



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

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

ÖNAL / TÜRKİYE DAVASI (No. 2)

(Başvuru No. 44982/07)

KARAR

STRAZBURG

2 Temmuz 2019

KESİNLEŞME TARİHİ

2 Ekim 2019

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

© T.C. Adalet Bakanlığı, 2020. 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.

Önal/Türkiye (No. 2) davasında,*Başkan*

Robert Spano,

Hâkimler

Marko Bošnjak,

Işıl Karakaş,

Julia Laffranque,

Valeriu Griţco,

Arnfinn Bårdsen,

Darian Pavli

ve Yazı İşleri Müdür Yardımcısı Hasan Bakırcı'nın katılımıyla, Daire halinde toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Bölümü), 4 Haziran 2019 tarihinde gerçekleştirilen müzakerelerin ardından aynı tarihte aşağıdaki kararı vermiştir:

USUL

1. Türkiye Cumhuriyeti aleyhine açılan davanın temelinde, Türk vatandaşı olan Ahmet Önal'ın ("başvuran") 28 Eylül 2007 tarihinde, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin ("Sözleşme") 34. maddesi uyarınca yapmış olduğu başvuru (No. 44982/07) bulunmaktadır.

2. Başvuran, Mahkeme önünde İstanbul Barosuna bağlı Avukat E. Aslaner tarafından temsil edilmiştir. Türk Hükümeti ("Hükümet") ise kendi görevlisi tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvuran, Cumhurbaşkanı'na hakaret, Cumhuriyeti ve Devlet'in güvenlik güçlerini tahkir suçlarından cezaya mahkûm edilmiş olması sebebiyle, ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

4. 8 Nisan 2014 tarihli kararla, yargılamanın süresine ilişkin şikâyetin kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir. Başvuranın ifade özgürlüğü hakkına yapıldığı iddia edilen ihlale ilişkin şikâyet, 30 Mayıs 2018 tarihinde Hükümet’e bildirilmiştir ve başvurunun geri kalan kısmının, Mahkeme İç Tüzüğü’nün 54. maddesinin 3. fıkrası uyarınca kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir.

OLAYLAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

5. Başvuran, 1956 doğumlu olup, İstanbul’da ikamet etmektedir.

6. Başvuranın olayların meydana geldiği dönemde imtiyaz sahibi olduğu Pêrî Yayınevi, 1999 yılının Aralık ayında, “Teyrê Baz [kartal] ya da bir Kürt iş adamı: Hüseyin Baybaşın” başlıklı bir kitap yayınlamıştır. Bu kitap, Kürt asıllı bir iş adamı olan ve uyuşturucu madde taşıyıcılığından ve PKK (Kürdistan İşçi Partisi, yasa dışı silahlı bir örgüt) üyeliğinden suçlanan sanık Hüseyin Baybaşın’ın biyografisi niteliğindedir. Kitapta özellikle, 1990 yıllarında tanınan bu şahsiyetin yaşamış olduğu olaylar anlatılmaktadır. Kitabın tamamında, Hüseyin Baybaşın’ın Türk Devletine karşı duyduğu tahkir ve Türkiye’deki Kürt davasına duyduğu sempati duyguları işlenmiştir (kitabın içeriği hakkında daha fazla detay için bk. *Önal /Türkiye*, No. 41445/04 ve 41453/04, § 6, 2 Ekim 2012)

7. Beyoğlu Cumhuriyet Savcısı, 22 Mart 2000 tarihli iddianameyle, başvuranı, söz konusu kitabın içeriği sebebiyle, Cumhurbaşkanına hakaret, Cumhuriyet’i ve Devletin güvenlik güçlerini tahkir fiillerinden suçlamıştır. Cumhuriyet savcısı, olayların meydana geldiği tarihte yürürlükte olan eski Türk Ceza Kanunu’nun (TCK) 158. maddesinin 1. fıkrası ve 159. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, ilgilinin cezalandırılmasını talep etmiştir.

8. Beyoğlu Ağır Ceza Mahkemesi (“Ağır Ceza Mahkemesi”), 7 Şubat 2006 tarihli kararla, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren yeni Türk Ceza Kanunu (yeni TCK) hükümlerine göre TCK’nın 158. maddesinin 1. fıkrası ve 159. maddesinin 1. fıkrasının, başvuran açısından daha olumlu olduğuna hükmederek, bu hükümler uyarınca, ilgiliyi, atılı fiillerden suçlu bulmuş ve toplam 1.690 Türk lirası (olayların meydana geldiği dönemde 1.065,51 avro) adli para cezası ödemeye mahkûm etmiştir.

Ağır Ceza Mahkemesi, kararının gerekçe kısmında, kitabın bazı kısımlarında, eleştiri sınırlarının aşıldığı, söz konusu kısımlarda bir mafya gibi ve mafya gruplarının yöneticisi gibi davrandığı belirtilen, dolayısıyla mafya olarak nitelendirilen Devlet’i tahkir ve yine Cumhuriyet’i tahkir suçlarının işlendiği kanaatine varmıştır. Ağır Ceza Mahkemesi, bu sonuca dayanak olarak aşağıda belirtilen kısımları göstermiştir:

“Devletin nemenem zalim bir devlet olduğunu, yoluna çıkan Kürtleri nasıl katlettiğini, sonra da bu cenazeleri yol üstlerine bırakıp nasıl tüydüklerini sanki ben bilmiyordum? ”

“Bugün ise Türk Devletine para karşılığında suç işleyen hizmetler yapıyor”

“Türkiye’deki çete devletinin, kısacası, uygarlığın kahpeliği, insanca yaşamak isteyen bizlere saldırarak, Türk çete devletinin insanlık suçu işlemesine göz yummuştur.”

“Türk çete devleti ve işbirlikçileri ise...”

“Türkiye’de devlet bir çeteden ibarettir. Çetenin başında da Süleyman Demirel vardı.”

“Türkiye’de çete grupları vardır, ancak o gurupları oluşturan, yönetip yönlendiren Türk devletidir. Onun politikalarına ters hareket eden kişi veya grupları da imha ederler.”

“Türkiye’de her gün devlet eliyle onlarca insan katlediliyordu.”

“Türk Devleti Çetesi , Bosna - Hersek ve Kosova gibi bölgeleri savaş durumuna getirinceye kadar yüzlerce fanatik dinci militanı buralara göndermeye devam etti.”

“Türk Devleti kudurmuştu ve bu olayla sarsılan prestijini düzeltmek istiyordu.”

“Türk Devleti dünyanın gözü önünde, kendi denetimindeki bölgede Kürtlerin köy ve kasabaları dâhil tüm yerleşim birimlerini yakmış (...) insanları sorgusuz ve sualsiz kurşuna dizmiştir.”

“Türkiye’de Kürtlük ve Kürtçe yasaklandığı için halkımız devletle savaşıyor.”

“Türkiye ancak it gibi havlar... Ben itimi bilirim...”

“Türk Devletinin vahşeti, işkence ile parçalanmış Kürt cesetlerinin üzerine ayaklarını basarak çekilmiş fotoğraflarla sergilenmiştir.”

Ağır Ceza Mahkemesi ayrıca, aşağıda belirtilen kısımlarda, eleştiri sınırlarının aşıldığı ve dönemin Cumhurbaşkanı Süleyman Demirel’e hakaret edildiği kanaatine varmıştır:

“Genelkurmay Süleyman Demirel (...) Birçok bürokratla birlikte uyuşturucu işinde nasıl çalıştıklarını belgeleriyle açıklıyordu.”

“Türkiye’de devlet bir çeteden ibarettir. Çetenin başında da Süleyman Demirel vardı.”

“Kürt savaşından rant sağlayan Demirel’in başını çektiği çetenin dışında kalan herkes çözümden [Kürt sorununun çözümünden] yanaydı.”

