



AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

DÖRDÜNCÜ DAİRE

KUTLULAR - TÜRKİYE DAVASI

(Başvuru no: 73715/01)

KARARIN ÖZET ÇEVİRİSİ

STRAZBURG

29 Nisan 2008

İşbu karar AİHS'nin 44/2 maddesinde belirtilen koşullar çerçevesinde kesinleşecek olup bazı şekli düzeltmelere tabi olabilir.

USUL

Türkiye Cumhuriyeti Devleti aleyhine açılan (73715/01) no'lu davanın nedeni T.C. vatandaşı Mehmet Kutlular'ın (başvuran) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) 13 Haziran 2001 tarihinde Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi'nin (AİHS) 34. maddesi uyarınca yapmış oldukları başvurdur.

Başvuran, AİHM önünde Ankara Barosu avukatlarından M. A. Aslan tarafından temsil edilmektedir.

OLAYLAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

Başvuran 1938 doğumlu olup İstanbul'da ikamet etmektedir. Gazetecilikle iştigal eden başvuran Yeni Asya Gazetesi'nin imtiyaz sahibidir.

Yeni Asya Gazetesi 'Nurcu' adı verilen İslami bir tarikat –yahut ekolün- kurucusu olan Said-i Nursi'nin vefatının 39. yılı münasebetiyle 10 Ekim 1999 tarihinde Ankara Kocatepe Camiinde dini bir anma töreni düzenlemiştir. Törenin başlangıcında, camide bulunanlara, 'ilahi ikaz deprem' başlıklı bir broşür Yeni Asya Gazetesi'nin ilavesi olarak dağıtılmıştır. Broşürün önsözünde Türkiye'nin kuzey-batısını vuran ve binlerce insanın ölümüne yol açan 17 Ağustos 1999 depreminden dersler çıkarılmasına yardımcı olmanın amaçlandığı belirtilmiştir. Bu broşürde, Saidi Nursi tarafından yazılan Risale-i Nur'dan yapılan alıntılara yer verilerek bazı siyasi olaylara ve deprem felaketine dair yorumlarda bulunulmuştur. Bu broşürde 'musibet neden umumileşir?', 'zelzele tesadüfi ve maksatsız bir hadise değildir', 'zelzele tesettür şiarına (hicap) açık ihanetin bir cezasıdır', 'deprem suistimalin neticesidir' 'kanuna namına kanunsuzluk umumi tokada sebep olur' vb. alt başlıklar yer almaktaydı. Broşürde, depremde en çok etkilenen bölgede tesettür şiarına uyulmadığı ve bu nedenle de Risale-i Nur'un bu bölgenin yardımına koşmadığı belirtilmiştir.

Başvuran tören yapıldığı sırada ve törenin sonunda gazetecilerle soru-cevap tarzında bir mülakat gerçekleştirmiştir. Soruların ekseriyeti siyasi olaylarla, bilhassa da '28 Şubat süreci' ile deprem arasındaki muhtemel bağlantıya ilişkinidir.

Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Savcısı 26 Ekim 1999 tarihli bir iddianameyle başvurunu 312. maddenin 2. fıkrası anlamında halkı din farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa tahrik etmekle suçlamıştır. Savcı iddianamesinde, başvuranın konuşmalarından ve sözkonusu broşürden alıntılara yer vermiştir.

Savcı iddianamesinde, inanan bir kişinin depremi 'Allah'ın takdiri' olarak görmesinin son derece tabii olduğunu, ancak başvuranın halkın bir kısmını depreme neden olmakla suçlayarak halkı inananlar ve günahkarlar ya da inananlar ve inananlara zulmedenler olmak üzere iki gruba bölmeye çalıştığını; hatta halkın bir bölümünü inananlara uygulanan zulme karşı sessiz kalmakla suçlamak suretiyle bu iki grup arasında düşmanlık yaratmayı amaçladığını değerlendirmiştir.

