



AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

Necmettin ERBAKAN - TÜRKİYE DAVASI

(Başvuru no: 59405/00)

KARARIN ÇEVİRİSİ

STRAZBURG

6 Temmuz 2006

İşbu karar Sözleşme'nin 44 § 2. maddesinde belirtilen koşullar çerçevesinde kesinleşecek olup şekli bazı düzeltmelere tabi tutulabilir.

Erbakan Türkiye davasında,

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Birinci Daire),

C.L. ROZAKİS, *Başkan,*
R.TÜRMEN,
P.LORENZEN,
N.VAJIC,
S.BOTOUCAROVA,
A.KOVLER,
E.STEİNER, *hakimler,*

ve S.QUESADA, *zabıt katibi yardımcısı* olmak üzere Daire olarak 15 Haziran 2006 tarihinde toplanarak görüşükten sonra,

Bu tarihte alınan ve aşağıda yer alan kararı almıştır:

USUL İŞLEMLERİ

1. Türkiye Cumhuriyeti aleyhine açılan (59405/00) başvuru no'lu davanın nedeni, bu ülke vatandaşı Necmettin Erbakan'ın 26 Temmuz 2000 tarihinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 34. maddesi uyarınca yapmış olduğu başvurdur.

2. Başvuran, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) önünde Strazburg Barosu avukatlarından L. Hincker tarafından temsil edilmektedir.

(...)

OLAYLAR

I. DAVA KOŞULLARI

8. Başvuran 1926 doğumlu, T.C. vatandaşı olup Ankara'da ikamet etmektedir. Siyasetçi ve eski Başbakan'dır. Olayların meydana geldiği dönemde, Anayasa Mahkemesi tarafından laiklik karşıtı faaliyetler yürüttüğü gerekçesiyle 16 Ocak 1998 tarihinde feshedilen Refah Partisi'nin («*Refah*») Genel Başkanı idi.

9. 25 Şubat 1994 tarihinde, Yerel Seçim kampanyası sırasında başvuran Türkiye'nin güneydoğusunda Bingöl'de halka açık düzenlenen bir toplantı sırasında konuşma yapmıştır. Bu konuşma resmi bir kayda konu olmamıştır.

10. Hükümet, sözkonusu sözlerin sarf edildiği bölgede o dönemde hüküm süren duruma dikkat çekmektedir. Coğrafi konum olarak, Bingöl ili Türkiye'nin güneydoğusunda, terörist eylemlerin o tarihte sıkça meydana geldiği bölgenin merkezinde yer almaktadır. Bu şehir aynı zamanda, birçok terörist saldırı düzenleyen aşırı İslamcı terör örgütü Hizbullah'ın üssü konumundadır. Üstelik bu konuşma, kundaklama sonucu otuz üç kişinin ölümüne neden

olan Sivas olaylarından altı ay sonra yapılmıştır. Bunun yanı sıra, bölge halkı köktendinci hareketlerin benzer elem verici pek çok eyleminin kurbanı olmuştur.

11. 2 Temmuz 1998 tarihinde Cumhuriyet Savcısı, Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi (DGM) önünde TCK'nın 312 § 2. maddesinde tanımlanan suç kapsamında başvuran hakkında ceza davası açmıştır. Cumhuriyet Savcısı, başvurunu bu konuşma esnasında halkı dine, etnik kökene ve bölge ayırımına dayalı olarak kine ve düşmanlığa tahrik etmekle suçlamıştır. Cumhuriyet Savcısı, bu konuşmanın kayıtlı olduğu video kasetini («1 no'lu kaset») kanıt mahiyetinde sunmuştur. Bu kaset 6 Ağustos 1997 tarihinde bir vakıfta yapılan arama sırasında ele geçirilmiştir. Hazırlanan iddianamede yer aldığı şekliyle konuşma metni aşağıdaki gibidir:

“(…) Allah'ın izni ile çile devri bitti, zulüm bitti. Türkiye'de Rusya'dan büyük bir devrim oldu. Nasıl Rusya'da komünizm çöktüyse Türkiye'de de batı taklitçiliği, gavur aşıklığı çöktü. Bu çok büyük bir hadise. Bak! Allah'ın izni ile 27 Mart'a bir ay kaldı.

(…) Bu faizci düzen, bu insanı ezen düzen mutlaka değişecek. Allah'ın izni ile, en geç Ekim 1994'te büyük seçim yapılacak ve Refah Partisi ezici bir çoğunlukla Parlamente'ye girecek. Bir devir kapanacak, yepyeni bir devir başlayacak inşallah.

(…) Birinci gerçek şu; artık bu ülkede 12 tane parti yok. İki tane parti var. Hak ve batıl. Hakkı temsil eden Bingöllü kardeşimin imanını temsil eder. Onun kendi partisi, bu partinin adı Refah Partisi'dir. Peki öbür parti hangisi? Diğerleri, diğerleri ne demek diğerleri? Refah Partisi'nin dışındakilerin hepsi batıldır, hepsi bir tek parti sayılır. Çünkü bunlar gavur aşığı, bunlar bağımsız değil, batıya bağlı, talimatı oradan alıyorlar, bizim halkımızı eziyor. Bunların hepsi faizci, hepsi sömürücü, hepsi ezici ve de üstelik biz İslam alemini bırakacağız, Hristiyanlarla beraber olacağız, kanunlarımızı gavurlar yapacak, bizi onlar idare edecek, ortak pazara gireceğiz daha iyi olacak, diyecek kafadan insanlar. Elbette bu ülkenin imanlı insanları bunların arkasına gitmezdi, Allah'a şükürler olsun devirleri bitti.

(…) Bir devir kapanacak, yeni bir devir açılacak inşallah.

(…) İşte Bingöllü kardeşlerim, bakınız bunlar, bu Avrupa taklitçileri elli sene evvel ortaya çıktılar, bu ülkenin evlatlarına ne dediler? Dininizi bir tarafa bırakacaksınız, arkamıza düşeceksiniz. Ne olacak? Size dünyalık vereceğiz. Bu memleketin insanları elli sene sabırla bekledi. Otuz senede, Almanya kuruldu, otuz senede Japonya kuruldu, bunlar elli sene, elli sene sonra ne yaptı? On bir milyon işsiz, beş buçuk milyon asgari ücret, dört milyon ölüme terk edilmiş emekli. İşte getirdikleri bu (...).

(…) İşte Bingöllü kardeşlerim, bak bu ülkenin aziz evlatları, tam elli sene sabrettik, her seçime gittik, ya bu sefer şu işi değiştirelim dedik. Ama baktık ki oyuncu değişiyor, tiyatro, piyes değişiyor.

(…) Bu 27 Mart'ta oyuncuyu değil, tiyatroyu değil, piyesi değil, dünyayı değiştireceğiz Allah'ın izni ile (...).

Bak hemen kısaca açıklayayım, onlar diyorlar ki biz adil düzeni anlamıyoruz, sizin tahsiliniz yetmiyorsa biz ne yapalım? Siz tersine okumuşsunuz. Hep gavur etkili mekteplerde okumuşlar, okudukları tersine. Faizden hayır gelir zannediyorlar. Kafaları bu (...).

(…) Bunlar faizci. Ah! Bunlar bizim yüce dinimizden ders alabilseler! Kulakları kapalı, kalpleri mühürlü.