Demirel Özal’ı bertaraf etmek için tüm gücünü kullandı. Özal’ı kurşunladılar. Ölmedi (...) Demirel çetesiyle birlikte devlete yeniden topyekun hâkim oldu.”

“Çete bu dönemde devlet eliyle cinayeti meşrulaştırdı.”

Son olarak Ağır Ceza Mahkemesi, aşağıda belirtilen kısımların basit eleştiriler olarak değerlendirilemeyeceği ve Devletin güvenlik güçlerini tahkir niteliği taşıdığı kanaatine varmıştır:

“Genelkurmay, komutanlar , MİT (Milli İstihbarat Teşkilatı) yöneticileri, üst düzey emniyet mensupları ve birçok bürokratla birlikte uyuşturucu işinde nasıl çalıştıklarını belgeleriyle açıklıyordu.”

“Milli İstihbarat kırk parça olmuş, polis teşkilatı desen yine öyle (...) Ordu tamamen olmasa da Demirel çetesinin denetimindeydi (...) Ordu Rabıta’dan (Dünya İslam Birliği, panislamizmi teşvik etmeyi amaçlayan bir sivil toplum kuruluşu) para alırdı. 1984 yılından sonra PKK hesaplarını altüst edince, karşı bir Hizbullah örgütü kurmuşlardı.”

“Asker , polis MÎT . Özel Tim , korucu gibi devlet organları kendi içlerinde çeteleşme yoluna gitmişlerdi.”

9. Yargıtay, 3 Nisan 2007 tarihinde, başvuranın temyiz başvurusunu reddetmiş ve Ağır Ceza Mahkemesinin kararını onamıştır.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE ULUSLARARASI HUKUK

A. Ulusal Mevzuat

1. TCK'nın ilgili hükümleri

10. TCK'nın (1 Haziran 2005 tarihine kadar yürürlükte olan 765 sayılı ve 1 Mart 1926 tarihli Kanun)158. maddesi aşağıdaki gibidir:

“ Reiscumhura muvacehesinde hakaret ve sövme fiillerini işleyenler üç seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası ile cezalandırılır.

Hakaret ve sövme Reiscumhurun gıyabında vaki olmuş ise faili, bir seneden üç seneye kadar hapis olunur. Reiscumhurun ismi sarahaten zikredilmeyerek ima veya telmih suretiyle vaki olsa bile mahiyeti itibariyle Reiscumhura matufiyetinde tereddüt edilmeyecek derecede karineler varsa tecavüz sarahaten vukubulmuş addolunur.

Suçun, neşir vasıtalarından biri ile işlenmesi hâlinde ceza üçte birden yarıya kadar artırılır. ”

11. TCK'nın 159. maddesinin somut olayla ilgili kısımları aşağıdaki gibidir:

“ Türklüğü, Cumhuriyeti, Büyük Millet Meclisini, Hükümetin manevi şahsiyetini, Bakanlıkları, Devletin askeri veya emniyet muhafaza kuvvetlerini veya Adliyenin manevi şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif edenler altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar.

(...)

Birinci fıkrada sayılan organları veya kurumları tahkir ve tezyif kastı bulunmaksızın, sadece eleştirmek maksadıyla yapılan açıklamalar cezayı gerektirmez.
”

12. TCK'nın 480. maddesi aşağıdaki gibidir:

“ Her kim, (...) ikiden ziyade kimse ile ihtilat ederek diğer bir şahıs hakkında bir maddei mahsusa tayin ve isnadı suretiyle halkın hakaret ve husumetine maruz kılacak yahut namus ve haysiyetine dokunacak bir fiil isnat ederse, üç aydan üç seneye kadar hapis ve yüz bin liradan bir milyon liraya kadar ağır para cezasına mahkûm olur.

Bu fiil, kendisine tecavüz olunan kimse yalnız olsa bile huzurunda yahut kendisine hitaben yazılıp gönderilmiş bir mektup; telgraf, resim veya herhangi bir yazı veya telefonla işlenirse, failin göreceği ceza, dört aydan üç seneye kadar hapis ve yüz elli bin liradan bir milyon beş yüz bin liraya kadar ağır para cezasıdır.

Kendisine tecavüz olunan kimsenin huzuruyla beraber alenen vaki olursa, ceza, beş aydan üç seneye kadar hapis ve iki yüz bin liradan iki milyon liraya kadar ağır para cezasıdır.

Bu cürüm, umuma (...) teşhir olunmuş yazı veya resim veya sair neşir vasıtası ile irtikap olunmuş ise, failin göreceği ceza, altı aydan üç seneye kadar hapis ve üç milyon liradan yirmi beş milyon liraya kadar ağır para cezasıdır. ”

2. Yeni TCK'nın ilgili hükümleri

13. Yeni TCK'nın (1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı ve 26 Eylül 2004 tarihli Kanun) 125. maddesinin “hakaret” başlığı altında yer alan, somut olayla ilgili kısımları aşağıdaki gibidir:

“ Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden ya da yakıştırmalarda bulunmak veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. (...)

Fiilin, mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkra da belirtilen cezaya hükmolunur.

Hakaret suçunun;

a) Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı,

b) Dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı,

c) Kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle,

işlenmesi halinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz.”

14. Yeni TCK’nın “Cumhurbaşkanına hakaret” başlığı altında yer alan 299. maddesi aşağıdaki gibidir:

“ Cumhurbaşkanına hakaret eden kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Verilecek ceza, suçun alenen işlenmesi halinde, altıda biri; basın ve yayın yolu ile işlenmesi halinde, üçte biri oranında artırılır.

Bu suçtan dolayı kovuşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır. ”

15. Yeni TCK’nın “Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama” başlığı altında yer alan 301. maddesinin, 5759 sayılı ve 30 Nisan 2008 tarihli Kanun ile değiştirilmiş hali aşağıdaki gibidir:

“ Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ve Devletin yargı organlarını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Devletin askeri veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır.

Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.

Bu suçtan dolayı kovuşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır. ”

B. Avrupa Konseyi’nin Metinleri

1. Bakanlar Komitesi’nin Medyada Siyasi Tartışma Özgürlüğü Bildirisi

16. Bakanlar Komitesi tarafından 12 Şubat 2004 tarihinde kabul edilen Medyada Siyasi Tartışma Özgürlüğü Bildirisi’nin somut olayla ilgili kısımları aşağıdaki gibidir:

“ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi,

(...)

Bazı ulusal hukuk sistemlerinin halen siyasi şahsiyetlere ve kamu görevlilerine, haklarındaki bilgi ve görüşlerin medya organlarında yayılmasına karşı hukuki ayrıcalıklar tanıdığı ve bu durumun Sözleşmenin 10. maddesi ile teminat altına alınmış bulunan ifade ve bilgi edinme özgürlüğü ile çeliştiğinin bilincinde olarak,

(...)

II. Devlet ve kamu kuruluşlarını eleştirme özgürlüğü

Devlet, hükümet, genel olarak yürütme, yasama veya yargının herhangi bir organı medya kuruluşlarında eleştiri konusu yapılabilir. Güçlü konumlarına bağlı olarak bu kurumlar, ceza hukuku tarafından itibar zedeleyici veya hakaret niteliği taşıyan beyanlara karşı kurum olarak koruma altına alınmamalıdır. Söz konusu kurumların böyle bir korumadan yararlanabildikleri hallerde ise bu koruma çok sınırlı bir şekilde ve her hâlükârda eleştiri özgürlüğünü kısıtlamak amacıyla kullanılmasına mahal vermeden uygulanmalıdır. Bu kurumları temsil eden kişiler, birey olarak zaten koruma altında bulunmaktadır.

(...)