Başvuran 7 Aralık 1999 ve 9 Mayıs 2000 tarihlerinde Ankara DGM'ye sunduğu layihalarda Türk Ceza Kanununun 312. maddesinde öngörülen suç unsurlarının mevcut davada oluşmadığını ve anılan pasajların sözlerinin anlamını ve maksadını yansıtmaktan uzak

olduğunu belirtmiştir. Başvuran, öncelikle, savcının gazetecilerin sorularını zikretmeyerek konuşmanın asıl yönünü gizlediğini ileri sürmüştür. Başvurana göre savcı, kes-yapıştır yöntemi kullanarak, konuşmasında sarf ettiği dini konulara ilişkin genel ifadeleri yalnızca deprem konusuna ilişkinmiş gibi yansıtmıştır. Başvuran iddialarını kanıtlamak için bir televizyon kanalı tarafından yapılan ses kaseti çözümlerinden örnekler vermiştir. Başvuran, haklarında eleştiride bulunduğu askeri yetkililerin faaliyetleriyle deprem arasında bir bağlantı olduğu düşüncesini kendisinin ileri sürmediğini, kendisine deniz üssünün bulunduğu yerin depremin merkez üssü olduğu konusunda halk arasında yaygın söylentiler olduğu şeklinde bir soru yöneltildiğini özellikle vurgulamıştır. Başvuran kendisinin bu türden söylentiler bulunduğunu teyit etmekle yetindiğini ifade etmiştir.

Broşürün muhtevasına ilişkin olarak ise başvuran, müspet bilimlere atıfta bulunduğu bazı pasajların savcı tarafından kasten görmezden geldiğini iddia etmiştir.

Başvuran, Yeni Asır Gazetesi'nin bedava eki olan bu broşürü yazarın ya da dağıtımını yapanın kendisi olmadığını ilave etmiştir. Başvurana göre savcı TCK'nın 312. maddesinde öngörülen suç unsurlarını suni bir şekilde oluşturmak maksadıyla broşürün ve sözlerinin anlamını tamamen çarpıtmıştır.

Başvuran ayrıca, bir demokraside hiçbir kurum, fikir ya da düşüncenin ne kadar şiddetli olursa olsun eleştiriden kaçamayacağına ve bir gazeteci olarak kamuoyunu ilgilendiren konularda yorumda bulunmasının son derece doğal olduğuna dikkat çekmiştir. Başvuran, evrensel anlayışa göre, doğal felaketlerin yalnızca bilimsel ve maddi bir boyutu değil aynı zamanda dersler çıkarmayı gerektiren manevi bir boyutu da olduğunu ve 17 Ağustos depremine ilişkin yorumunun bu manevi boyuta vurgu yaptığını, dini bilgilere dayalı açıklamaları müspet bilimlerin ışığında değerlendirmenin teknik bir hata olduğunu, sözkonusu beyanatlarda deprem ile başörtüsü yasağı ya da 28 Şubat süreci arasında bir illiyet bağı kurulmuş olsa dahi, bunun hiçbir şekilde TCK'nın 312. maddesi anlamında kine ya da düşmanlığa tahrik teşkil etmeyeceğini ve tüm bu eleştirilerin toplumun belirli bir kesimini değil yöneticileri hedef aldığını belirtmiştir.

Başvuran AİHS'nin 10. maddesiyle güvence altına alınan ifade özgürlüğü hakkına atıfta bulunmuştur.

DGM 9 Mayıs 2000 tarihinde aldığı bir kararla, 26 Ekim 1999 tarihli iddianame temelinde başvuramı iki yıl bir gün hapis ve 352.000 TL para cezasına çarptırmıştır. Sözkonusu broşürler toplatılmıştır.

13 Aralık 2000 tarihinde Yargıtay başvuran tarafından yapılan temyiz başvurusunu reddederek 9 Mayıs 2000 tarihli kararı onamıştır. Karar gerekçesinde Yargıtay başvuranın söylemlerinin ve sözkonusu broşürün TCK'nın 312. maddesi anlamında kine tahrik edici unsurlar ihtiva ettiğini değerlendirmiştir. Bu karar 15 Şubat 2001 tarihinde tarafların dikkatine sunulmuştur.

Başvuran karar düzeltme talebinde bulunmuş ancak başvuranın bu talebi 29 Ocak 2001 tarihinde Yargıtay tarafından reddedilmiştir.

Başvuran 22 Mayıs 2001 tarihinde tutuklanarak hapse konulmuştur.

4744 sayılı kanunla 19 Şubat 2002 tarihinde yapılan değişiklikle 312. maddenin 2. fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.

Başvuran 21 Şubat 2002 tarihinde serbest bırakılmıştır.

Başvuran kanun değişikliğine istinaden mahkumiyet kararının gözden geçirilmesi talebinde bulunmuştur. Başvuranın bu talebi kabul edilmiştir

Kararı gözden geçiren DGM 11 Nisan 2002 tarihinde bir önceki kararını iptal ederek başvuranın beraatına karar vermiştir.