(…) Bu terör belası da aynen taklitçiler yüzünden başımıza gelmiştir. Ne yazık ki, bunlar da bunu düzeltemez. Neden mi? Bak bu Çiller hanım geldi [dönemin Başbakanı], Sayın Erbakan terörü

nasıl önleyeceğiz? Ne soracağınızı bildiğim için ben de listeyi hazırladım. Önüne on iki maddelik bir reçete koydum. Bak dedim ilaç burada, ama siz bunu tatbik edemezsiniz. Neden mi? (...) önce terörü destekleyen Amerikan çekiç gücünü atacaksın. Sen atamazsın, çünkü sen Amerika'ya bağılısın. Sonra bütün Güneydoğumuzu felç eden Irak ambargosunu kaldıracaksın. Kendi diyor yirmi milyar dolar zarar var. Bak otuz bin kamyon burada çürüyor. Bir tane dükkandan bir tane alışveriş yapılmıyor. Yirmi milyar dolar zararın var. Iraklılar da Müslümanlar. Onların bütün ihtiyaçlarını buradan gönderelim ekonomimiz kalkınsın. Yapamazsın ki (...) Terörün ortadan kaldırılmasının birinci şartı İslam kardeşliğinin icrasıdır (...).

Kendisine şu misali verdim, dedim ki bu ülkenin evlatları asırlar boyu mektebe başlarken besmeleyle başlarlar. Siz geldiniz bu besmeleyi kaldırdınız. Ne koydunuz yerine: Türküm, doğruyum, çalışkanım. Sen bunu söyleyince öbür taraftan da Kürt kökenli bir Müslüman evladı “ben de Kürdüm, daha doğruyum, daha çalışkanım” deme hakkını kazandı (...)

1400 yıl tek vücut, tek kalp herkes birbirine vücudunu siper etti. Bu ülkede hangi kökensin diye kimse kimseye sormazdı, çünkü hepsi Müslüman evladıydı. Onun için ilaç budur. Ama bunu ancak Refah partisi gerçekleştirebilir. Neden? Çünkü adil düzende herkese inanç hakkı verilir, herkes kendi ananesi, örfüne göre yaşayacak, herkes kendi ibadetini rahatça yerine getirecek. Bunlar başörtüsüne bile müsaade etmiyor hala. Adil düzende, herkes inandığı yolda örgütlenecek beraber çalışacak, herkes kendi dinini tedris edecek. Herkes bütün insan haklarını kullanacak. Anasından doğduğu dil neyse elbette o dili kullanacak. Bunlar en tabi insan hakkıdır.

(...) İşte bundan dolaydır ki, ülkede huzur, barış, kardeşlik yalnız adil düzenle olur. Biz 1400 yıl böylesine hürriyet içerisinde mesut bir şekilde yaşadık. Gene öyle olacağız Allah'ın izniyle.

Muhterem Bingöllü kardeşlerim, bakınız bunlar gavur aşığı olduğu için dış politikayı da mahvettiler.

(...) O meclis yarın inananların eline geçecek, bütün bu haklar kan dökülmeden verilecek, işte güzel yol bu.

(...) Bu terörden en fazla ızdırap çeken Güneydoğumuzdur. Çünkü iki yaşında çocuğu yatakta katledildi. Öbür taraftan köylerimiz yakıldı, mezralarımız boşaltıldı. Milletvekillerimiz her zaman bu zulümlerin fotoğraflarını getirdi. Şahitsiniz televizyonlarda her zaman Demirel'in önüne koydu. Bak! Sen halkımıza zulüm ediyorsun. Kendi adamlarını ıslah et. Halka böyle muamele edilmez. Hata ettiler. Ama bunun düzeltilmesinin yolu hakta birleşmektir.

(...) 27 Mart'ta Allah'ın izni ile bunu yapacağız ve kurtulacağız. Oyumuzu Refah Partisi'ne vermekle bir taşla iki kuş vuracağız. Birincisi ülkeyi felaketlerden kurtaracağız, ikincisi Hristiyanlara uşak olmayacağız, dünya İslam birliğini kuracağız (...)

(...) Bunun için, hakkı hakim kılmak için çalışacağımıza söz vererek kapatıyoruz. Şu ellerinizi kaldırın! Bu dertlerden kurtulmanın çaresi bu. Hakkı hakim kılacağız. Bunun için çalışacağımıza söz vererek, Bingöl'ümüzün saadet ve selameti için, bugünkü faizci düzeni bir an evvel değiştirmek için adil düzeni bir an evvel kurmak için, Bosna'yı kurtarmak için, Azerbaycan'ı kurtarmak için, Kudüs'ü kurtarmak için, Hristiyan birliği değil, İslam birliği için bütün gücümüzle çalışacağımıza söz veriyoruz.”

12. 5 Eylül 1998 tarihinde, iki sivil, bir askeri hakimden oluşan DGM heyeti önündeki duruşmada başvuran savunmasını sunmuştur. Bingöl'de yerel seçim kampanyası sırasında halka açık bir konuşma yaptığını kabul etmiştir. Bununla birlikte, bu söylemde halkı kine ve nefrete tahrik eden hiçbir hususun bulunmadığını, ayrıca Mahkeme'ye sunulan bu kaydın konuşmanın içeriğini tam olarak yansıtmadığını ve aleyhinde delil olarak kullanılamayacağını ileri sürmüştür. Başvuran, olayların ardından beş yıldan fazla bir süre geçmiş olduğundan,

davanın zaman aşımına uğradığını savunmuştur. Başvuran ayrıca, bu görüşlerin Türkiye Büyük Millet Meclisi'ndeki görüşmeler sırasında da dile getirilmiş olduğunu ve Anayasa tarafından öngörülen dokunulmazlık kapsamında yer aldığını iddia etmiştir. Ayrıca, TCK'nın 312'inci maddesinde tanımlanan suçun oluşmadığını ve iddianamede yer alan konuşmanın hiçbir surette kini ve düşmanlığı teşvik etmediğini ifade etmiştir. Başvuran konuşmasında, Refah Partisi'nin diğer siyasi partilere göre farkının altını çizdiğini, tefecilik düzenini eleştirdiğini, kardeşlik çağrısında bulunduğunu ifade etmiştir. Başvuran son olarak AİHS'nin 10. maddesinin öngördüğü güvenceyi dile getirmiştir.

13. DGM, 21 Ekim 1998 tarihli ara kararı ile 1 no'lu video kasetin doğruluğunun bir bilirkişi tarafından incelenmesine karar vermiştir.

14. 4 Aralık 1998 tarihinde uzman Bayan Toz, Bay Günel ve Bay Bayrak tarafından hazırlanan rapor dava dosyasına eklenmiştir. Raporda, hazırlanan kaydın orijinaline uygun olduğu ve sözkonusu kasete müdahale edilmediği sonucuna varılmıştır.

15. 10 Şubat 1999 tarihli görüşünde başvuran, daha önceki savunmasını yinelemiş, zaman aşımı iddiasına dayanak olarak Prof. Bahri Öztürk tarafından hazırlanan raporu sunmuştur. Türk Mahkemeleri'nin yerleşik içtihadına atıfta bulunan başvuran, bir kez daha video kasetlerin delil olarak kullanılamayacağını altını çizmiştir. Başvuran, 14 Aralık 1998 tarihinde hazırlanan bilirkişi raporu sonuçlarına karşı çıkarak, kasetin 31 Ekim 1997 tarihinde kaydedildiğini ileri sürmüş ve yeni bir bilirkişi tayin edilmesini talep etmiştir.

16. 10 Şubat 1999 tarihli iddianamesinde, Cumhuriyet Savcısı başvuranın mahkumiyetini talep etmiştir.