VI. Siyasi şahsiyetler ile kamu görevlilerinin itibarı

Siyasi şahsiyetler itibarlarının ve haklarının korunması için diğer kimselerden daha geniş haklara sahip bulunmamalıdır. Bundan hareketle iç hukukta, siyasi şahsiyetleri eleştiren medya kuruluşlarına karşı daha ağır cezalar öngörülmemelidir. Bu ilke kamu görevlilerine de uygulanır. Bu ilkeye istisnalar, sadece kamu görevlilerinin görevlerini iyi yapmalarını sağlamak bakımından zaruri hallerde kabul edilebilir.

(...)

VIII. Medya kuruluşlarının ihlallerine karşı başvuru yolları

Siyasi şahsiyetler ile kamu görevlileri, medya kuruluşları tarafından hak ihlallerine karşı, sıradan vatandaşların sahip oldukları hukuki başvuru yollarının aynılarına sahip olmalıdırlar. (...) Hak ihlalinin veya itibar zedelemesinin vahameti ışığında ve özellikle medyada yayınlanan itibar zedeleyici ifadelerin veya hakaretlerin, nefret içeren ifadeler örneğinde olduğu gibi, başka temel özgürlükleri de önemli ölçüde ihlal ettiği ve cezanın kesin olarak gerekli ve ihlalin vahameti ile orantılı olduğu haller dışında itibar zedelemesi veya hakaret hapis cezasına

yol açmamalıdır. ”

2. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi’nin 1577 (2007) Sayılı Kararı

17. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi’nin “Hakaretin Suç Olmaktan Çıkarılmasına Doğru” başlıklı, 1577 (2007) Sayılı kararının somut

olayla ilgili bölümleri aşağıdaki gibidir:

“ (...)

11. [Meclis], birçok üye ülkenin, hakaret için hapis cezası öngördüğünü ve örneğin Azerbaycan ve Türkiye gibi bazı ülkelerde, bunun halen uygulanmakta olduğunu büyük bir endişeyle tespit etmektedir.

(...)

13. Bu nedenle, Meclis, hakaret için hapis cezalarının daha fazla gecikmeksizin kaldırılmaları gerektiği kanaatindedir. Meclis, bilhassa ulusal mevzuatlarında halen bu fiiller için hapis cezası öngören Devletlerin - bu cezaları uygulamamalarına rağmen-, her ne kadar geçersiz olsa da herhangi bir mazeret öne sürmeye ve kamusal özgürlüklerin zedelenmesine yol açmaya devam etmemeleri için söz konusu Devletleri, gecikmeksizin söz konusu yasaları yürürlükten kaldırmaya teşvik etmektedir.

(...)

17. Sonuç olarak, Meclis, üye Devletleri şu hususları yerine getirmeye davet etmektedir:

17. 1. Hakaret için hapis cezalarının gecikmeksizin kaldırılmasına,

17. 2. Ceza kovuşturmalarına usulsüz şekilde başvurulmamasının sağlanmasına (...)

;

17. 3. Yasanın keyfi olarak uygulanmasından kaçınılmasını ve medeni hukukun, hakaretten etkilenen kişinin saygınlığının etkin olarak korunmasını sağlamak amacıyla hakaret kavramının tanımının mevzuatlarında açık olarak yapılmasına;

(...)

17. 6. Mahkeme içtihatlarına uygun olarak, hakarete ilişkin mevzuatlarında, kamuya mâl olmuş kişilerin daha iyi korunmasına yönelik bütün hükümlerin bertaraf edilmesine ve özellikle

17. 6. 1. Türkiye’yi, Ceza Kanunu’nun 125. maddesinin 3. fıkrasını değiştirmeye davet etmektedir.

(...)”

3. Venedik Komisyonu’nun 831/2015 sayılı Görüşü

18. Venedik Komisyonu’nun 106. Genel Kurul toplantısında (Venedik 11-12 Mart 2016, CDL-AD(2016)002) kabul ettiği, 831/2015 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 216, 299, 301 ve 314. maddeleri hakkında görüşünün ilgili kısmı aşağıdaki gibidir:

“ 75. Sonuç olarak Komisyon, Avrupa düzeyinde ortaya çıkan fikir birliğini ve uluslararası normları dikkate aldığına, Devletlerin, Devlet Başkanına hakaret suçu için öngördükleri cezaları kaldırmaları ya da en azından bu suçu, her türlü hapis cezasını bertaraf eden yaptırımlar kapsamında bırakarak, en ciddi sözlü saldırı biçimleriyle sınırlandırmaları gerektiğini yeniden belirtmektedir. Komisyon, aksine Türkiye’deki uygulamanın, Sözleşme’nin 10. maddesiyle korunan açıklamalar da dâhil olmak üzere, bu hükmün (TCK 299) kullanımının arttığını ortaya koyduğunu tespit etmektedir. Özellikle hapis cezası olmak üzere öngörülen yaptırımlar da açıkça aşırı niteliklidir. Yargıtay ve Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından bu hükmün (TCK 299) aşırı kullanımını kısıtlamak amacıyla girişimlerde bulunulsa da, bu girişimler yetersiz kalmaktadır. Bu koşullarda Komisyon, AIHS’nin 10. maddesinin diğer her türlü ihlalini engellemek için tek çözümün, söz konusu hükmün (TCK 299) tamamen yürürlükten kaldırılmasına dayandığı kanaatine varmaktadır. Bu türden bir tedbir, ifade özgürlüğüne ilişkin ilkeler ile özel olarak kamuya mâl olmuş kişilerin ve siyasi konuların da dikkate alınmasıyla, Devlet Başkanı’nın, bütün vatandaşları koruyan hukuk ve ceza yargılamaları yoluyla her türlü hakaret şeklinden korunmasına da yine imkân verecektir. Orantılılık ilkesi ve her türlü hapis cezasını bertaraf eden yaptırımların kapsamını sınırlandırma gerekliliği, bu yargılamalarda da uygulanabilir. ”

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

I. SÖZLEŞME’NİN 10. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

19. Başvuran, cezaya mahkûm edilmiş olması sebebiyle, Sözleşme’nin 10. maddesiyle öngörüldüğü şekliyle ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiği kanaatindedir. Bu 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, kanunla 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

20. Hükümet, başvurunun *konu yönünden (ratione materiae)* Sözleşme hükümleriyle bağdaşmadığına ilişkin olarak kabul edilemezlik itirazı ileri sürmektedir. Bu bağlamda Hükümet, söz konusu kitabın içerdiği ihtilaf konusu kısımların, şiddete teşvik eder nitelikte olduğunu ve nefret söylemi teşkil ettiğini, bu unsurların Sözleşme’nin 10. maddesi tarafından korunmadığını savunmaktadır.

21. Başvuran bu itiraz hakkında görüş belirtmemektedir.

22. Mahkeme, söz konusu itirazın, Sözleşme’nin 10. maddesine ilişkin şikâyetin kabul edilebilirlik yönünden değil, esas yönünden incelenmesini gerektiren hususlar içerdiği kanaatindedir.

23. Mahkeme diğer taraftan, başvurunun Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. fıkrasının a) bendi anlamında açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ve başka herhangi bir kabul edilemezlik gerekçesiyle bağdaşmadığını tespit ederek, başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar vermektedir.

B. Esas Hakkında

24. Başvuran, başvuru formunda belirttiği iddialarını yinelemekte ve bu bağlamda cezaya mahkûm edilmesinin demokratik bir toplumda gerekli olmadığını ve bu cezanın Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlalini teşkil ettiğini ileri sürmektedir.