Yargıtay, 4744 sayılı kanunla getirilen değişikliğin Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 327. maddesi bakımından bir kararın gözden geçirilmesine yönelik ‘yeni vakıa’ teşkil etmediği gerekçesiyle 11 Haziran 2002 tarihinde DGM tarafından verilen son kararı bozmuştur.

Ankara DGM dosyayı yeniden inceleyerek 9 Mayıs 2000 tarihli kararında olduğu gibi başvuranı iki yıl bir gün hapis ve 352.000 TL para cezasına çarptırmıştır.

Yargıtay başvuranın temyiz talebini 29 Eylül 2004 tarihinde reddederek ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararın esasını onamıştır. Yargıtay ayrıca para cezasının belirlenmesinde yapılan bir işlem hatasının düzeltilmesini istemiştir.

Başvuran, 5190 sayılı kanunla getirilen değişiklik uyarınca dosyasının Ankara Ağır Ceza Mahkemesine havale edilmesi ve geriye kalan on beş günlük hapis cezasının infazının tehiri talebiyle 2 Ocak 2005 tarihinde Ankara Asliye Ceza Mahkemesi’ne başvurmuştur.

1 Şubat 2005 tarihinde verilen bir kararla, başvuranın kalan cezasının yürürlüğe girecek yasal reformdan sonra hesaplanması maksadıyla eski Ceza Muhakemeleri Kanununun 402. maddesi uyarınca başvuranın cezasının infazı tehir edilmiştir.

Yeni Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (5271 sayılı kanun) 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Dosyanın havale edildiği Ankara Ağır Ceza Mahkemesi 24 Şubat 2006 tarihinde yeni CMUK’un 216/1 ve 218/1 maddeleri uyarınca aldığı ek kararla başvuranı bir yıl altı ay hapis cezasına çarptırmıştır.

Başvuran 20 Mart 2006 tarihinde bu kararı temyize götürmüştür.

Dosyada bulunan bilgilere göre mevcut kararın alındığı sırada sözkonusu dava Yargıtay önünde halen devam etmekteydi.

HUKUK

I. İHTİLAF KONUSU

Başvuran ceza mahkumiyetinin AİHS’nin 9. ve 10. maddelerinde öngörülen düşünce ve ifade özgürlüğü haklarını ihlal ettiğini iddia etmektedir. Başvuran bu çerçevede özellikle TCK’nın

312. maddesinin karmaşık yazıldığını ve bu yazım karmaşıklığının keyfi kararlara yol açtığını ileri sürmektedir.

Başvuran ayrıca mahkumiyet kararı nedeniyle ‘devletin insan hakları ihlali oluşturan uygulamalarına karşı muhalif kimliği(in)e’ dayalı bir ayrımcılığa maruz kaldığından yakınmaktadır. Başvuran 9. ve 10. maddelere bağlantılı olarak AİHS’nin 14. maddesine atıfta bulunmaktadır. Başvuran, başkaları tarafından dile getirildiğinde aynı fikirlerin herhangi bir takibata konu olmadığını belirtmektedir.

AİHS’nin 6. maddesine atıfta bulunan başvuran ulusal mahkemelerin kanıtları doğru bir biçimde değerlendirmedikten ve kararlarını yeterince gerekçelendirmedikten yakınmaktadır.

II. KABULEDİLEBİLİRLİĞE İLİŞKİN

1. AİHS’nin 6. maddesi

AİHS’nin 6. maddesi yönünden gündeme getirilen şikayetleri inceleyen AİHM, halihazırda, benzer şikayetleri gündeme getiren davalarda birçok kez verdiği karardan ayrılmasını gerektirecek özellikte dava olayı tespit etmemiştir. Konuyla ilgili içtihadını esas alan AİHM bu şikayetleri açıkça dayanaktan yoksun oldukları gerekçesiyle AİHS’nin 35. maddesinin 3. ve 4. fıkraları uyarınca kabuledilemez ilan eder (delillerin değerlendirilmesine dair şikayete ilişkin olarak, bkz., diğer birçokları arasında, *Omar Kérétchachvili – Gürcistan*, no: 5667/02, 2 Mayıs 2006, ve gerekçe yetersizliğine ilişkin olarak, bkz. *Garcia Ruiz – İspanya*, no: 30544/96, prg. 26-29).