17. Aynı gün gerçekleşen duruşmada, yeni bilirkişi talebi DGM tarafından reddedilmiştir.

18. 3 Mart 1999 tarihli ara kararıyla DGM, bir yandan 1 no'lu kasetin üretim tarihinin bildirilmesinin üreticisinden talep edilmesini, diğer yandan Bingöl Valiliği'nden 25 Şubat 1994 tarihinde yapılan konuşmaya ilişkin kaydın varlığını teyit etmesini veya bu iddiayı çürütmesini talep etmeyi kararlaştırmıştır.

19. Bingöl Valiliği 22 Mart 1999 tarihinde, 25 Şubat 1994 tarihinde yapılan konuşmanın herhangi bir kaydının olmadığını doğrulamıştır.

20. 1 no'lu kasetin imalatçısı bu kasetin başvuran tarafından belirtilen tarihte üretildiğini teyit etmiştir. Bunun üzerine DGM, 1 no'lu kaseti sunan Ankara Cumhuriyet Savcılığı'na başvurmuştur. Savcılık, sözkonusu kasetin orijinal kayıt olmadığı yanıtını vererek başka bir video kaseti sunmuştur («2 no'lu kaset»).

21. 18 Haziran 1999 tarihinde, Türkiye Büyük Millet Meclisi, Anayasa'nın 143. maddesini değiştirerek askeri hakimleri Devlet Güvenlik Mahkemelerinden çıkarmıştır. DGM'lerin yapısına ilişkin, 22 Haziran 1999 tarihli Kanun'la gerçekleştirilen değişikliklerle, Erbakan davasında o tarihe dek görevli askeri hakimden yerini sivil hakim almıştır.

22. Başvuran, 5 Temmuz 1998 tarihinde, üç sivil hakimden oluşan DGM'ye sunduğu savunmasında, 1 no'lu kasedin hileli bir kopya olduğu gerekçesiyle kanıt olarak dikkate alınmamasını istemiştir.

23. DGM, 2 no'lu kasedin bilirkişi incelemesini talep etmiştir.

24. Üniversite profesörleri olan Sn. Çavuşoğlu, Sn. Hızal ve Sn. Çakıloğlu'ndan oluşan heyet, 2 Aralık 1999 tarihinde hazırladıkları bilirkişi raporunu sunmuşlardır. Raporda, 1 no'lu kasedin 2 no'lu kasedin kopyası olamayacağı sonucuna varılmıştır. Ayrıca, iki kaset arasında bazı farklar olduğu tespit edilmiştir.

25. Cumhuriyet Savcısı, 7 Şubat 2000 tarihli iddianamesinde, Mahkeme'den sunulan deliller ışığında başvuranın mahkum edilmesini talep etmiştir.

26. 21 Şubat 2000 tarihinde başvuran, iki kasetin de orijinal olmadığını belirlendiğini savunmuştur. Buna göre, bilirkişi incelemesinde, kasetlerde değişiklik yapılmış olabileceği reddedilmemiş, kayıttaki sesin kime ait olduğunu kesin olarak anlamının mümkün olmadığı, dolayısıyla iki kasetin de bertaraf edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Başvuran ayrıca, bu doğrultudaki yasa uyarınca, yalnızca hakim gözetiminde kaydedilen video kasetlerin adli kanıt olarak değerlendirilebileceğini iddia etmiştir.

27. Başvuran, 7 ve 8 Mart 2000 tarihli savunmalarında daha önceki ifadelerini yinelemiştir. Halka açık olarak yapmış olduğu konuşmanın, Bingöl Valiliği'ne resmi rapor hazırlayan bir Valilik görevlisi tarafından dinlendiğini belirtmiştir. Hazırlanan bu raporun ilgili bölümleri aşağıdaki gibidir:

“(…) Refah Partisi başkanı Necmettin Erbakan konuşmanın yapılacağı alana saat 11:05'te gelmiştir. 25–30 dakika süren konuşmasında, siyasi ve ekonomik konulara değinmiştir. Konuşma kanunlara uygun olarak yapılmıştır.”

28. 10 Mart 2000 tarihli duruşmada DGM, başvurana söz hakkı vermiş, ardından kararını açıklamıştır. DGM, başvurana, hakkında yapılan ithamlardan suçlu bularak, bir yıl hapis ve 220.000 Türk Lirası para cezasına çarptırmıştır.

29. DGM, gerekçelerinde ilk olarak, suçun TCK'nın 312 § 2. maddesi kapsamında olduğunu ve seçim kampanyası sırasında işlenmiş olmasının mümkün olduğunu kaydetmiştir. Sözkonusu suç için öngörülen zamanaşımı süresinin beş yıl olduğu dikkate alındığında, zaman aşımına ilişkin savunmanın kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Mutlak bir dokunulmazlık olduğu yönündeki iddiaya gelince, DGM, suç unsurunu oluşturan söylemin içeriğinin, Türkiye Büyük Millet Meclisi'ndeki görüşmeler sırasında dile getirilen konuşmalardan farklı olduğu tespitinde bulunmuştur. Video kayıtlarının delil olarak kabul edilip edilmeyeceği ile ilgili olarak ise Mahkeme, sözü edilen kasetteki görüntüler ile sesler arasındaki uyum dikkate alındığında, meşru olarak bir vakıfta gerçekleştirilen aramalar sırasında elde edilen kaydın, orijinalinden kaydedilmiş olmasının mümkün olabileceğini belirtmektedir. Kasetlere güvenlik güçlerinin müdahalede bulunduğu iddiaları reddedilmiştir. Diğer yandan, bahse konu konuşmalar yazılı ve görsel basında yayınlanmıştır. DGM, sanık tarafından yapılan bir konuşmada, Valilik görevlisinin bu vesileyle hazırlamış olduğu raporun, içeriği tam olarak yansıtmadığı kanısındadır. Sonuç olarak, kasetlerde kayıtlı konuşmaların, sanık tarafından 25 Şubat 1994 tarihinde, Bingöl'de düzenlenen toplantı esnasında yapıldığına kanaat getirilmiştir.

30. DGM, suçu oluşturan beyanın etnik kökene ve dine dayalı ayrımcılığı esas alarak, kini ve düşmanlığı teşvik edip etmediği hususu ile ilgili olarak konuşmanın aşağıda yer alan bölümlerine yer vermiştir:

“(...) Birinci gerçek şu; artık bu ülkede 12 tane parti yok, İki tane parti var. Hak ve batıl. Hakkı temsil eden Bingöllü kardeşimin imanını temsil eder. Onun kendi partisi, bu partinin adı Refah Partisi’dir. Peki öbür parti hangisi? Diğerleri, diğerleri ne demek diğerleri? Refah Partisi’nin dışındakilerin hepsi batıldır, hepsi bir tek parti sayılır. Çünkü bunlar gavur aşığı, bunlar bağımsız değil, batıya bağlı, talimatı oradan alıyorlar, bizim halkımızı eziyor. Bunların hepsi faizci, hepsi sömürücü, hepsi ezici ve de üstelik biz İslam alemini bırakacağız, Hıristiyanlarla beraber olacağız, kanunlarımızı gavurlar yapacak, bizi onlar idare edecek (...).

Mahkeme, mezkur bölümlerde, ilgilinin dine dayalı olarak «inanenlar» ve «inanmayanlar» arasında ayrımcılık yaptığına dikkat çekmiştir.