25. Hükümet, Mahkeme tarafından bir müdahalenin varlığının tespit edilmesi gerekli olsa bile, bu müdahalenin, TCK'nın 158 ve 159. maddeleriyle öngörüldüğünü ve milli güvenliğin, kamu güvenliğinin ve kamu düzeninin korunması ile suçun engellenmesi meşru amaçlarını izlediğini yinelemektedir. Hükümet ayrıca, kitabın ihtilaf konusu kısımlarında, kendisine göre hakaret edici ifadelerle, Devletin, Devlet organlarının ve Cumhurbaşkanının aşağılandığı ve güvenlik güçlerini hedef alan terör ve şiddet eylemlerinin meşrulaştırıldığı dikkate alındığında, ihtilaf konusu tedbir demokratik bir toplumda gerekli ve izlenen meşru amaçlarla orantılı olduğu kanaatindedir.

26. Mahkeme, somut olayda başvuranın, imtiyaz sahibi olduğu yayınevi tarafından yayınlanan bir kitabın içeriği sebebiyle, Cumhurbaşkanına hakaret, Cumhuriyeti ve Devletin güvenlik güçlerini tahkir suçlarından cezaya mahkûm edildiğini kaydetmektedir.

27. Mahkeme, başvuranın cezaya mahkûm edilmiş olmasının, ifade özgürlüğü hakkının kullanımına bir müdahale teşkil ettiği kanaatindedir (*Fatih Taş/Türkiye (No. 5)*, No. 6810/09, § 37, 4 Eylül 2018).

28. Mahkeme ardından, bu müdahalenin kanunla, yani TCK'nın 158 ve 159. maddeleriyle öngörüldüğü hususuna taraflar arasında itiraz

edilmediğini gözlemlemektedir. Mahkeme, başvuranın TCK'nın 159. maddesi uyarınca cezalandırılmasının, bu hükümde kullanılan ifadelerin geniş kapsamı sebebiyle, başvuran için öngörülebilirliği hakkında şüphe duymakla birlikte (yukarıda anılan *Fatih Taş/Türkiye* (No. 5), §§ 28-35 ve 38), müdahalenin gerekliliği hakkında varmış olduğu sonuç bakımından bu konunun incelenmesinin gerekmediğine hükmetmektedir. Mahkeme ayrıca, ihtilaf konusu müdahalenin Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrası, yani kamu güvenliğinin ve milli güvenliğin korunması bakımından meşru amaçlar izlediğini kabul edebilir.

29. Mahkeme, müdahalenin gerekliliğiyle ilgili olarak, öncelikle, başvuranın Cumhuriyeti ve devletin güvenlik güçlerini tahkir suçlarından mahkûm edilmesinin, kendi yayınevi tarafından yayınlanan kitabın Devlet kurumlarına zarar verici olarak değerlendirilen kısımları sebebiyle kendisine verilen cezai bir yaptırım olduğunu kaydetmektedir. Buna karşın, ilgilinin Cumhurbaşkanı'na hakaret suçundan mahkûm edilmesi, kamu meşru menfaatine ilişkin konular hakkında çıkan tartışmalar kapsamında bir siyasetçiye hakaret edilmesiyle ilgili açılan klasik bir davayı içermektedir (*gerekli değişikliklerin uygulanması koşuluyla (mutatis mutandis)* bk. *Artun ve Güvener/Türkiye*, No. 75510/01, § 28, 26 Haziran 2007) ve bu dava, başvuranın ifade özgürlüğü hakkı ile Cumhurbaşkanı'nın itibarının korunması hakkı arasında bir denge kurulmasını gerektirmektedir. Mahkeme dolayısıyla, bu iki mahkûmiyet kararının ayrı hukuki konular teşkil ettiğini ve ayrı incelemelere tabi tutulması gerektiğini gözlemlemektedir. Mahkeme sonuç olarak, başvuranın, Cumhuriyeti ve Devletin güvenlik güçlerini tahkir suçlarından cezaya mahkûm edilmesinin ve diğer taraftan, ilgilinin Cumhurbaşkanı'na hakaret suçundan cezaya mahkûm edilmesinin demokratik bir toplumda gerekliliğini ayrı ayrı ve ard arda incelemenin uygun olduğu kanaatindedir.

1. Başvuranın Cumhuriyeti ve Devletin güvenlik güçlerini tahkir suçlarından cezaya mahkûm edilmesi hakkında

30. Mahkeme, müdahalenin gerekliliğiyle ilgili olarak, ifade özgürlüğü konusundaki içtihatlarından doğan ve bilhassa *Bédat/İsviçre* ([BD], No. 56925/08, § 48, 29 Mart 2016) kararında özetlenen ilkeleri hatırlatmaktadır. Mahkeme özellikle *Fatih Taş* (No. 5) (yukarıda anılan, §§ 29-35) kararında açıklanan, TCK'nın 159. maddesi veya yeni TCK'nın 301. maddesine dayanılarak başlatılan ceza kovuşturmalarına ilişkin içtihatlarından doğan ilkeleri hatırlatmaktadır.

31. Mahkeme, ulusal mahkemeler tarafından başvuranın Cumhuriyeti ve Devletin güvenlik güçlerini tahkir suçlarından cezaya mahkûm edilmesine dayanak gösterilen (yukarıdaki 8. paragraf) kitabın ihtilaf konusu kısımlarını inceleyerek, bu kısımların, düşmanca çağrışım yapan bir yazı içerisinde Türk Devletinin olumsuz bir tablosunu çizdiğini (*Önal/Türkiye*, No. 41445/04 ve 41453/04, § 6, 2 Ekim 2012, § 37) ve özellikle mafya olarak nitelendirilen ve birçok suç teşkil eden fiilin isnat edildiği Devlet makamlarına karşı sert ve abartılı eleştiriler içerdiğini tespit etmektedir. Mahkeme bununla birlikte, şiddetin meşrulaştırılması olarak yorumlanabilecek “Türkiye’de Kürtlük ve Kürtçe yasaklandığı için halkımız devletle savaşıyor.” ifadesi dışında, kitabın söz konusu kısımlarının “gereksiz yere rahatsız edici” veya hakaret edici her türlü nitelikten yoksun olduğu ve şiddete veya nefrete teşvik edici olmadığı kanaatindedir (yukarıda anılan *Fatih Taş* (No. 5), § 39). Mahkeme yine de bu konuyla ilgili olarak, Ağır Ceza Mahkemesinin kararında veya ilk derece mahkemesinin kararını onayan Yargıtay kararında, yukarıda belirtilen paragrafın ve kitabın suçlanan diğer paragraflarının, içerikleri, yazıldıkları bağlam ve zarar verici nitelikleri dikkate alındığında, şiddet kullanımına, silahlı direnişe veya ayaklanmaya teşvik içerdikleri ya da Mahkemeye göre dikkate alınması gereken esas unsur olan nefret söylemi teşkil ettikleri kanaatine varılıp

varılamayacağı hakkında yeterli açıklamada bulunulmadığını tespit etmektedir (*Mart ve diğerleri/Türkiye*, No. 57031/10, § 32, 19 Mart 2019).

32. Mahkeme, yukarıda belirtilenler ışığında, ulusal makamların, somut olayın koşullarında başvuranı, Cumhuriyeti ve Devlet'in güvenlik güçlerini tahkir suçlarından cezaya mahkûm ederken, ilgilinin ifade özgürlüğü ile izlenen meşru amaçlar arasında adil ve içtihatlarıyla belirlenen ilkelere uygun bir denge gözetmediği sonucuna varmaktadır.

33. Mahkeme sonuç olarak, başvuranın adli para cezasına mahkûm edilmesinin, ilgilinin kamu menfaatini ilgilendiren konularda kendisini ifade etme isteği üzerinde caydırıcı bir etki yaratmış olabileceği ve bu cezanın, zorunlu bir sosyal ihtiyacı karşılamadığı, her hâlükârda, izlenen meşru amaçlarla orantılı olmadığı ve bu sebeple demokratik bir toplumda gerekli olmadığı kanaatindedir.

