iç hukuk düzeninde terör örgütü olarak nitelendirilen gruplar tarafından ifade edilen sözleri yayımladıkları gerekçesiyle mahkûm edilmelerine itiraz edilmemektedir. Bu durumun ötesinde, ulusal mahkemeler, bu sözlerin içeriğine ya da bağlamına veya içtihadımızın ilgili ilkelerine ilişkin en küçük bir inceleme yapmamışlardır. Buna rağmen, çoğunluk, cezalandırılan sözlerin “hoşgörü ruhuna” ve Sözleşme’de belirtilen diğer değerlere aykırı görüldüğü teorisini ileri sürerek, ilgili yayınlardan ve yayınların yapıldığı bağlamdan on beş yıl uzakta olan, eksik bir gerekçeyi sunmaktadır (kararın 37. paragrafı).

7. Tamamen saygı duyarak, bu yaklaşımın Sözleşme'nin 10. maddesinin temel mantığını tersine çevirdiği kanısındayım. İlgili ifadenin, Sözleşme'nin 10. maddesinin koruması kapsamına girdiği ve Sözleşme'nin 17. maddesi - çoğunluğun somut olayda uygulanabilir olmadığı kanısına vardığı madde - uyarınca gözardı edilmediği kanatine varıldığı tarihten itibaren, kendi

görüşüme göre, Sözleşme'nin 10. maddesiyle güvence altına alınan hakların kullanılmasında her türlü müdahaleyi haklı gösterme ve uygulamada ispat yükünü başvuranlara yükleme yükümlülüklerinden ulusal makamları muaf tutmak için ilke olarak herhangi bir neden bulunmamaktadır. Dahası, çoğunluk tarafından açıkça izlenen gerekçe pratik ve teorik güçlükleri ortaya koymaktadır. Temel olarak, bu gerekçe Mahkememizi, ulusal yargılama kapsamında toplanabilecek bilgilerden yararlanmaksızın, ilgili ulusal ve hatta yerel bağlamı - şiddete teşvik edildiği iddiasının bulunduğu davalarda başlıca önem taşıyan bağlam - yeniden oluşturmaya zorlanan bir ilk derece mahkemesi yapmaktadır. Bu durum, açık bir ikincillik sorununu ortaya koymaktadır. Daha da sorunlu olan bu durum, ulusal mahkemeleri, terörle mücadele kanunlarını ileri sürebilmeleri veya Sözleşme'nin giriş kısmında belirtilen değerlere yapılan belirsiz bir atıfa dayanabilmeleri nedeniyle, Sözleşme'nin 10. maddesiyle ilgili içtihadımızın gerektirdiği dikkatli incelemeyi yapma zahmetini göstermemeye açıkça davet etmek anlamına gelmektedir.

8. Hâkimler Spano ve Bårdsen, mutabakat şerhlerinde, çoğunluğun gerekçesini “sözlerin şiddete teşvik etme veya bir nefret söylemini yayımlama girişiminden başka birşey olarak makul bir şekilde anlaşılamayacağının açık ve aşikâr olduğu” durumlarla sınırlandırmak gerektiği kanaatine varmaktadırlar. Bununla birlikte, bu durum, kendi kanaatime göre, en istisnai ve en uç senaryoları bulamayacak ve aşağıda belirttiğim nedenlerle, söz konusu duruma benzer durumlar için geçerli olmayacaktır. İfade edilen bir sözün halkın belirli bir kesimi tarafından makul bir şekilde nasıl anlaşılabileceği ve bu sözün bu kesimi herhangi bir şekilde davranmaya teşvik etmek amacıyla yayılıp yayılmadığı hususu, büyük ölçüde, yerinde gerçekleştirilmesi ve gerektiğinde Strazburg hâkimlerinin daha sonraki denetimine tabi tutulması gereken - yalnızca metinsel değil - bağlamsal bir inceleme kapsamına girmektedir.