31. Mahkeme ayrıca, aşağıda yer alan bölümlere yer vermiştir:

“Kendisine şu misali verdim, dedim ki bu ülkenin evlatları asırla boyu mektebe başlarken besmeleyle başlarlar. Siz geldiniz bu besmeleyi kaldırdınız. Ne koydunuz yerine: Türküm, doğruyum, çalışkanım. Sen bunu söyleyince öbür taraftan da Kürt kökenli bir Müslüman evladı “ben de Kürdüm, daha doğruyum, daha çalışkanım” deme hakkını kazandı (...)

32. DGM, konuşmada yer alan bu bölümlerin, etnik kökene dayalı bir ayrımcılıkla kini ve düşmanlığı tahrik etme olarak değerlendirilmesi gerektiği tespitini yapmıştır. Mahkeme ayrıca konuşmanın Bingöl’de yapıldığını gözlemlemiştir. O dönemde meydana gelen olaylar dikkate alındığında, ilgilinin ifade özgürlüğü sınırlarını aştığını ve bu söylemlerin seçim kampanyası aracı olarak kullanılamayacağını vurgulamıştır.

33. Başvuran Yargıtay’da temyize gitmiştir. Temyiz dilekçesinde, ilk Derece Mahkemesi’nin kanıt unsurlarını değerlendirmesine ve özellikle kasetlerde kayıtlı konuşmanın içeriğine karşı çıkmıştır. Başvuran, ceza davasının düşmüş olması gerektiğini de öne sürerek, yüksek mahkemenin 10 Mart 2000 tarihli kararı bozmasını ve halka açık duruşma yapılmasını talep etmiştir.

34. Yargıtay, açık duruşma talebini, 5 Temmuz 2000 tarihinde, CMUK’un 318. maddesi uyarınca reddetmiş ve kararda yer alan gerekçelerin yasalara ve yargılama usulüne uygun olduğuna kanaat getirerek DGM’nin kararını onamıştır. Yargıtay’ın kararında aşağıdaki hususlara yer vermiştir.

“(...) Sanık, partisi dışındaki tüm partileri batıl, gavur aşığı partiler olarak niteleyip, faizci sistemi savunduklarını ileri sürmüştür. Devletin demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olduğunu ve Anayasa’nın 66. maddesi hükmüne göre devlete vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkesin Türk olduğunu bilmesine karşın, bu partilerin Kuran’a göre Allah’a harp ilan ettiklerini belirtmiştir. Terörün ortadan kalkmasının birinci şartının İslam kardeşliği olduğunu vurgulamıştır. “Ülkenin evlatlarının asırlar boyu mektebe başlarken besmeleyle başladığı halde siz geldiniz bu besmeleyi kaldırdınız... Ne koydunuz yerine? Türküm, doğruyum, çalışkanım. Sen bunu söyleyince öbür taraftan Kürt kökenli bir Müslüman evladı “Öyle mi, ben de Kürdüm, daha doğruyum, daha çalışkanım” deme hakkını kazandı.” diyerek halkı din, ırk ve bölge farklılığı gözeterek açıkça kin ve düşmanlığa tahrik ettiği anlaşılmaktadır. Yaptığı konuşma bir bütün olarak ele alındığında, Türk Ceza Kanunu’nun 312 § 2. maddesinde tanımlanan suçun oluşturmada ve ilk derece mahkemesinin suç vasfının tayininde ve uygulamasında bir isabetsizlik görülmediği anlaşılmaktadır. Yapılan duruşmaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, Mahkeme’nin tahkikat neticelerine uygun olarak tecelli eden kanaat ve takdirine göre sanığın yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle hükmün istem gibi onanmasına karar verildi (...)

35. Devlet Güvenlik Mahkemesi, 3 Ocak 2001 tarihli kararla, 4454 ve 4616 sayılı Kanun’ların uygulanmasına istinaden, başvuranın cezasının ertelenmesine karar vermiştir.

36. 27 Nisan 2005 tarihinde, Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi, infazın ertelenme tarihinden itibaren 3 yıllık süre içerisinde başvuranın suç işlemediği anlaşıldığından, mahkumiyet hükmünün vaki olmamış sayılmasına karar vermiştir. Bu kararla başvuranın sicil kayıtları temizlenmiş ve sözkonusu takibe ilişkin getirilen yasaklar kaldırılmıştır.

37. Başvuran 27 Nisan 2005 tarihinde kararın temyizine gitmiştir. Ceza davasının zaman aşımına uğradığına ilişkin dava halen Yargıtay’da devam etmektedir.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMA

38., 39., 40.,41., 42. sayılı paragraflarda, Türk Ceza Kanunu’nun 312 § 2. maddesi, 3 Eylül 1999 tarihli 4454 sayılı Kanun’un 1. ve 2. maddeleri açıklanmaktadır.

HUKUK AÇISINDAN

I. AİHS’NİN 10. MADDESİ’NİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

43. Başvuran, Türk Ceza Kanunu’nun 312. maddesi uyarınca mahkum edilmesinin, AİHS’nin 10. maddesini ihlal ettiğini iddia etmektedir. AİHS’nin 10. maddesi aşağıdaki gibidir:

“1. Herkes görüşlerini açıklama ve anlatma özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerir.

2. Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığın sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalar ve yaptırımlara bağlanabilir”.

44. Taraflar, mevcut davada alınan tedbirlerin başvuranın ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale olarak incelenmesine itiraz etmemektedirler. “Kanunla öngörülmesi”, 10. maddenin 2. paragrafında yer alan meşru amaçlardan bir ya da birkaçını amaçlaması ve “demokratik bir toplumda zorunlu olması” haricinde bu türden bir müdahale AİHS’nin 10. maddesine aykırıdır.

A. “Yasayla öngörülmek”

45. Başvuranın, Türk Ceza Kanunu’nun 312. maddesi uyarınca mahkum edildiği dikkate alındığında, bu müdahalenin “yasayla öngörüldüğü” konusu tartışma götürmemektedir.

B. Meşru Amaç

46. Söz konusu müdahalenin kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, ahlakın korunması ve özellikle de başkalarının haklarının korunması gibi meşru amaçlar taşıdığı konusunda herhangi bir şüphe bulunmamaktadır.

C. “Demokratik bir toplumda zorunluluk”

1. Tarafların savları

47. Hükümet, başvuranın herkes tarafından tanındığı hususunu dile getirmektedir: başvuran, otuz yıldır Türk siyasi hayatında önemli bir rol oynamaktadır. İlk olarak, 1970 yılında MNP’yi (Milli Nizam Partisi) kurmuştur. Bu parti ile Türkiye Cumhuriyeti’nin laik yapısına karşı bir mücadele başlatmıştır. Parti, laiklik karşıtı eylemlerin merkezi olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi tarafından 20 Mayıs 1971 tarihinde kapatılmıştır. Başvuran daha sonra, aynı fikirlerden yola çıkarak, dönemin diğer bütün siyasi partileri gibi 1980 yılında kapatılan MSP’yi (Milli Selamet Partisi) kurmuştur. Başvuran, 25 Eylül 1987 tarihinde Refah Partisi başkanı seçilmiştir. Refah Partisi, 1996 yılında düzenlenen genel seçimler sonrasında koalisyon hükümeti kurmuştur. 8 Temmuz 1996 tarihinde, başvuranın başkanlığındaki Hükümet güvenoyu almış ve başvuran 1997 yılının Temmuz ayına kadar Başbakanlık yapmıştır. Son olarak, Refah Partisi, laikliğe aykırı eylemlerde bulunduğu gerekçesiyle 16 Ocak 1998 tarihinde Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılmıştır.