2. Başvuranın Cumhurbaşkanı hakaret suçundan cezaya mahkûm edilmesi hakkında

34. Mahkeme, özel hayatın korunması ve ifade özgürlüğü konularında oluşturduğu içtihatlardan doğan ilkeleri hatırlatmaktadır. Bu ilkeler, özellikle *Couderc ve Hachette Filipacchi Associés/Fransa* ([BD], No. 40454/07, §§ 83-93, AİHM 2015 (özetler)) ve *Tarman/Türkiye* (No. 63903/10, §§ 36-38, 21 Kasım 2017) kararlarında özetlenmiştir.

35. Mahkeme, somut olayda başvuranın, ihtilaf konusu kitabın eski cumhurbaşkanı Süleyman Demirel'e, uyuşturucu madde taşıyıcılığı, Devlet bünyesinde kurulan bir mafyayı yönetme, Kürtlere karşı açılan savaştan çıkar sağlama, kendisinden önceki Cumhurbaşkanı Turgut Özal'ı ortadan kaldırma girişimi ve Devlet tarafından işlenen bazı cinayetleri meşrulaştırma gibi ciddi suçların isnat edildiği, Ağır Ceza Mahkemesi kararında belirtilen paragrafları sebebiyle, Cumhurbaşkanı hakaret suçundan cezaya mahkûm edildiğini kaydetmektedir (yukarıdaki 8. paragraf).

36. Mahkeme, öncelikle bu noktada, iddiaların, eski Cumhurbaşkanı temsil ettiği kurumu değil, doğrudan siyasetçi olarak şahsını hedef aldığını gözlemlemektedir. Bu bağlamda Mahkeme, bir siyasetçi bakımından kabul edilebilir eleştirinin sınırlarının özel bir şahsa göre daha geniş olduğunu hatırlatmaktadır: birincisinin eylemleri, kaçınılmaz ve bilinçli bir şekilde hem gazetecilerin hem de vatandaş kitlesinin dikkatli bir kontrolüne maruz kalır; dolayısıyla eleştirilere daha fazla hoşgörü göstermelidir (*Uzan/Türkiye*, No. 30569/09, § 40, 20 Mart 2018).

37. Mahkeme ardından, kitabın ihtilaf konusu kısımlarında eski Cumhurbaşkanı'nın özel hayatının veya onurunun söz konusu edilmediğini (aksi yönde bir karar için bk. *Avusturya eski Cumhurbaşkanı'nın özel hayatının mahrem yönleriyle ilgili bir dava olan Standard Verlags GmbH/Avusturya* (No. 2), No. 21277/05,4 Haziran 2009, ayrıca bk. *Von Hannover /Almanya*, No. 59320/00, § 64, AİHM 2004-VI) ve açıkça şahsına karşı kişisel bir saldırı bulunmadığını (*Otegi Mondragon/İspanya*, No. 2034/07, § 57, AİHM 2011) gözlemlemektedir .

38. Mahkeme, bu durumda söz konusu iddiaların, Süleyman Demirel hakkındaki olaylara ilişkin açıklamalar niteliğini taşıdığını tespit etmektedir. Mahkeme, bu iddiaların yeterli olgusal dayanakları bulunup bulunmadığının dosya içeriğinden anlaşılmadığını gözlemlemektedir. Mahkeme ayrıca, Cumhurbaşkanı'na hakaret suçu ile ilgili olarak başvuru ve kitabın yukarıda belirtilen ihtilaf konusu paragraflarıyla bu suçu tespit eden Ağır Ceza Mahkemesinin, bu iddiaların belirli bir olgusal dayanağının bulunup bulunmadığını tespit etmeye çalışmadığını gözlemlemektedir (yukarıdaki 8. paragraf).

39. Mahkeme bununla birlikte, bu paragrafların, özellikle eski Cumhurbaşkanı hakkında ortaya atılan, şayet gerçekleşse, ilgilinin cezai sorumluluğuna yol açabilecek bazı fiillerine ve daha genel anlamda, siyasi seçimleri ve görevini yerine getirme şekline ilişkin iddialarla ilgili bir genel menfaat tartışması kapsamına girdiği şeklinde değerlendirilebileceği

kanaatindedir. Ulusal makamların, başvurana verilen cezanın “gerekliliği” hakkında hükmetmeleri için sahip oldukları takdir yetkisi, dolayısıyla özellikle kısıtlıdır (*Mamère/Fransa*, No. 12697/03, § 20, AİHM 2006-XIII).

40. Mahkeme ardından, ulusal mahkemelerin, TCK’nın 158. maddesine dayanarak başvuranın cezaya mahkûm edilmesine karar verdiklerini tespit etmektedir. Yürürlükte olan yeni TCK’nın 299. maddesi gibi olayların meydana geldiği tarihte yürürlükte olan bu hüküm de, Cumhurbaşkanına, bilgilerin veya bu bilgileri içeren görüşlerin ifşa edilmesi bakımından -ortak hakaret rejimi tarafından korunan- diğer kişilere göre daha yüksek seviyede bir koruma sağlamaktaydı ve hakaret içeren açıklamalarda bulunan kişiler için daha ağır yaptırımlar öngörüyordu (hakaretle ilgili ortak hukukun ceza hükümleri ile Cumhurbaşkanına hakarete ilişkin özel ceza hükümlerini, yani TCK’nın 158 ve 480. maddeleri ile yeni TCK’nın 125 ve 299. maddelerini karşılaştırmak için bk. yukarıdaki 10, 12, 13 ve 14. paragraflar). Bu bağlamda Mahkeme, daha önce, hakaret konusunda özel bir kanunla sağlanan bir korumanın, ilke olarak, Sözleşme’nin niteliğine uygun olmadığına karar vermiştir (*Colombani ve diğerleri/Fransa*, No. 51279/99, § 69, AİHM 2002-V ve yukarıda belirtilen *Otegi Mondragon*, § 55). Mahkeme ayrıca, daha önce somut olaya benzer şekilde, başvuranın açıkça TCK’nın 158. maddesi uyarınca cezaya mahkûm edilmesiyle ilgili bir dava olan *Artun ve Güvener* (yukarıda anılan) kararında, bir Devletin, Başkanının itibarının korunmasına ilişkin menfaatinin, kendisi hakkında bilgi edinilmesi ve düşüncelerin ifade edilmesi hakkı karşısında, Başkanına bir ayrıcalık tanınmasını veya özel bir koruma sağlanmasını haklı gösteremeyeceğine hükmettiğini hatırlatmaktadır (yukarıda anılan *Artun ve Güvener*, § 31, ayrıca Cumhurbaşkanı statüsünün medeni alanda aşırı korunmasıyla ilgili olarak bk. *Pakdemirli/Türkiye*, No. 35839/97, § 52, 22 Şubat 2005).