II.

9. Somut olayda, Türk hâkimlerin kararlarını desteklemek için ayrıntılı nedenler ileri sürmedikleri hususuna dair çok basit bir açıklama bulunmaktadır: Türk hâkimler, üçüncü bir kişi tarafından bu yayının nedenleri veya koşulları ne olursa olsun, “terör örgütlerinin (...) açıklamalarını basan veya yayımlayan herkesin” bir suçtan suçlu bulunduğunu kategorik olarak belirten ulusal bir kanunu uygulamışlardır (kararın 17. paragrafı). 3713/1991 No.lu Türk Kanunu’nun aynı hükmüne dayanarak başlatılan yargılamalarla ilgili olan *Gözel ve Özer /Türkiye* davasında (No. 43453/04 ve 31098/05, 6 Ekim 2010 tarihli karar, § 76), Mahkeme, Sözleşme’nin 46. maddesi kapsamında aşağıdaki tespiti yapmıştır:

“Mahkeme öte yandan, somut olayda, 3713 sayılı Kanun’un 6. maddesinin 2. fıkrasının uygulanmasından doğan ihtilaf konusu mahkûmiyetlerin fikir ve bilgileri iletme özgürlüğünün ayrılmaz bir parçasını oluşturduğu (...) ifade özgürlüğüyle bağdaşmadığı kanısına vardığını gözlemlemektedir. Bilhassa Mahkeme, “terör örgütlerinin açıklamalarını veya bildirilerini” hedefleyen 3713 sayılı Kanun’un 6. maddesinin 2. fıkrasının metninin, Sözleşme’nin 10. maddesine ilişkin içtihadında Mahkeme tarafından belirtilen ve uygulanan kriterleri dikkate alarak, *ulusal hâkimlerin yazılara ilişkin metinsel veya bağlamsal bir inceleme yapma yükümlülüğünü kapsamadığını* vurgulamıştır.(...) Bu sonuçlar, Sözleşme’nin 10. maddesi tarafından güvence altına alınan hakkın başvuranlar açısından ihlal edilmesinin *söz konusu hükmün yazılmasına ve uygulanmasına ilişkin bir sorundan kaynaklandığı* anlamına gelmektedir. Bu bağlamda, Mahkeme, ilgili iç hukukun Sözleşme’nin yukarıda belirtilen hükmüyle uygunluğunun, tespit edilen ihlale son verilmesini sağlayabilecek uygun bir telafi şeklini teşkil edebileceği kanısına varmaktadır (...)” (eklenen italik yazılar)

10. Söz konusu hükmün içeriği ve genel uygulaması bakımından bu hükmün Sözleşme'nin 10. maddesiyle yapısal ve sistemik açıdan bağdaşmadığı yönündeki bu tespitin içtihatla daha önce yer almasına rağmen, çoğunluk, *Gözel ve Özer* kararından - bu karara dayanarak, söz konusu hüküm uyarınca başlatılan yargılamaların Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen kriterin birinci kısmına göre “kanunla öngörülmediğini” değerlendirmek gerekmektedir - açıklanamaz bir şekilde tamamen gözardı etmekte, ancak aksine mevcut davadaki başvuranların zararına söz konusu hükmün keyfî ve fark gözetmeksizin uygulanmasını kabul etmektedir¹.

11. 2013 yılında, on yıldır süren uluslararası eleştiri ve kınamaların ardından, özellikle Mahkeme tarafından sunulan bir içtihatla, Türkiye'nin daha önce sınırsız olan kapsamını biraz sınırlandırmak için 3713 sayılı Kanun'un 6. maddesini değiştirdiğini bu aşamada kaydetmek gerekmektedir. Bu durumun ironisi, Mahkeme içtihadının ve ulusal uygulamanın gelişiminin gözlemcilerinden kaçmayacaktır.

III.