48. Hükümet ayrıca, siyasi İslam’ın ciddi bir tehdit oluşturduğunu ve dava konusu konuşmanın, yapıldığı dönemde hüküm süren durum dikkate alındığında, Türk Devleti ve toplumu için “güncel bir risk” ve “yakın tehlike” arz ettiğini ifade etmektedir. Bununla ilgili olarak, Hükümet, siyasi İslam’ın insan haklarına dayalı demokratik bir rejim için tehdit oluşturması halinde, demokratik rejimin, kendisini korumak adına bir takım tedbirler alma hakkına sahip olduğunu ifade etmektedir. Kendisini yok etmeyi amaçlayan her türlü siyasi oluşumun karşısında duran demokratik bir sistem olan “Militan demokrasi”, iki savaş arasında, neredeyse serbest sayılabilecek seçimlerle iktidara gelen faşizm ve nasyonal sosyalizm akımlarıyla Almanya ve İtalya’nın yaşadığı tecrübelerden doğmuştur. Hükümet’e göre, militan demokrasi, vazgeçilmez unsurlarından biri olan siyasi partilerin, demokratik ilkelere ve buna bağlı olarak da laiklik ilkesine bağlılığını gerekli kılmaktadır. Militan demokrasi kavramı ile dernek kurma ve ifade özgürlüğünü kötüye kullanan siyasi oluşumların kapatılabilmesi, Avrupa Devletleri’nin anayasalarında yer almaktadır (örneğin, İtalyan Anayasası’nın 18. maddesi ile geçici XII. maddesi ve Almanya Temel Kanunu’nun 9. maddesinin 2. , 18. bentleri ile 21. maddesinin 2. bendi).

49. Devlet Güvenlik Mahkemesi kararında yer alan ifadelere dayanan Hükümet, başvuranın, hak ile batıl olarak iki kısma atıfta bulunarak bir dine ait olma düşüncesine dayanan ayrımcılığı beslediğini ifade etmektedir. Hükümet, aynı zamanda, “Kürt kökenli Müslüman çocuk” gibi ifadelerle yer verilerek etnik kökenden bahsedilen kısımların, Devletin toprak bütünlüğünü ve üniter yapısını tehlikeye düşürecek ifadeler içerdiği kanaatindedir.

50. Hükümet, verilen cezanın infazının ertelendiği dikkate alındığında, söz konusu müdahalenin AİHS’nin 10 § 2. maddesi uyarınca orantılı olduğu kanaatindedir. Bu müdahale, kaçınılmaz bir sosyal zorunluluk ve sosyal bir toplumda gereklilik arz etmekteydi.

51. Başvuran, Hükümet'in savlarına karşı çıkmaktadır. Başvurana göre, video kasetlerin orijinal olup olmadığı konusunda şüphelerin olması nedeniyle, dava konusu konuşmanın, Ankara Cumhuriyet Savcılığı'na sunulduğu şekliyle, 25 Şubat 1994 tarihinde yapmış olduğu konuşma olduğunun ifade edilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, ulusal yargıya sunulduğu şekliyle bir konuşma yaptığı varsayılrsa bile, bu konuşma, din ve ırk farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik etmemektedir. Yerel seçimlerde, seçim kampanyası çerçevesinde bizzat kendisi tarafından yapılan konuşmalar, topluma bakış açısına ilişkin düşüncelerinin ifade edilmesinden başka bir şey değildir. Bir siyasetçi olarak başvuran, olayların meydana geldiği dönemde yönetimde olan Hükümet'ten farklı bir bakış açısına sahiptir. Konuşmanın, ulusal mahkemeler tarafından Türk Ceza Kanunu'nun 312. maddesinin ihlal edildiğinin tespit edilmesine neden olan kısımları, ifade özgürlüğü güvencesi kapsamında, azınlık fikirleri hatta kışkırtıcı fikirler dile getiren kısımlar olarak değerlendirilebilir.

52. Başvurana göre, genel olarak değerlendirildiğinde, dava konusu konuşma hiçbir şekilde Bingöl halkını isyana teşvik etme amacı taşımamaktaydı. Konuşmanın amacı, yalnızca toplumda var olan sorunları gündeme getirmek ve bu çerçevede Kürt sorununu ele almaktı. Bu bağlamda, konuşma siyasi bir tartışma kapsamındadır.

53. Bununla birlikte, konuşmanın yapıldığı tarihten birkaç ay öncesine kadar bu bölgede olayların meydana gelmiş olması başvuranın mahkum edilmesini haklı kılmamaktadır.

54. Başvuran, dava konusu konuşmanın tehlike oluşturduğu ve kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesiyle bağlantılı tehlikeler içerdiği savıyla ilgili olarak, ceza soruşturmasının hangi sebeple olayların meydana geldiği tarihten beş yıl sonra başlatıldığını sormaktadır. Başvurana göre, bu süre, alınan tedbirin amaçla orantılı olduğunun değerlendirilmesini mümkün kılmamaktadır. Zaten, olayların meydana geldiği tarihten beş yıl sonra, bir yıl hapis ve 220.000 Türk Lirası para cezasına mahkum edilmesi ancak radikal bir karar olarak nitelendirilebilir.

2. AİHM'nin değerlendirmesi

a) İlgili ilkeler

55. AİHM, AİHS'nin 10. maddesine ilişkin kararlarında yer alan temel ilkeleri hatırlatmaktadır:

i. İfade özgürlüğü her demokratik toplumun zorunlu temellerinden ve toplumun ilerlemesi ve her bireyin gelişmesi için gerekli temel şartlardan birini teşkil etmektedir. 10. maddenin 2. paragrafı saklı kalmak kaydıyla, ifade özgürlüğü zararsız veya kayıtsızlık içeren “bilgiler” ve “fikirler” için değil, aynı zamanda kırııcı, şok edici veya rahatsız edici olanlar için de geçerlidir. (*Handyside-Birleşik Krallık*, 7 Aralık 1976 tarihli karar, A serisi no: 24, s. 23, §49).

ii. Sözü edilen 10. maddenin 2. paragrafında da teyit edildiği gibi, birinci paragrafta ifade edilen hak ve özgürlüklerden faydalanan her kimse “görev ve sorumluluklar” üstlenmektedir. Bunlardan (görev ve sorumluluklar), düşünce ve dini inanç bağlamında, başkalarını küçük düşürücü ve haklarına müdahale teşkil edebilecek ve o noktada insanlık için kat edilen gelişmeleri desteklemeyecek türden ifadelerden mümkün olabildiğince kaçınılması

zorunluluğu anlaşılabilir (Bkz. *mutatis mutandis*, *Otto-Preminger-Institut-Avusturya*, 20 Eylül 1994 tarihli karar, A serisi no:295-A, s. 18-19, § 49, ve *Wingrove-Birleşik Krallık*, 25 Kasım 1996 tarihli karar, *Derleme Hükümler ve Kararlar* 1996-V, s. 1956, §52). Bunun dışında, ahlak ve özellikle de din alanında kişisel inançlara zarar verebilecek nitelikteki sorularla ilgili olarak, ifade özgürlüğünün düzenlenmesi sözkonusu olduğunda Sözleşmeciler taraflara genel bir takdir payı tanınmaktadır. (Bkz. *mutatis mutandis*, *Müller ve diğerleri-İsviçre*, 24 Mayıs 1988, A serisi no:133, s.22, §35, ve, son olarak, *Gündüz-Türkiye*, no:35071/97, §37, CEDH 2003-XI).