2. AİHS’nin 9. ve 10. maddeleriyle bağlantılı olarak 14. madde

9. ve 10. maddelerle bağlantılı olarak AİHS’nin 14. maddesine ilişkin olarak Hükümet, mevzuatta yapılan muhtelif değişikliklerin ardından başvuranın mahkumiyetinin kesinleşmediğine ve yargılamanın Yargıtay önünde halen devam ettiğine dikkat çekmektedir. Bu nedenle Hükümet iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazında bulunmaktadır.

Başvuran buna cevaben Ankara DGM tarafından hakkında verilen mahkumiyet kararının ardından 276 gün hapis cezası çektiğini belirtmektedir. Başvuran davanın gözden geçirilmesi konusunun AİHM’ye başvuru yapmasından çok sonra gündeme geldiğini ve AİHS’nin 10. maddesinin ihlaline yol açan durumda herhangi bir değişikliğe yol açmayacağını ileri sürmektedir.

AİHM bu meselenin AİHS’nin 10. maddesi çerçevesinde gündeme getirilen şikayetin esasıyla sıkı sıkıya bağlı olduğuna kanaat getirmektedir. Dolayısıyla AİHM meseleyi bu şikayetin esasıyla birlikte inceleyecektir.

III. AİHS’NİN 9. VE 10. MADDELERİNİN 14. MADDEYLE BAĞLANTILI OLARAK İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

Başvuran AİHS’nin 9. ve 10. maddelerinde öngörülen düşünce ve ifade özgürlüğünün ihlal edildiğinden yakınmaktadır. Buna ilaveten başvuran, AİHS’nin 14. maddesi bağlamında daha fazla bir açıklama getirmeksizin ‘muhalif kimliği’ nedeniyle ayrımcılığa tabi tutulduğundan yakınmaktadır. Dava olaylarını ve başvuran tarafından dile getirildiği haliyle AİHS’nin 9. ve

10. maddeleri çerçevesinde yapılan şikayetleri göz önünde bulunduran AİHM, bu şikayetleri AİHS'nin 10. maddesi açısından incelemenin yerinde olacağı kanaatindedir.

Hükümet Yargıtay önünde yargılamanın devam ettiğine dikkat çekmekle yetinmektedir. Hükümet şikayetin esasına ilişkin başka bir gözlemde bulunmamıştır.

Başvuran sözlerinin açıkça dini yorumlara dayalı olduğunu ve ifade özgürlüğü hakkı korumasından yararlanması gerektiğini iddia etmektedir. Başvurana göre evrende hiçbir şey yalnızca doğal nedenlerle oluşamayacağı için depremlerin de hem manevi hem tabii nedenleri vardır. Başvurana göre 14 Ağustos 1999 depreminin manevi nedenlerinden biri de Türk Halkının çoğunluğunun devlet tarafından uygulanan haksızlıklara 28 Şubat 1997 süreci adı verilen süreçte seyirci kalması olabilir. Kuran gibi dini kaynaklarda bu meyanda referanslar bulunmaktadır. Başvuran devletin eylemlerini eleştirdiğini ve bu eylemlerin depremin manevi nedeni olduğunu kabul ettiğini teyit etmektedir. Başvurana göre bu olaylar dini gerekçelere dayalı olarak halkın bir bölümüne karşı kine asla tahrik etmemektedir.

AİHM, ihtilaf konusu tedbirin başvuranın 10/1 maddesiyle güvence altına alınan ifade özgürlüğü hakkına yönelik bir müdahale teşkil ettiği hususunda tarafların hemfikir olduklarını kaydeder.

AİHM, suçun işlendiği dönemde yürürlükte olduğu haliyle TCK'nın 312. maddesinin başvuranın, gerektiği takdirde hukuki danışmanlık da almak suretiyle, bu konudaki davranışını düzenlemesine imkan tanıyacak yeterlikte açık olduğunu ve böylelikle öngörülebilirlik koşulunun yerine geldiğini değerlendirmektedir. Bu itibarla AİHM, AİHS'nin 10. maddesiyle başvurana tanınan hakka yönelik müdahalenin yasayla öngörülmüş olduğu sonucuna varmaktadır.

AİHM ayrıca, sözkonusu müdahalenin, düzenin ve/başkalarının haklarının korunması olmak üzere AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen meşru amaçlardan en az birini izlediğini gözlemlemektedir.