41. Mahkeme, özellikle Cumhurbaşkanına hakaret için öngörülen cezai yaptırımla ilgili olarak, Devlet kurumlarını temsil eden kişilerin, yetkili

makamlar tarafından kurumsal kamu düzenini sağlayıcı sıfatıyla korunmaları, tamamen meşru olsa da, bu kurumların işgal ettiği baskın konumun, makamların ceza yolunu kullanmalarını kısıtlamalarını gerektirdiği kanaatindedir (yukarıda anılan *Otegi Mondragon*, § 58; ayrıca konu hakkındaki Avrupa Konseyi çalışmaları için bk. yukarıdaki 16 ve 17. paragraflar). Bu bağlamda Mahkeme, bir müdahalenin orantılılığının ölçülmesi söz konusu olduğunda, verilen cezaların niteliğinin ve ağırlığının da dikkate alınması gereken unsurlar olduğunu hatırlatmaktadır (*Sürek/Türkiye* (No. 1) [BD], No. 26682/95, § 64, AİHM 1999-IV, *Ceylan/Türkiye* [BD], No. 23556/94, § 37, AİHM 1999-IV, *Tammer/Estonya*, No. 41205/98, § 69, AİHM 2001-I ve *Chauvy ve diğerleri/Fransa*, No. 64915/01, § 78, AİHM 2004-VI). Yine Sözleşme'nin 10. maddesiyle korunan haklara yapılan bir müdahalenin orantılılığının değerlendirilmesi, makamların, cezai bir yaptırımdan başka hukuki tedbirler gibi bir yola başvurup başvuramayacakları konusuna ilişkin durumlara dayanmaktadır (*gerekli değişikliklerin uygulanması koşuluyla (mutatis mutandis)* bk. *Raichinov/Bulgaristan*, No. 47579/99, § 50, 20 Nisan 2006; ayrıca *gerekli değişikliklerin uygulanması koşuluyla (mutatis mutandis)* bk. *Lehideux ve Isorni/Fransa*, 23 Eylül 1998, § 51, *Karar ve Hükümler Derlemesi* 1998-VII ve *Cumpănă ve Mazăre/Romanya* [BD], No. 33348/96, § 115, AİHM 2004-XI). Mahkeme ayrıca, ceza hukuku düzeyinde cezadan yoksun olmakla birlikte tazminat olarak sadece “sembolik 1 avro” ödenmesi yükümlülüğüne hükmedilen bir mahkûmiyet kararı gibi, cezanın mümkün olduğu kadar makul olduğu durumlarda bile (*Mor/Fransa*, No. 28198/09, § 61, 15 Aralık 2011), bu türden bir ceza yine de cezai bir yaptırımdır ve her hâlükârda, başvuranın ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin haklı gösterilmesi için tek başına yeterli olmadığını hatırlatmaktadır (*Athanasios Makris/Yunanistan*, No. 55135/10, § 38, 9 Mart 2017). Mahkeme, ifade özgürlüğünün ihlalinin, bu özgürlüğün kullanımına ilişkin olarak caydırıcı bir etkisi olabileceğinin (*gerekli değişikliklerin uygulanması koşuluyla*

(*mutatis mutandis*) bk. *yukarıda anılan Cumpănă ve Mazăre*, § 114), zira verilen para cezalarının nispeten ılımlı niteliğinin, ihlali ortadan kaldıramayabilceğinin birçok defa altını çizmiştir (*Morice/Fransa* [BD], No. 29369/10, § 176, AİHM 2015).

42. Mahkeme, yukarıda belirtilenleri dikkate alarak, mevcut davanın koşullarında hiçbir unsurun, somut olaydaki gibi adli para cezasına hükmedilmesi söz konusu olsa bile, cezai bir yaptırımı haklı gösterebilecek nitelikte olmadığı kanaatine varmaktadır. Bu türden bir ceza, fitratı gereği, makul miktarına rağmen, özellikle mahkûmiyet kararının etkileri ve herhangi bir sabıka kaydının kalıcı etkileri dikkate alındığında, kaçınılmaz olarak caydırıcı bir etki yaratmaktadır (*gerekli değişikliklerin uygulanması koşuluyla*) (*mutatis mutandis*) bk. *yukarıda anılan Artun ve Güvener*, § 33, *Martchenko/Ukrayna*, No. 4063/04, § 52, 19 Şubat 2009 ve *yukarıda anılan Otegi Mondragon*, § 60).

43. Mahkeme son olarak, somut olayda Ağır Ceza Mahkemesi tarafından verilen kararı inceleyerek, bu mahkemenin, başvuranın Cumhurbaşkanına hakaret suçundan cezaya mahkûm edilmesi için kitabın ihtilaf konusu paragraflarının, eleştiri sınırlarını aştığı ve Cumhurbaşkanına hakaret edildiği kanaatine vardığını tespit etmektedir (yukarıdaki 8. paragraf). Yukarıda belirtilen değerlendirmelerden hiçbirisinin dikkate alınmadığı, bu türden kısa bir gerekçelendirme, Mahkemenin, somut olayda Ağır Ceza Mahkemesi tarafından başvuranın ifade özgürlüğü hakkı ile izlenen meşru amaçlar arasında içtihatlarıyla oluşturulan kriterlere uygun olarak adil bir denge gözetildiği sonucuna varmasına imkân vermemektedir (yukarıda anılan *Tarman*, § 38; aksi yönde bir karar için bk. *Željko Ivanović ve D.O.O. Daily Press/Karadağ*, No. 24387/10, § 74, 5 Haziran 2018).

44. Bu sebeple Mahkeme, davanın koşullarında, söz konusu menfaatler arasında adil ve Mahkeme içtihatlarına uygun bir dengenin gözetilmediği ve özellikle hakaret konusunda Cumhurbaşkanına ayrıcalıklı bir koruma sağlanmasını öngören özel hüküm uyarınca başvurana verilmesine

hükmedilen, cezai bir niteliğe sahip olan yaptırımın orantılılığının incelenmediği dikkate alındığında, ihtilaf konusu tedbirin, izlenen meşru amaçlarla orantılı olduğunun ve Sözleşme'nin 10. maddesi anlamında demokratik bir toplumda gerekli olduğunun kanıtlanmadığı kanaatindedir.

45. Mahkeme, yukarıda belirtilenler ışığında, somut olayda Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

II. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI HAKKINDA

46. Sözleşmenin 41. maddesi aşağıdaki şekildedir:

“Eğer Mahkeme, işbu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırılabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder.”

A. Tazminat

47. Başvuran, iddiasına göre, başvuruya konu olan kitaba el konulması sebebiyle maruz kaldığını belirttiği zarar ve hakkında verilen mahkûmiyet kararı sebebiyle ödemek zorunda kaldığı adli para cezası karşılığında maddi zarar bağlamında sırasıyla 10.000 avro (EUR) ve 680 EUR talep etmektedir. Ayrıca başvuran, maruz kaldığını iddia ettiği manevi zarar bağlamında 10.000 avro talep etmektedir.

48. Hükümet, maddi ve manevi zararlar bağlamında sunulan taleplerin dayanaktan yoksun ve aşırı miktarlar olduğunu savunmaktadır. Hükümet, iddia edilen ihlal ile manevi zarar bağlamında talep edilen miktarlar arasında illiyet bağının bulunmadığını, zira bu miktarların, Mahkeme içtihatlarında bu bağlamda ödenmesine hükmedilen miktarlara uygun olmadığını eklemektedir.

49. Mahkeme, başvurana maddi zarar bağlamında 680 EUR ve manevi zarar bağlamında 2.500 EUR ödenmesinin uygun olduğu kanaatindedir.

B. Masraf ve Giderler

50. Başvuran ayrıca, ulusal mahkemeler önünde görülen yargılamaya ilişkin masraf ve giderler için 630 EUR ve Mahkeme önünde görülen yargılamaya ilişkin masraf ve giderler için 1.268 EUR talep etmektedir. Başvuran bu bağlamda Türkiye Barolar Birliği'nin avukatlık hizmetine ilişkin tarife çizelgesini sunmaktadır.

51. Hükümet, başvuranın kendisi ile avukatı arasında imzalanan sözleşmeye ilişkin belgeleri ve avukatına yapmış olduğu ödemeyi gösteren makbuzları sunmadığını açıklamaktadır. Hükümet, avukatlık hizmetine ilişkin masraflar bağlamında talep edilen miktarın, dayanaktan yoksun ve aşırı nitelikte olduğunu eklemektedir.

52. Mahkemenin içtihatlarına göre, bir başvurana yalnızca, masraf ve giderlerinin gerçekliğini, gerekliliğini ve miktarlarının makul niteliğini ispatlaması durumunda, bu masraflar iade edilebilmektedir. Mahkeme, somut olayda kendisine sunulan belgeler ve içtihatları bakımından, avukatlık hizmetine ilişkin talebi, başvuran tarafından bu bağlamda kanıtlayıcı belgelerin sunulmamış olması sebebiyle, reddetmektedir.