iii. Dava konusu müdahalenin, demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı hususunun incelenmesi, bu müdahalenin, sosyal bir ihtiyacı karşılayıp karşılamadığı, hedeflenen meşru amaçla orantılı nitelikte olup olmadığı ve ulusal mahkemeler tarafından sunulan gerekçelerin doğru ve yeterli olup olmadığı konusunda AİHM'nin inceleme yapmasını gerekli kılmaktadır (Sunday *Times-Birleşik Krallık* (no:1), 26 Nisan 1979 tarihli karar, A serisi no:30 s. 38, § 62). Benzer bir «ihtiyacın» varlığını belirlemek ve bu ihtiyaca hangi önlemlerin karşılık geleceğini tespit etmek açısından ulusal makamlar belli bir takdir yetkisinden yararlanmaktadır. Bununla birlikte bu takdir payı sınırsız olmamakta, son aşamada kısıtlamanın AİHS'nin 10. maddesi ile güvence altına alınan ifade özgürlüğü ile bağdaşp bağdaşmadığı konusunda görüş bildirmesi gereken AİHM'nin uyguladığı Avrupa kontrolü ile birlikte yürütülmektedir. (Bkz. diğerleri arasında, Nilsen ve Johnsen-Norveç kararı, no: 23118/93, § 43, AİHM 1999-VIII).

iv. AİHS'nin 10 § 2. maddesi siyasi içerikli bir konuşma ve/veya genel menfaatler sözkonusu olduğunda ifade özgürlüğüne yönelik kısıtlamaya yer verilmemektedir (Bkz. Scharsach ve News Verlagsgesellschaft-Avusturya kararı, no: 39394/98, § 30, AİHM 2003-XI). AİHM, temel bir unsur olarak demokratik bir toplumda siyasi bir mücadelenin özgürce yapılması gerektiğinin altını çizerek, siyasi içerikli konuşma bağlamında ifade özgürlüğüne büyük önem vermekte ve zorunlu nedenler olmadıkça siyasi bir konuşmaya kısıtlama getirilmemesi gerektiğini kaydetmektedir. Öyle ya da böyle getirilen geniş sınırlamalar hiç kuşkusuz ilgili Devlet'te ifade özgürlüğüne saygı gösterilmesine etki etmektedir. (Bkz. Feldek-Slovakya no: 29032/95, § 83, AİHM 2001-VIII). Bununla birlikte, siyasi mücadele özgürlüğü mutlak bir yapıda değildir. Sözleşmeciler Devlet bazı «kısıtlamalar» veya «yaptırımlar» uygulayabilir, AİHM'ye bu uygulamaların 10. maddede öngörülen ifade özgürlüğü ile bağdaşp bağdaşmadığını belirlemek düşmektedir (Bkz. Castells-İspanya kararı, 23 Nisan 1992, seri: A no: 236, s. 23, 46).

56. Mevcut dava özellikle ulusal merciler tarafından «nefrete dayalı konuşmalar» olarak nitelendirilen beyanları nedeniyle başvurana müeyyide uygulanmış olmasıyla öne çıkmaktadır. Buna ilişkin olarak AİHM, hoşgörünün, herkesin onuruna ve saygınlığına eşit oranda saygı gösterilmesinin demokratik ve çoğulcu bir toplumun temelini oluşturduğunu hatırlatmaktadır. İlke olarak, demokratik toplumlarda «formaliteleri», «koşulları», «kısıtlamaları», veya «müeyyideleri» izlenen meşru amaçla orantılı olmak kaydıyla, hoşgörüsüzlük de dahil olmak üzere, nefreti teşvik eden, hatta meşru sayan her türlü ifadeye yaptırım uygulanması ve hatta bunların önlenmesi gerekli görülmektedir (nefrete dayalı söylem ve şiddeti savunma ile ilgili olarak bkz. *mutatis mutandis*, Sürek-Türkiye kararı (no1), no: 26682/95, § 62, AİHM 1999-IV, ve özellikle sözü edilen *Gündüz* kararı, § 40).

57. Öte yandan, AİHM'nin Jersild-Danimarka kararında not ettiği üzere bireylere ve gruplara hakarete ve nefrete dayalı bir söylemi oluşturan somut ifadeler AİHS'nin 10. maddesinin güvencesinden yararlanamaz.

b) Bu prensiplerin mevcut başvuruya uygulanması

58. AİHM, sözkonusu «müdahalenin» konuşmanın içeriğinin, yapıldığı ortamın ve koşulların bütün olarak değerlendirilerek, başvuran Erbakan'ın mahkumiyetinin sosyal bir zorunluluğu karşılayıp karşılamadığının ve izlenen meşru amaçlarla orantılı olup olmadığının tespit edilmesi gerektiği görüşündedir. AİHM bu amaçla, ulusal mahkemelerin de değerlendirdiği gibi (Bkz. Yukarıda 32. paragraf) başvuranın konuşmasının, o dönemde Türkiye'nin güneydoğusunda hüküm süren durum dikkate alınarak incelenmesi gerektiği hususuna değinmektedir. Bununla birlikte, soruşturmanın dava konusu konuşmanın yapıldığı tarihten dört yıl beş ay sonra başlatılmış olması hususu da dikkate alınmalıdır. Ayrıca, yapılan müdahalenin orantılı olup olmadığı değerlendirilirken, verilen cezanın niteliği ve ağırlığı da dikkate alınması gereken unsurlardır (Bkz. Pedersen ve Baadsgaard-Danimarka kararı, no: 49017/99, § 93, AİHM 2004-...).

59. Başvuran halka açık yaptığı konuşmasında özellikle nefrete ve dini hoşgörüsüzlüğe teşvik etmekten suçlu bulunmuş, ilk derece mahkemesi ilgilinin yaptığı konuşmanın bazı bölümlerinden alıntılar yapmıştır:

«(...) Artık bu ülkede 12 tane parti yok, 2 tane parti var. Hak ve batıl, hakkı temsil eden Bingöllü kardeşimin imanını temsil eder. Onun kendi partisi, bu partinin adı Refah Partisidir. Peki, öbür parti hangisi? Diğerleri, Diğerleri ne demek diğerleri? Refah Partisinin dışındakilerin hepsi batıldır, hepsi bir tek parti sayılır. Çünkü bunlar gavur aşığı. Bunlar bağımsız değil Batıya bağlı, geliyorlar iş başına, talimatı oradan alıyor, bizim halkımızı eziyor. Bunların hepsi faizci, hepsi sömürücü, hepsi ezici ve de üstelik biz İslam alemini bırakacağız, Hristiyanlarla beraber olacağız. Kanunlarımızı gavurlar yapacak, bizleri onlar idare edecek (...)»

60. O dönemde Bingöl İli'nde hakim olan durumu ve halkın köktendinci bir terör örgütünün eylemlerinin mağduru olduğu hususunu dikkate alan Devlet Güvenlik Mahkemesi ilgilinin özellikle «inanananlar» ve «inanmayanlar» arasında bir ayrıma giderek siyasi tartışma özgürlüğünün kabul edilebilir sınırlarını aştığı sonucuna varmıştır.

61. Yargıtay, Erbakan'ın «kendi partisi dışındaki tüm partileri batıl, gavur aşığı olarak nitelendiren, faize dayalı bir sitemi savunan nitelendirmesiyle «bu partilerin Kuran'a göre Allah'a harp ilan ettikleri» görüşünü savunduğunu belirtmiştir.