Dolayısıyla AİHM, ihtilafın, müdahalenin 'demokratik bir toplumda zorunlu' olup olmadığı meselesine dayandığı kanaatindedir (aynı bağlamda, bkz. *Nur Radyo ve Televizyon Yayıncılığı A.Ş. – Türkiye*, no: 6587/03, prg. 23, 27 Kasım 2007).

AİHM konuyla ilgili içtihadından doğan genel ilkeleri esas almaktadır (bkz., diğerleri arasında, *Handyside – Birleşik Krallık*, 7 Aralık 1976 tarihli karar, prg. 49 ; *Nur Radyo Televizyon Yayıncılığı* adigeçen, prg. 25-29, *Gündüz – Türkiye*, no: 35071/97, prg. 40, *Giniewski – Fransa*, no: 64016/00, prg. 44 ve 52).

İfade özgürlüğü demokratik bir toplumun asli temellerinden olup toplumun ilerlemesinin ve her bireyin gelişmesinin başlıca koşullarından birini oluşturur. AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrasına tabi olmak kaydıyla bu özgürlük, yalnızca olumlu karşılanan ya da zararsız veya önemsiz olarak algılanan 'bilgi' ve 'fikirler' için değil; şok edici, zedeleyici yahut kaygı verici bilgi ve fikirler içinde geçerlidir. 'Demokratik toplumun' vazgeçilmezleri olan çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleri bunlardır.

AİHS'nin 10.maddesinin 2. fıkrası bağlamında 'zorunlu' sıfatı ile 'acil bir toplumsal ihtiyacın' varlığı kastedilmektedir. İfade özgürlüğünün kullanılmasına yönelik bir müdahalenin 'zorunluluğu' inandırıcı bir şekilde ortaya konulmalıdır. Kuşkusuz, müdahaleyi haklı kılacak

nitelikte bir ihtiyacın var olup olmadığını değerlendirmek ilk elde ulusal mercilerin görevidir ve ulusal merciler din ve ahlak ile ilgili kişisel mahrem inançlar alanında ifade özgürlüğü sözkonusu olduğunda ‘daha geniş’ bir takdir payına sahiptir. (bkz. *Otto-Preminger-Enstitüsü – Avusturya*, 20 Eylül 1994 tarihli karar, prg. 50 ve *Aydın Tatlav*, adigeçen, prg. 24). Ancak bu takdir hakkı, AİHM’nin hem yasa hem de yasanın uygulanmasına ilişkin kararlar üzerinde uyguladığı denetime tabidir.

Denetim yetkisini kullanırken AİHM, müdahaleyi davanın bütünlüğü içinde ve ihtilaf konusu ifadelerin muhtevası ve yayınlandığı ortam dikkate alınmak suretiyle değerlendirmelidir. Özellikle de nizalı tedbirin ‘izlenen meşru amaçlarla orantılı’ olup olmadığı ve müdahaleyi haklı kılmak için ulusal mercilerce dile getirilen gerekçelerin ‘uygun ve yeterli’ gerekçeler olup olmadığını belirlemek AİHM’nin görevidir. Bu maksatla AİHM, ulusal makamların sözkonusu olayları makul bir şekilde değerlendirmek suretiyle 10. maddede belirtilen ilkelere uygun kuralları uyguladıklarından emin olmalıdır.

Bunu yaparken AİHM, AİHS’nin 10. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen hak ve özgürlükleri kullanan herkesin ‘görev ve sorumluluklar’ üstlenmiş olduğu hususunu gözden kaçırmamalıdır. Dini inanç ve görüşler bağlamında bu görev ve sorumluluklar arasına başkalarına karşı gereksiz tarzda hakaretimiz, dolayısıyla başkalarının haklarını ihlal eden ifadeler sarf etmekten mümkün olduğunca kaçınma yükümlülüğü de haklı olarak dahil edilebilir (*Gündüz*, adigeçen, prg. 37). Bununla birlikte hoşgörüsüzlüğe dayalı nefreti (dini hoşgörüsüzlük de dahil olmak üzere) haklı göstermeye, desteklemeye, teşvik etmeye ve yaymaya yönelik ifade biçimlerini cezalandırmanın hatta önlemenin demokratik toplumlarda gerekli olduğuna hükmedilebilse dahi, getirilen ‘formalite’ ‘koşul’ ‘kısıtlama’ ya da ‘yaptırımların’ izlenen meşru amaçla orantılı olması lazım gelir (*ibidem*, prg. 40).