C. Gecikme faizi

53. Mahkeme, gecikme faizi olarak, bu tutarlara, Avrupa Merkez Bankasının marjinal kredi faizlerine uyguladığı faiz oranına üç puan eklenerek elde edilecek oranın uygulanmasının uygun olduğuna karar vermiştir.

BU GEREKÇELERLE, MAHKEME, OY BİRLİĞİYLE,

1. Başvurunun kabul edilebilir olduğuna;
2. Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine,
3.
 - a) Davalı Devlet tarafından başvurana, Sözleşme'nin 44 § 2 maddesi uyarınca, kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içerisinde, ödeme tarihindeki geçerli döviz kuru üzerinden Türk lirasına çevrilmek üzere aşağıda belirtilen miktarların ödenmesine:
 - i. Maddi tazminat olarak, ödenmesi gereken her türlü vergi tutarı hariç olmak üzere 680 EUR (altı yüz seksen avro),
 - ii. Manevi tazminat olarak, ödenmesi gereken her türlü vergi tutarı hariç olmak üzere 2.500 EUR (iki bin beş yüz avro),
 - b) Söz konusu sürenin bittiği tarihten itibaren ödeme tarihine kadar, bu tutara Avrupa Merkez Bankasının o dönem için geçerli olan marjinal kredi faiz oranının üç puan fazlasına eşit oranda basit faiz uygulanmasına,
4. Başvurunun geri kalan kısmı için adil tazmin taleplerinin reddedilmesine karar vermiştir.

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

Hasan Bakırcı
Yazı İşleri Müdür Yardımcısı

Robert Spano
Başkan

Bu kararın ekinde, Sözleşme'nin 45. maddesinin 2. fıkrası ve Mahkeme İç Tüzüğü'nün 74. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, Hâkim Pavli'nin sunmuş olduğu ayırık görüş yer almaktadır.

R.S.

H.B.

HÂKİM PAVLİ’NİN SUNDUĞU MUTABAKAT ŞERHİ

(Çeviridir)

1. Başvuranın Cumhurbaşkanına hakaret suçundan cezaya mahkûm edilmiş olmasıyla ilgili olarak kararda açıklanan sonuç ve gerekçeye katılıyorum. Ayrıca ben de, başvuranın Cumhuriyeti ve Devletin güvenlik güçlerini tahkir suçlarından cezaya mahkûm edilmesiyle ilgili olarak, Sözleşme’nin 10. maddesinin ihlal edildiği yönünde oy kullandım, ancak oyumu çoğunluk tarafından bildirilenlerden farklı gerekçelerle kullandığımı belirtmek isterim.

I.

2. Mevcut dava, söz konusu dönemde korunan diğer kurumlar ve kavramlar veya (‘Türklük’ gibi) soyut değerler arasında “(...) Cumhuriyeti (...) veya Devletin güvenlik güçlerini tahkir ve tezyif” etme fiilini de cezalandıran eski Türk Ceza Kanunu’nun (TCK) 159. maddesine dayanılarak açılan kovuşturmalara ilgilidir. 2004 yılında kabul edilen güncel Türk Ceza Kanunu’nun 301. maddesi, çok benzer ifadelerle Cumhuriyetin ve güvenlik güçlerinin aralarında bulunduğu kurumları “tahkir” suçunu cezalandırmaktadır. 2008 yılında yapılan bir değişiklik, “Türklük” kavramının yerine, “Türk Milleti” ifadesi kullanılmıştır.

3. Bu iki hükmün çok açık ve genel olarak yazılışı, ivedilikle Sözleşme’nin 10. maddesinin 2. fıkrasında gerekli görülen ilk kriterle ilgili, yani bu iki maddeye dayandırılan kovuşturma ve mahkûmiyet kararlarının “kanunla öngörüldüğü” kanaatine varılıp varılamayacağına ilişkin sorular doğurmaktadır. Bu konudaki inceleme, beyan edilen yasal dayanağın, öngörülebilir ve keyfi bir başvuruya açık (olup) olmadığını belirlemeye çalışmalıdır. Şüphesiz, ceza mevzuatının, Sözleşme’nin 7. maddesi açısından sorun doğurmayacak kadar, çok açık olmayan formüller içermesi alışılmadık bir durum değildir. Bununla birlikte, bu türden hükümlerin

Sözleşme'nin 10. maddesiyle korunan ifade özgürlüğünü ihlal etmesi söz konusu olduğunda, Mahkeme, ulusal mahkemelerin, daha yüksek bir derecede ve kısıtlayıcı şekilde karar verirken, bu karara, öngörülebilir olan ve keyfi olmayan, meşru ifadeyi “caydırmayan” bir uygulama sağlayan, yeterince açık ve güçlü güvenceleri “dâhil ettiğine” ikna edilmelidir.

4. Mahkeme, birçok defa Türkiye ile ilgili bu bağlamdaki sorunları ele almıştır. Davaların hem ulusal düzeyde hem de burada Strazburg'da incelenmesinin uzun sürmesi sebebiyle, eski TCK'nın 159. maddesine ve yeni TCK'nın 301. maddesine dayanılarak açılan davalar, içtihatlarımızda doğrusal olmayan bir şekilde iç içe geçmiş durumdadır.

5. Başvuranın “Türklüğü” aşağıladığı gerekçesiyle kovuşturulduğu *Altuğ Taner Akçam/Türkiye* davasında (No. 27520/07, §§ 93-96, 25 Ekim 2011), Mahkeme, 301. maddenin, “aşırı geniş ve belirsiz olması ve ifade özgürlüğü kullanımına kalıcı bir tehdit getirmesi” sebebiyle, “kanunun niteliği” gerekliliğini karşılamadığını belirtmiştir. Bununla birlikte kararda, bu hükmün hangi unsurlarının kanunun niteliğini tehlikeye attığı açıkça belirtilmemiştir. Daha yakın tarihte oluşturulan içtihatlar, belki bu konu hakkında ek bir aydınlatma sağlayabilir. Ancak bu içtihatlar da “kanunla öngörülen” bir müdahale gerekliliğine ilişkin bir önceki emsalle ilgili olarak ilginç yön değişikliğine işaret etmektedirler.

6. Mahkeme, 2011 yılında, 301. maddenin, kanunun niteliği gerekliliğini karşılamadığına karar vermiştir, ancak 2010 ve 2017 yılları arasında verilen en az dört kararda, sadece bu hükmün öngörülebilirliğine ilişkin olarak “ciddi şüphelerin” bulunduğunu belirtmeyi ve müdahalenin “kanunla öngörülüp öngörülmediği” sorusunun etrafında dolanmayı tercih etmiştir. Bu dört kararda da, açıkça veya zımnen, başvuranın Sözleşme'nin 10. maddesiyle korunanlar gibi haklarının ihlal edilmesinin, Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrası gereğince bir ya da daha çok meşru amaç izlediği sonucuna varılmasının ardından, söz konusu müdahalelerin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı incelenmiştir.