12. Son olarak, söz konusu yayınların herhangi bir teşvik oluşturup oluşturmadığını belirlemek için çoğunluk tarafından uygulanan kriterden birkaç kelimeyle bahsetmek isterim. Çoğunluk, başvuranlar tarafından bildirilen A. Öcalan'ın sözlerinin niteliğine büyük bir önem atfetmekte ve ilgililerin - itiraz edilemez bir kamu yararı konusunun üstünü örten gazeteciler (Türkiye'nin güney doğusunda ateşkes yapma veya hatta kalıcı barışı sağlama girişimleri) - haklarını uygulamada yalnızca ek bir konu

¹. Bu karar, Türk hukuku ve uygulamasında Sözleşme'nin 10. maddesinin uygulanmasına ilişkin içtihadımızın sık sık değiştirilmesine ilişkin tek örnek değildir. “Türklüğün aşağılanması” veya ulusal kurumların aşağılanması suçu bakımından aynı şekilde zigzag çizerek bir ilerleme tespit edilmektedir - bu bağlamda *Önal/Türkiye* davasında mutabakat şerhine bakınız (No. 2) (No. 44982/07, 4 Haziran 2019).

olarak ele almaktadır. Oysa davanın başlıca sorunu budur. Bu sorun, ilk defa *Jersild* davasında ortaya konulmuştur: Hangi koşullarda ve “özellikle hangi ağır gerekçelerle” medya uzmanlarının gerçek bir kamu yararı bağlamında yayımladıkları, üçüncü bir kişinin sözlerinden sorumlu tutulabileceklerinin tespit edilmesi söz konusudur. Kendi görüşüme göre, özellikle söz konusu taraf müzakere edilen bir çözüme ulaşma isteğini dile getirdiğinde, medya organlarını bir tarafın ciddi bir çatışma konusundaki tutumunu bildirdikleri gerekçesiyle cezalandırmak, genel olarak barışın sağlanması ve vatandaşların bilgilendirilmesi davasına hizmet etmemekte ve sorumlu gazeteciliğin görevleriyle bağdaşmamaktadır. Dahası, medya organları gerçekliğe uygun olarak çalışmaktadırlar ve gerçekte, uzun süreli bir çatışmadan dolayı daha katı davranan medyanın öncüleri, birdenbire, ulusal bütçenin ayrıntılarını (bu konudaki tartışmalar her ne kadar şiddetli olsa da) barış zamanında müzakere eden kibar teknokratlar gibi konuşmaya başlamamaktadırlar.

13. Mevcut davada temel sözün nitelendirilmesi sorununun ötesinde, başlıca iki unsur, uygulamada çoğunluğun incelemesinde bulunmamaktadır: Sözleri yayınlayanların niyeti (yani sözlerin yazarının değil, başvuranların niyeti) ve yayının gerçekte şiddet eylemlerinin ve/veya terör suçlarının işlenmesine yol açma olasılığı). Bir teşviğin bulunup bulunmadığını belirlemek için kendiliğinden ve temel olarak, müdahalenin neden olabileceği engelleyici etkinin ciddiye alınması halinde, şiddeti veya nefreti kışkırtma niyetinin bulunup bulunmadığı hususunu incelemek gerekmektedir; aksi halde, söz konusu teşvik uygulamada objektif bir sorumluluğa karşılık gelen bir suç haline gelebilecektir². Çoğunluk, büyük

² Özellikle, *Perinçek/İsviçre* (BD, No. 27510/08, § 206, 15 Ekim 2015) kararına bakınız: “Şayet kendi veya daha genel bağlamlarında doğru bir şekilde yorumlanan ve değerlendirilen sözler şiddete doğrudan veya dolaylı olarak bir çağrı ya da şiddet, nefret veya hoşgörüsüzlüğün bir gerekçesi olarak değerlendirilebilirse”. Ayrıca Irksal ve Dini Nefret Hakkında İngiliz Kanunu’na (2006) bakınız ve bu Kanun uyarınca yalnızca kişinin “söz konusu sözlerle dini nefreti kışkırtmak istemesi” halinde bir teşvik bulunmaktadır. (http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/1/pdfs/ukpga_20060001_en.pdf).