Halihazırda AİHM başvuranın, imtiyaz sahibi olduğu gazete tarafından dağıtılan bir broşürde yer alan metinlerden ve dini bir tören sırasında gazeteciler tarafından sorulara cevap verirken sarf ettiği sözlerden dolayı mahkum edildiğini tespit etmektedir. AİHM başvuranın, deprem ve 28 Şubat süreci olarak adlandırılan dönemde yetkili makamlarca alınan tedbirler gibi bütün toplumu ve kamu menfaatini ilgilendiren iki konuya değindiğini tespit etmektedir. İhtilaf konusu konuşmanın hususiyeti bu konuların muhtevasıyla değil bu konular arasında sebep sonuç ilişkisi kurulmasıyla ilgilidir. Başvuran, bilhassa camideki anma törenine katılan topluluk olmak üzere Türk toplumunun bir bölümü gibi inançları gereği depremi manevi bir fenomen olarak değerlendirmiştir. AİHM, doğal bir felakete dini bir anlam yüklemek ve bilhassa da felakete Hükümetin kimi eylemlerine karşı halkın çoğunluğunun sessiz kalması arasında bir illiyet bağı kurmak suretiyle bu konuşmanın batıl inançları, hoşgörüsüzlüğü ve gericiliği (*Nur Radyo ve Televizyon Yayıncılığı, ibidem*) telkin ettiğini tespit etmektedir. Belli bir inancı yaymaya çalışan bu konuşma bütününde ‘inanmayanları’ ve Hükümeti hedef alan hakaretimiz bir ton barındırmaktadır.

AİHM, bu görüş ve inançların muhatap aldığı topluluğun görüş ve inançlarını paylaşmayanlar için her ne kadar şok edici ve hakaretimiz olursa olsun, başvuranın sözlerinin şiddete teşvik etmediğini ve kendi dini topluluğuna mensup olmayan insanlara karşı kine kışkırtmadığını değerlendirmektedir (*Nur Radyo ve Televizyon Yayıncılığı, ibidem*). AİHM ayrıca, müdahalenin orantılılığı tespit edilirken verilen cezaların niteliğinin ve ağırlığının da dikkate alınması gerektiğine dikkat çekmektedir. AİHM mevcut davada, mahkumiyet kararının gözden geçirilmesinin ardından Yargıtay önündeki yargılamanın devam ettiğini gözlemlemektedir. Bununla beraber AİHM bu yargılama nasıl sonuçlanırsa sonuçlansın başvuranın yaklaşık dokuz

ay hapis cezası çekmek suretiyle bu ceza mahkumiyetinin sonuçlarına zaten maruz kaldığını kaydetmektedir.

AİHM ayrıca, ancak yetkili makamların AİHS'nin ihlalini açıkça ya da özü itibarıyla kabul ederek bu ihlali telafi yoluna gitmeleri durumunda başvuran hakkında verilebilecek lehte bir kararın 'mağdur' sıfatını ortadan kaldıracabileceğini anımsatır (*mutatis mutandis Amuur – Fransa*, 25 Haziran 1996 tarihli karar, prg. 36, *Ergin – Türkiye* (no:5), no: 63925/00, prg. 24, 16 Haziran 2005. Hükmün infazının ertelenmesi konusunda bkz. *Yaşar Kaplan – Türkiye*, no: 56566/00, prg. 32-34, 24 Ocak 2006, ve cezaların infazının ertelenmesi hakkında bkz. *Aslı Güneş – Türkiye*, no: 53916/00, prg. 26, 27 Eylül 2005)

Hükümet devam eden yargılamanın 'ihlalin varlığını açıkça ya da özü itibarıyla kabul ederek AİHS'nin bu ihlalini telafi etme' gereklerini yerine getirip getiremeyeceği ya da nasıl yerine getireceği hususunda bir izahat vermemektedir.

Yukarıda ifade olunanlar göz önünde bulunulduğunda, ulusal mevzuatta izlenen amaçla makul bir oran ilişkisi bulunmadığı cihetle ihtilaf konusu müdahale 'demokratik bir toplumda zorunlu' olarak addedilemez.

Bu itibarla AİHM Hükümetin iç hukuk yollarının tüketilmediğine dair itirazını reddederek AİHS'nin 10. maddesinin ihlal edildiği hükmüne varır.