7. Mahkeme, *Fatih Taş/Türkiye* (No. 5) (No. 6810/09, § 45, 4 Eylül 2018) kararında, TCK'nın 159 ve 301. maddelerine ilişkin “kanunun niteliği” sorusunu yeniden cevaplamaya çalışmıştır. Mahkeme, daha önce, bu iki hükme dayanılarak başlatılan kovuşturmalara ilişkin davalarda en az on üç karar verdiğini ve *Altuğ Taner Akçam*'dan sonraki içtihatlarının gelişimini özetlediğini tespit etmiştir. Mahkeme ardından kararın hüküm kısmında Sözleşme'nin 46. maddesi bağlamında aşağıdaki sonuca varmaya dayanan istisnai bir girişimde bulunmuştur:

“Mahkeme diğer taraftan, somut olayda TCK'nın 159 ve yeni TCK'nın 301. maddelerinin uygulanmasından kaynaklanan ihtilaf konusu ceza davasının, ifade özgürlüğüne uygun olmadığına hükmettiğini gözlemlemektedir. (...) Mahkemenin, (...) bu davada ve benzer yargılamalara ilişkin davalarda varmış olduğu sonuçlar (...), TCK'nın 159 ve yeni TCK'nın 301. maddelerine dayanılarak başlatılan kovuşturmalara ilişkin davalarda Sözleşme'nin 10. maddesiyle güvence altına alınan hakkın ihlal edildiğinin tespit edildiği durumların, *söz konusu hükümlerin Mahkeme içtihadında belirlenen kriterlere uygun olmayan bir şekilde uygulanmasıyla ilgili bir sorundan* kaynaklandığını belirtmektedir. Bu bağlamda Mahkeme, *ilgili ulusal hukukun Sözleşme'nin yukarıda belirtilen hükmüne ve Mahkeme içtihatlarına uygun hale getirilmesinin*, tespit edilen ihlallere son verilmesine imkân verecek, uygun bir icra şekli teşkil edeceği kanaatine varmaktadır” (italik kısımlar eklenmiştir).

Diğer bir deyişle, Mahkeme, ulusal mahkemelerin, sistematik olarak bu maddelerin kötüye kullanımına karşı yeterli güvenceleri vermemeleri hususuyla birlikte, söz konusu maddelerin açık niteliğinin, bu Sözleşme'nin 10. maddesine uygun olmayan bir hale getirdiği kanaatine varmıştır. Mahkeme, davalı Devleti, iç hukukunu Sözleşme'nin 10. maddesine uygun olarak düzenlemeye davet etmiştir.

8. *Fatih Taş* (No. 5) kararında Sözleşme'nin 46. maddesi açısından varılan bu sonuç açıklanmaksızın veya bu sonuca atıfta bulunulmaksızın verilen bu karar, kanunun niteliği konusunda basit “şüpheler” ifade ederek geriye doğru gitmektedir (28. paragraf). Bu aşamada, Sözleşme'nin 10. maddesine ilişkin içtihatlarımızı dikkatli bir biçimde takip eden bir kişinin,

bu şaşırtıcı yön değişiklikleri karşısında biraz kafasının karışmış olmasını hoş görmeliyiz. Ve tüm bu süreç boyunca, iç hukuk değişmemiştir. Dağ peygambere gitmezse, peygamber dağa gitmeli midir?

II.

9. Türk Ceza Kanunu’nun 159 ve 301. maddeleri gibi kanun hükümleri, şu zorlu sorunu ortaya çıkarmaktadır: Herhangi bir demokrasinin temellerine dayanan güncel ya da geçmiş davaların yanı sıra Hükümetin bu sert eleştirisini eleştirmeksizin veya aşağılamayı tamamen bir düşünce suçuna dönüştürmeksizin, Devlet kurumlarının ve yine bazı kavramların veya soyut değerlerin “aşağılanması” nasıl ceza gerektiren bir suç teşkil edebilir? “Aşağılama” kelimesi sadece “haksız veya sert eleştirinin” veya “itibara zarar vermenin” eş anlamlısıdır ve devlet kurumlarının, itibarlı mücadelelerini, ceza mahkemesi hâkimleri önünde değil, normal olarak kamuoyu hâkimlerinin önünde vermesi beklenir. Belki de hala çemberin kuadratürünü çözenin bir yolu vardır, ancak bugün önümüzde bulunan bu dosyada hiçbir unsur, yetkili ulusal makamların ve özellikle ulusal mahkemelerin, böyle bir başarı gösterdiklerini belirtmemektedir.

10. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi’nin talebi üzerine, Venedik Komisyonu, yakın bir tarihte, 2016 yılında yapılan, söz konusu Türk mevzuatına ilişkin bir incelemede bu konuyu ele almıştır. Komisyon, biraz uzun şekilde belirtilmeyi hak eden ifadelerle görüşünü açıklamıştır:

Avrupa Mahkemesi’nin varmış olduğu sonuçlar doğrultusunda, Venedik Komisyonu, yerleşik içtihatların bulunmaması sebebiyle, 301. maddenin birinci paragrafının, öngörülebilirlik kriterlerini karşılayabilmesi için yeterince açık olmadığı kanaatine varmaktadır. Aşağılamanın kamusal bir niteliğe sahip olması gerektiğinin yanı sıra, “aşağılama” ifadesi de açık değildir. Aşağılamanın, söz konusu kanun hükmünde belirtilen değerlere duyulan saygıya zarar vermeyi amaçlayan fiil ve eylemlere dayandığına ilişkin olarak makamlar tarafından (...) yapılan tanım, öngörülebilirlik sorununu da çözmemektedir, zira öncesinde bu hükmün pratikte nasıl uygulanması gerektiğini belirtmeden, sadece tanımda “aşağılama” ifadesi, “saygıya zarar verme” ifadesiyle yer değiştirir. Söz konusu maddenin 3. paragrafının eleştiri

amaçlı bir düşüncenin ifade edilmesinin suç teşkil etmediği hususunun belirtilmesiyle, sorun, tamamen olmasa da kısmen çözülmüştür. “Aşağılama” ve “eleştiri” arasındaki ayrım çizgisi, açık değildir ve bu ayrımın, tamamen mahkemelerin takdirine bırakıldığı görülmektedir. “Aşağılama” ifadesini açıkça tanımlayan yerleşik içtihatlar bulunmadığı sürece, muhtemel kovuşturma ve mahkûmiyet kararları öngörülebilir değildir. Hâlbuki, bu maddede öngörülen cezanın ağırlığı, yani altı aydan iki yıla kadar hapis cezası dikkate alındığında, madde bu yönden özellikle sorunludur.

11. Venedik Komisyonu, görüşün sonuç kısmında, 301. maddeyle ilgili olarak, “bu hükmün yeniden gözden geçirilmesini, ve barındırdığı bütün kavramları daha açık belirtecek şekilde değiştirilmesini, ayrıca bu hükmün uygulamasının, şiddeti ve nefreti teşvik eden konuşmalarla sınırlandırılmasını” tavsiye etmektedir.

12. Tartışmanın bu aşamasında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, ulusal yasaları yürürlükten kaldırma yetkisi olan ulusal bir anayasa mahkemesi olmadığını her zaman hatırlatılır. Buna cevabım basit olacaktır: ilk olarak, görülmeyen bir müdahale, Sözleşme’nin 10. maddesine aykırı bir müdahaledir. İkinci olarak, söz konusu müdahalenin kendisi de 10. maddeye uygun olmayan bir hukuki çerçeve tarafından öngörülmesi durumunda, bu konu bir durumdan diğere göre çözülemez. Bu türden bir müdahalenin meşru bir konuşma üzerindeki caydırıcı etkisi, ulusal makamlar, bu sansür etkisini sistematik olarak etkisiz hale getirmenin yollarını buldukları konusunda bu Mahkemeyi ikna edene kadar, 10. madde bakımından hoş görülemez.

13. Sonuç olarak, bu türden bir müdahalenin meşru bir amaç izleyip izlemediğini veya demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını incelemek gerekli değildir ve hatta güncel bağlamda bence haksızdır. Sözleşme’de veya genel olarak “temel hak ve özgürlükleri tanıma” faaliyetinde, bu Mahkemenin yedi başlı Hidra’ya karşı sonsuz bir mücadeleye girmesini gerektiren hiçbir şey yoktur.