ölçüde, cezalandırılan yayının Sözleşme'nin 10. maddesinin koruması kapsamına girmediğini belirtmek için Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi'nin (Varşova Sözleşmesi) 5. maddesine dayanmaktadır; oysa çoğunluk, bu hükmün temel unsurunun tamamını kolaylıkla gözardı etmektedir: Bu durum, ilgililerin “bir terör suçunun işlenmesine teşvik etme niyetiyle” hareket edip etmedikleri hususuyla ilgilidir³. Gerçekte, niyetin davanın esasına bakan hâkimler tarafından öncelikle incelenmesi gereken olgusal bir sorun olması nedeniyle, Mahkemenin davaya ilişkin koşullarda başvuranların niyeti hakkında meşru olarak yeniden (*de novo*) bir sonuca nasıl varabileceği anlaşılamamaktadır. Dosyada bunu haklı gösteren herhangi bir unsur bulunmamaktadır.

14. Bir yayının somut bir şekilde şiddet eylemlerini tetikleme olasılığı ya da risk seviyesi, Mahkemenin teşviğin bulunup bulunmadığını belirlemek için kendi içtihadında hâlihazırda dikkate aldığı bir başka önemli unsurdur. Mahkeme, önem arz eden *Sürek/Türkiye (No. 4)* (No. 24762/94, § 58, 8 Temmuz 1999) davasında, dikkate alınması gereken unsurlardan birinin, söz konusu ifadenin şiddete teşvik edici “nitelikte” olup olmadığının tespit edilmesi hususu olduğunu kaydetmiştir⁴. Olasılık kriteri yalnızca, tedbirin şiddeti önleme yönündeki meşru amaçla orantılı olmasını değil,

3. Ayrıca fikir ve ifade özgürlüğü hakkının geliştirilmesi ve korunması hakkında Birleşmiş Milletler Özel Raportörünün, AGİT basın özgürlüğü temsilcisinin ve OAS ifade özgürlüğü özel raportörünün (2001) ırkçılık ve medya konusundaki ortak bildirisine bakınız, sayfa 2: “Bu yayının ayrımcılığa, düşmanlığa veya şiddete teşvik etme niyetiyle yapıldığı kanıtlanmadığı sürece, hiç kimsenin, “nefret söylemi” kapsamına giren sözleri yayınladığı gerekçesiyle cezalandırılması gerekmemektedir”. Aynı zamanda “Dini nitelikte küfür ve hakaretler ile dinleri nedeniyle kişiler hakkında nefrete teşvik” başlıklı, PACE'nin 1805 sayılı Tavsiye Kararının (2007) 15. paragrafına bakınız: “Ulusal mevzuatlar yalnızca kamu düzenini *kasten ve ciddi şekilde* bozan ve kamuoyunu şiddete çağıran dinler hakkındaki söylemleri cezalandırmalıdır” (eklenen italik yazılar). Aynı şekilde, Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılma Komitesi (CERD), bütün ırksal ayrımcılık şekillerinin ortadan kaldırılması konusunda Uluslararası Sözleşme'ye Taraf Devletleri, özellikle “konuşmacının niyetini ve yakın tehlikeyi veya konuşmacı tarafından araştırılan ya da tavsiye edilen davranışın teşviğe yol açma olasılığını dikkate almaya davet etmiştir (CERD, 35 sayılı Genel Tavsiye Kararı, “İrksal Nefret Söylemine Karşı Mücadele” (2013), §§ 12 ve 16).