Bu hükmü göz önünde bulunduran AİHM AİHS'nin 14. maddesi yönünden yapılan şikayeti ayrıca incelemeye yer olmadığı kanaatindedir.

IV. AİHS'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI HAKKINDA

A. Tazminat

Başvuran maruz kaldığını iddia ettiği manevi zararın tazmini için 250.000 Euro talep etmektedir. İşadamı olduğuna dikkat çeken başvuran önemli kayıplar yaşadığını ve hapiste olması nedeniyle yatırım yapamadığını belirterek 80.000 Euro maddi tazminat talep etmektedir. Ancak başvuran uğradığı zarar ve kayıplara ilişkin olarak ne bir izahat vermiş ne de herhangi bir belge sunmuştur.

Manevi zararlarına ilişkin olarak başvuran, kendisinin milyonlarca takipçisi olan bir fikir ekolünün liderliğini yapan yaşlı bir adam olduğunu, iki gün gözaltında tutulduğunu ve 'bir terörist gibi' dokuz ay hapiste yattığını ve bu durumdan ailesinin zarar gördüğünü belirtmiştir.

Hükümet mesnetsiz gördüğü bu taleplere itiraz etmektedir.

AİHM, başvuranın maddi zarara dair iddiasına ilişkin herhangi bir kanıt sunmadığını kaydettiğinden bu talebi reddeder. Buna karşın AİHM vardığı kararı göz önünde bulundurarak hakkaniyet gereği manevi zararının tazmini için başvurana 5.000 Euro ödenmesine hükmeder.

B. Yargılama masraf ve giderleri

Ayrıca ulusal mahkemeler ve AİHM önünde yaptığı masraf harcamaların iadesini talep eden başvuran tutarın belirlenmesini AİHM'nin takdirine bırakmaktadır. Başvuran bu çerçevede hakkında açılan davalar için sekiz avukat tuttuğunu belirtmektedir.

Hükümet bu taleplere itiraz etmektedir.

AİHM'nin içtihadı uyarınca yargılama masraf ve giderlerinin iadesi ancak bu masraf ve giderlerin gerçekliği, gerekliliği ve de makul oranda olduğu ortaya konulduğu müddetçe mümkündür. Başvuranın taleplerini desteklemek üzere herhangi bir belge sunmadığını göz önünde bulunduran AİHM bu talebi reddeder.

C. Gecikme faizi

AİHM, Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal kredi kolaylıklarına uyguladığı faiz oranına üç puanlık bir artışın ekleneceğini belirtmektedir.

BU GEREKÇELERE DAYANARAK AİHM, OYBİRLİĞİ İLE

1. Hükümetin esasa eklenen ilk itirazının *reddine* ;
2. Başvurunun AİHS'nin 14. maddesiyle bağlantılı olarak 10. madde yönünden yapılan şikayete ilişkin kısmının *kabuledilebilir*, geriye kalanının *kabuledilemez ilan edilmesine* ;
3. AİHS'nin 10. maddesinin *ihlal edildiğine* ;
4. AİHS'nin 10. maddesiyle bağlantılı olarak 14. madde yönünden yapılan şikayetin ayrıca incelenmesine *gerek olmadığına* ;
5. a) AİHS'nin 44/2 maddesi gereğince kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içinde, ödeme tarihindeki döviz kuru üzerinden YTL'ye çevrilmek üzere, miktara yansıtılabilecek her türlü vergiden muaf tutularak Savunmacı Devlet tarafından başvurana 5.000 Euro (beş bin Euro) *ödenmesine* ;
b) sözkonusu sürenin bittiği tarihten itibaren ödemenin yapılmasına kadar Hükümet tarafından, Avrupa Merkez Bankası'nın o dönem için geçerli olan faiz oranının üç puan fazlasına eşit oranda basit faiz *uygulanmasına*;
6. Adil tatmine ilişkin diğer taleplerin *reddine*;

Karar vermiştir.

İşbu karar Fransızca olarak hazırlanmış ve AİHM'nin iç tüzüğü'nün 77. maddesinin 2. ve 3. paragraflarına uygun olarak 29 Nisan 2008 tarihinde yazılı olarak bildirilmiştir.

İşbu karara AİHS'nin 74. maddesinin 2. fıkrası ve AİHM iç tüzüğü'nün 45. maddesinin 2. fıkrasına uygun olarak Yargıç Türmen'in kısmi mutabakat şerhi eklenmiştir.