62. Tanınmış bir siyasetçi tarafından halka açık bir toplantıda dile getirilen bu görüşler –şayet gerçekten dile getirilmişler ise- dini değerler çerçevesinde şekillenmiş bir toplumsal bakış açısını ifşa etmekte ve böylelikle farklı grupların karşı karşıya geldiği günümüz toplumlarını oluşturan çoğulculuk anlayışıyla bağdaşır görünmemektedir. Gerçekten de, dini bir terminoloji kullanan konuşmacı bilhassa toplumun özünde bulunan bu çeşitliliği «inanananlar» ve «inanmayanlar» arasındaki basit bir bölünmeye indirgeyerek dine dayalı politik bir çizgi oluşturma çağrısı yapmaktadır.

63. Üstelik Hükümetin de ifade ettiği üzere (yukarıda 9. paragraf), Bingöl'de bu konuşmaların yapıldığı sırada bölge halkının köktendinci hareketlerin yol açtığı elem verici pek çok eylemin mağduru olduğunu göz önünde bulundurmak gerekir. (Bkz. *mutatis mutandis* Zana-Türkiye kararı, 25 Kasım 1997, 1997-VII, s. 2539, § 10, ve Sürek-Türkiye kararı, (no:2), no: 24122/94, § 37, 8 Temmuz 1999).

64. Her türden hoşgörüsüzlüğe karşı mücadele insan haklarının bütünleyici bir parçası olduğundan, siyasetçilerin halka yönelik konuşmalarında hoşgörüsüzlüğü beslemekten kaçınmaları büyük önem arz etmektedir.

65. Bununla birlikte, demokratik bir toplumda siyasi tartışma özgürlüğünün temel niteliği ışığında, AİHM siyasi içerikli bir konuşmaya getirilen ağır yaptırımı meşru kılacak zorunlu gerekçelerin mevcut olup olmadığını tespit etmek durumundadır. Başvuran yaptığı konuşmada yalnızca dine dayalı olarak nefreti teşvikten yargılanmamış, konuşmasının kimi bölümlerinin ırka dayalı nefret ve düşmanlığı tahrik ettiği vurgulanmıştır (yukarıda 31. ve 34. paragraflar).

66. Bu bağlamda AİHM, başvuranın ulusal yargı önünde de olduğu gibi (12, 15, 22, 26, 27 ve 33. paragraflar) Ankara Cumhuriyet Savcılığı'na sunulan sözkonusu konuşma metninin 25 Şubat 1994 tarihinde yapılan konuşmaya karşılık gelmediği, özellikle video kaset kayıtlarının orijinal olup olmadığı konusunda belirsizlikler bulunduğu yönündeki itirazlarını gözlemlemektedir. Aynı şekilde, sözkonusu konuşmanın yapılmasının ardından Hükümet görevlisi tarafından hazırlanan resmi raporda başvuran Erbakan'ın «siyasi ve ekonomik konuları ele aldığı (...) toplantının yasaya uygun olarak gerçekleştiği» belirtilmiştir (yukarıda 27. paragraf).

67. AİHM, yetkililerin, toplantıdan beş yıl sonra, içeriğine itiraz edilen bir video kaset kaydına dayanarak dava konusu konuşmanın içeriğini belirlediklerini gözlemlemektedir (Bkz. 19, 20 ve 24. paragraflar). Bu bağlamda AİHM, Türk hukukunda kanıtların kabul edilebilirliğiyle ilgili olarak ulusal mahkemelerin belirledikleri kıstaslar hakkında değerlendirmede bulunmakla görevli olmamakla birlikte mevcut halde başvuranın iddianamede yer alan hususların tamamından sorumlu tutulmasının güç olduğunu kaydetmektedir (Bkz. aynı anlamda, Amihalachioaie-Moldova kararı, no: 60115/00, § 37, AİHM 2004-III).

68. Aynı şekilde başvuruda yer alan olaylar dikkate alındığında, başvuran hakkında soruşturmanın açıldığı tarihte, dava konusu konuşmanın toplum açısından «güncel bir risk» ve «yakın tehlike» oluşturduğu (48. paragraf) hususu AİHM açısından kesin değildir. Bu bağlamda, Hükümetten farklı olarak, mezkur konuşmanın yapıldığı iddia edilen tarih ile ceza soruşturması başlatılması arasında geçen dört yıl beş aylık süreyi, soruşturmanın içeriğinin başvuran açısından taşıdığı önem de dikkate alındığında, gözönünde bulundurulması gereken bir unsur olarak değerlendirmektedir. Bu husus, Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin sözü edilen konuşmanın yapıldığı Bingöl'de hüküm süren durum hakkında sonuçlar çıkarmış olması çerçevesinde önem taşımaktadır (32. paragraf).

69. Son olarak AİHM, başvuranın 220.000 TL. para ve bir yıl hapis cezasına çarptırılmasının yanı sıra, birçok medeni ve siyasi haklarının kısıtlanmasına maruz kaldığını gözlemlemektedir (28. ve 39. paragraflar). Bu noktada, tanınmış bir siyasetçi için ağır müeyyideler sözkonusudur. Yapısı itibariyle böyle bir yaptırımın caydırıcı bir etkisinin mutlak olduğunu ve başvuranın cezasını çekmemesinin bu sonucu değiştirmediğini not etmek gerekir (Bkz. uygulanabildiği ölçüde, Cumpăna ve Mazare-Romanya kararı, no: 33348/96, § 116, 17 Aralık 2004). Bunun yanı sıra, cezanın tecil edilmesi ve ilgili hakkındaki davanın daha sonra düşmesi bu erteleme bir neticesi olup, sonrasında benzer nitelikli suçların işlenmemiş olmasına bağlıdır. (Bkz. özellikle, Aslı Güneş-Türkiye kararı, no: 53916/00, 13 Mayıs 2004).

70. Sonuç olarak, başvuran hakkında yürütülen soruşturmaların zorunluluk oluşturduğuna ilişkin gerekçeler, başvuranın ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin «demokratik bir toplum için gereklilik» arz ettiği konusunda ikna edici olamamaktadır. Özellikle, suç unsuru teşkil eden konuşmanın ardından dört yıl beş ay sonra bir siyasetçi hakkında sürdürülen cezai soruşturma demokratik bir toplumun menfaati ve siyasi mücadele özgürlüğü göz önünde bulundurulduğunda öngörülen meşru amaçlarla orantılı bulunmamaktadır.

71. Bu nedenle, AİHS'nin 10. maddesi ihlal edilmiştir.

II. AİHS'NİN 6 § 1. MADDESİ'NİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

72. Başvuran Devlet Güvenlik Mahkemesi'ndeki yargılamanın bir bölümünde askeri hakimin de yer alması nedeniyle bağımsız ve tarafsız bir mahkemede dinlenilmediğini ileri sürmekte, AİHS'nin 6 § 1. maddesinin ilgili bölümünü hatırlatmaktadır.

«Herkes (...) kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan (...), yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme (...) tarafından davasının görülmesini istemek hakkına sahiptir (...).»