4. Ayrıca *Savva Terentyev/Rusya* (No. 10692/09, § 78, 28 Ağustos 2018) kararına bakınız: Sözlerin “yakın yasaya aykırı eylemlere yol açabilecek nitelikte” olup olmadığını araştırmak gerekmektedir.

aynı zamanda teşvikle ilgili hükümlerin kaçınılmaz engelleyici etkilerinin kontrol altında tutulmasını da sağlamaktadır: Bu hükümlerin kapsamı, gerçekte şiddete neden olma konusunda yalnızca uzak veya tamamen spekülatif bir seçeneği olan bir konuşmaya kadar genişletilirse aşırı olacaktır. Açık havada bir havuzda “Ateş!” diye bağırmakla kalabalık bir tiyatrodaki bunu yapmak aynı şey değildir.

15. Varşova Sözleşmesi’nin 5. maddesi, bir mesajın kamuoyunu terör suçu işlemeye kışkırtma olarak değerlendirilmesi için, bu suçlardan birinin yada birkaçının işlenebilmesi “tehlikesinin oluşması” gerektiği yönündeki benzer bir gerekliliği kapsamaktadır. Bu Sözleşme’nin açıklayıcı raporuna göre, bu türden bir riskin meydana gelip gelmediğini değerlendirmek için özellikle “riskin önemli yönünü ve güvenilir niteliğini” göz önünde bulundurmak gerekmektedir (§ 100). Mevcut davanın bağlamında, müzakerelerin devam ettiği sırada yayımlanan ve şartlı ve hatta nispeten yatıştırıcı ifadelerle belirtilen, Öcalan’ın başlıca açıklamasının doğrudan şiddete yol açacak nitelikte önemli bir risk taşıdığı şüpheli görünmektedir (ayrıca bk., *Sürek (No. 4)* kararının yukarıda anılan kısmı). Yayımlanan sözlerin bir kısmının terör üyesi alınmasını teşvik ettiği yönünde çoğunluğun vardığı sonuçla ilgili olarak, mutabakat şerhinde dile getirilen şüpheciliği paylaşmaktayım.

16. Kısacası, Mahkemenin hâlihazırda vardığı, Sözleşme’nin 10. maddesinin ihlal edilmediği yönündeki sonuç, kendi kanaatime göre, yerleşik içtihadımızın birçok temel yönünü gözardı eden üç defa çark etmeye dayanmaktadır. Özellikle, niyet hususunun ve şiddet eylemlerinin meydana gelme olasılığı sorununun dikkatli bir şekilde incelenmemesi halinde, bir teşviğin bulunup bulunmadığını belirlemek tamamen anlamsal bir uygulama haline gelmektedir. Dolayısıyla yalnızca ihtilaf konusu ifadelerin şiddete veya suça teşvik edebilecek nitelikte “görülüp görülmediğini” sorgulamak söz konusudur. Yeni içtihadımızda ihtilaf konusu sözlerin “içeriğini ve bağlamını” inceleme gerekliliği hakkında

yapılan vurgu, Mahkemenin çözdüğünden daha fazla sorunu ortaya koyduğu görülen döngüsel bir atıf türüdür.

17. Çoğunluğun hâlihazırda vardığı sonuç esasen, cezalandırılan yayında bulunan bir cümlenin bir kısmının “makamlara karşı yöneltilen neredeyse üstü örtülü bir tehdit” oluşturacak nitelikte olduğu fikrine dayanmaktadır (42. paragraf). Bu türden bir eşikle, her ne kadar az endişe verici olsa da, “baskıya karşı direnmeye” ilişkin “her zaman geçerli olan hakkı” bildiren 1789 tarihli İnsan Hakları ve Vatandaşlık Beyannamesi, yakın bir tarihte suçu öven tehlikeli bir yergi olarak değerlendirilebilecektir. Şayet bugünkü karar gerçekte, nefret söylemi hakkındaki içtihadımızın mevcut durumunu yansıtsa da, bana göre, bu içtihadın acilen tam bir eleştirel revizyona tabi tutulması gerekmektedir.