YARGIÇ TÜRMEİN'İN KİSMİ MUTABAKAT ŞERHİ

Çoğunlukla birlikte AİHS'nin 10. maddesinin esas bakımından ihlal edildiği sonucuna vardım. Zira kararda ifade edilen görüşe uygun olarak, başvuranın hakkında verilen iki yıl hapis cezasının - ki başvuran bu cezanın dokuz aylık kısmını çekmiştir, izlenen amaçla orantılı olmadığı kanaatindeyim. Bununla birlikte kararın arka planındaki muhakeme tarzını benimsememekteyim.

Başvuran konuşmasında ve dağıtılan broşürde 17 Ağustos 1999 tarihinde İzmir ilini vuran ve on binlerce insanın ölümüne yol açan depremin sorumluluğunu inanmayanların eylem ve hatalarına bağlamıştır. Başvurana göre bu deprem İslami başörtüsünün takılması yasağına ve başka hatalara karşı 'ilahi bir ikaz' idi.

Depremi ilahi bir müdahalenin sonucu olarak takdim etmek AİHS'nin 10. maddesi açısından bir sorun yaratmamaktadır. Bununla birlikte, bir ülkenin halkını inananlar, 'inanmayanlar' ya da 'günahkarlar' şeklinde bölerek cumhuriyetin laiklik ilkesine ve AİHS'ye aykırılık arz etmeyen bazı eylemlerden dolayı (başörtüsü takma yasağı gibi) 'inanmayanlara' karşı düşmanlığa tahrik etmek bana göre hoşgörüsüzlüğe dayalı nefret söylemi tanımının içine girer. Olayın, güçlü dini duyguların ifade edildiği ve her zaman büyük bir dindar kitlenin akın ettiği Ankara'nın en büyük camiinde meydana gelmiş olması bu konuşmayı daha da tehlikeli hale sokmaktadır. Bakanlar Komitesi'nin R (97) 20 sayı ve 30 Ekim 1997 tarihli tavsiye kararında 'nefret söylemi' ifadesi,

"ırksal nefreti, yabancı düşmanlığını, anti-semitizmi veya hoşgörüsüzlüğe dayalı başka nefret biçimlerini yayan, teşvik eden, destekleyen ya da haklı çıkarmaya çalışan her türlü ifade tarzı olarak anlaşılmalıdır" (cümlemin altını biz çizdik)

şeklinde tanımlanmıştır.

İrkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu 13 Aralık 2002 tarihli tavsiye kararında, üye devletlerin ırkçılık ve hoşgörüsüzlükle mücadeleyle yönelik mevzuatlarındaki ana unsurlara ilişkin olarak

- a) şiddet, nefret ya da ayrımcılığa alenen teşvik,
- b) alenen hakaret veya iftira
- c) tehdit "

gibi davranışların kasti olmaları halinde yasayla cezalandırılması gerektiği belirtilmiştir.

Yukarıda zikredilen metinlerde, nefrete teşvikin yanında ayrıca şiddete teşvikin de bulunmasının öngörülmediğini belirtmek gerekir. Bu konu AİHM içtihadınca teyit edilmiştir (bkz., sözelimi, *Jersild – Danimarka*, 23 Eylül 1994).

Bunun nedeni ayan beyan ortadadır. Zira nefret söylemi şiddeti zaten içinde barındırmaktadır.

Nefrete teşvikin hoşgörüsüzlüğe dayalı olabileceğini de ayrıca hesaba katmak gerekir.

Mevcut kararda başvuranın söyleminin "batıl inancı, hoşgörüsüzlüğü ve gericiliği telkin ettiği" ve " 'inanmayanları' hedef alan hakaretimiz bir ton barındırdığı" kabul edilmiştir.

Buna rağmen bir sonraki paragrafta AİHM başvuranın sözlerinin şiddete teşvik etmediği ve kine kışkırtmadığı gerekçesiyle 10. maddenin ihlal edildiği hükmüne varmıştır.

Oysa daha önce de ifade ettiğimiz üzere nefret söylemi hoşgörüsüzlükten doğabilmekte ve zaten bu söylem içinde şiddet barındırdığından açıkça şiddete teşvik etmesine gerek kalmamaktadır.

Bu nedenle AİHM içtihadının da teyit ettiği haliyle genel olarak kabul görmüş nefret söylemi tanımına uymayan ve daha önceki paragrafla çelişki arz eden kararın sözkonusu paragrafına katılmamaktayım.