73. Hükümet başvuranın iddiasına karşı çıkmaktadır.

74. AİHM, Öcalan-Türkiye kararında (no: 46221/99, §§ 116-118, AİHM 2005-...) sivil bir kimsenin kısmen de olsa Silahlı Kuvvetler'in üyelerinden oluşan bir mahkeme huzuruna çıkmak zorunda kalması durumuna büyük önem vermiştir. Benzer bir durum demokratik bir toplumda mahkemelerin vermesi gereken güveni ciddi biçimde etkilemektedir. İtiraz edilen yargı sürecinin her üç aşamasının (soruşturma, dava, hüküm) yasama ve yürütme erkinden bağımsız olması gerektiğinin altını çizen AİHM, askeri hakimin sürecin bir ya da birden fazla aşamasına taraf olduğunda, ilgili ceza sürecinin geri kalan kısmında sanığın makul olarak dava sürecinin bütününe meşruluğu hakkında şüphe duyabileceği sonucunu çıkarmaktadır. Bu sonuç ancak, mahkeme önünde daha sonra sürdürülen yargılamanın bu şüpheleri ortadan kaldırmasıyla değişebilmektedir.

75. Mevcut başvuruda AİHM, askeri hakimin 23 Haziran 1999 tarihi öncesinde gerçekleştirilen usul işlemleri sırasında hazır bulunduğunu, esas hakkındaki üç duruşma sırasında sivil hakim ile yer değiştirdiğini hatırlatmaktadır. Bu süreç boyunca, mahkeme iki ara karar almıştır (13. ve 18. maddeler). AİHM ayrıca, askeri hakimin değişmesinin ardından yargılamanın hiçbir bölümünün yinelenmediğini ve alınan kararların geçerli olduğunu gözlemlemektedir.

76. Bu koşullar altında, bu başvuru sözü edilen *Öcalan* kararından farklılık göstermemektedir. AİHM, askeri hakimin yargı sürecinin tamamlanmasından önce değiştirilmesinin, başvuranı yargılayan bu yargı makamının bağımsızlığına ve tarafsızlığına ilişkin başvuranın şüphelerini dağıttığı düşüncesini kabul edememektedir.

Bu nedenle, AİHS'nin 6 § 1. maddesi bu bakımdan ihlal edilmiştir.

III. AİHS’NİN 41. MADDESİ’NİN UYGULANMASI HAKKINDA

77. AİHS’nin 41. maddesi şu şekildedir:

“Mahkeme işbu Sözleşme ve protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder”.

78. Başvuran kendisine öngörülen süre içerisinde adil tazmine ilişkin hiçbir talepte bulunmamıştır. Bu nedenle AİHM, bu başlık altında bir ödeme yapılmasını gerekli görmemektedir (İçtüzüğün 60 § 3. maddesi).

BU GEREKÇELERE DAYALI OLARAK AİHM,

1. *Bire karşı altı oyla*, AİHS’nin 10. maddesinin *ihlal edildiğine*;
2. *Oybirliğiyle*, AİHS’nin 6 § 1. maddesinin *ihlal edildiğine*;

KARAR VERMİŞTİR.

İşbu karar Fransızca olarak hazırlanmış ve AİHM’nin iç tüzüğünün 77 §§ 2. ve 3. maddesine uygun olarak 6 Temmuz 2006 tarihinde yazıyla bildirilmiştir.

Mevcut karar ekinde AİHS’nin 45 § 2. ve İçtüzüğün 74 § 2. maddelerine uygun olarak Yargıç E. Steiner’in kısmi ayrık oy görüşü yer almaktadır.

YARGIÇ E. STEİNER’IN KISMİ AYRIK OY GÖRÜŞÜ

1. Kararın 64. maddesine kadar çoğunluk görüşün izlediği düşünceye katılmakta, fakat AİHS’nin 10. maddesi ışığında alınan karara imza atamamaktan üzüntü duymaktayım.

Başvuran, tanınmış bir siyasetçi olarak, halka açık yaptığı konuşmasında köktendinci bir örgütün işlediği terörist eylemlerin mağduru olan halkın bulunduğu bölgede dini hoşgörüsüzlük tohumları ekmiştir. Başvuran Erbakan özellikle, «inananlar» olarak nitelediği herkesi kendilerinden olmayanlara karşı şiddet kullanmaya çağırmıştır.

Bana göre, halka açık böylesi beyanlar şiddet yanlısı ve şiddeti teşvik edici bir nefret söylemini oluşturmakta ve hoşgörü anlayışı ile bağdaşmamakta, temel adalet değerleri ve AİHS’nin önsözünde yer alan barış anlayışı karşısında yer almaktadır. Bütün bunlar, demokratik toplum kavramının merkezinde yer alan ve benim de derinden bağlı olduğum siyasi ifade özgürlüğü olarak sayılmamalıdır.

Başvuran, nefret söylemi hakkında uluslararası metinlerle aynı doğrultuda yer alan TCK'nın 312. maddesi uyarınca nefreti teşvik etmekten suçlu bulunmuştur. Bu bağlamda, ulusal yasalar da uluslararası belgeler gibi nefret dolu bir beyanı yalnızca ırkçı bir nefrete değil aynı zamanda dini gerekçelere veya hoşgörüsüzlük eksenine dayalı nefrete teşvik hususuna dahil etmektedir (Bkz. Gündüz-Türkiye kararı, no: 35071/97, §§ 18-24, AİHM 2003-XI).

Sonuç olarak, çoğunluk kararının 62. maddesinin yorumlamamıza imkan verdiği üzere, AİHM içtihadına uygun olarak, suç unsurunu oluşturan konuşma hoşgörüsüzlüğe dayalı bir söylem olarak kabul ediliyor ise, benzer saptamanın AİHS'nin 10. maddesinin güvencesinden yararlanmaması gerekirdi (Bkz. Jersild-Danimarka kararı, 23 Eylül 1994, seri: A no:298, s. 24-25, § 33 ve sözü edilen Gündüz kararı, § 41). Hatta AİHS'nin 17. maddesinin uygulanması düşünülebilirdi.

2. Aynı şekilde, çoğunluğun altını çizdiği «*Her türden hoşgörüsüzlüğe karşı mücadele insan haklarının bütünleyici bir parçası olduğundan, siyasilerin halka yönelik konuşmalarında hoşgörüsüzlük kaynağından beslenecek görüşlerden kaçınmaları büyük önem arz etmektedir*» (64. paragraf) tespitine katılmaktayım.

AİHM'nin *Gündüz-Türkiye* ((karar), no: 59745/00, AİHM 2003-XI (özetler)) kararında vurguladığı üzere, yukarıda tespit edilen bir düzeye ulaştığında ve çoğulcu demokratik toplumun temel ilkelerine yönelik hoş görülemeyen bir olumsuzluk mevcut olduğunda iç hukukta yer alan caydırıcı önlemler gerekli olabilmektedir.

Kuşkusuz, Cumhuriyet Savcısı'nın konuşmanın yapılmasından dört yıl altı ay sonra harekete geçmesi eleştirilebilir, fakat bu durum başvuranın bütünüyle üstlendiği konuşmanın içeriğini değiştirmemektedir.

Bununla birlikte, edinilen deneyimler bize bu türden beyanların etkilerinin zamanla ölçülemeyeceğini göstermektedir. Sözkonusu olan, temel önyargıları ve farklılıkları besleyen hoşgörüsüzlüğün sakıncalı bir ortama katkı yapmasıdır.

3. Sonuç olarak, ulusal yetkililer, başvurayı nefrete teşvik etmekten suçlu bulduklarında, içtihadımızca da tanınan ve terör şiddetine ve demokratik kurumlara tehdit yöneltilmesine karşı verilen mücadelede kendilerine tanınan takdir yetkisinden yararlanmışlardır. Ayrıca, başvuran cezasını hiçbir surette çekmediğinden, bu doğrultudaki müeyyidenin halkın nefrete tahrik edilmesini önleme gibi izlenen meşru amaçla orantılı olduğu kanısındayım.