



ARSLAN-TÜRKİYE DAVASI

(23462/94)

Strazburg

8 Haziran 1999

USULİ İŞLEMLER

1. Dava, Sözleşme'nin 32 madde 1. fıkra ve 47. maddesinde öngörülen üç aylık süre içinde, 17 Mart 1998 Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ("Komisyon") tarafından Sözleşmenin 19. maddesi uyarınca Mahkememize sunulmuştur. Türk vatandaşı olan Bay Günay Arslan tarafından 7 Ocak 1994 tarihinde eski Madde 25 kapsamında Türkiye Cumhuriyeti aleyhine Komisyon'a sunulmuş olan başvuruya (No. 23462/94) dayanmaktadır.

Komisyon'un talebi, Sözleşmenin eski 44 ve 48 (a) Maddeleri ile eski Mahkeme A İçtüzüğü'nün eski 32. Maddesi 2. Fıkrasına ilişkindir. Talebin amacı, davaya ilişkin gerçeklerin, muhatap Devlet tarafından hem ayrı olarak hem de 14. madde ile birlikte Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamındaki yükümlülüklerin ihlal edilip edilmediğine ilişkin bir kararın verilmesidir.

2. Eski İçtüzük 33. Maddesi 3. Fıkrası uyarınca yapılmış olan soruşturmaya cevaben başvuran adli takibata katılmak istediğini bildirmiş ve kendilerini temsil edecek avukatları vekil tayin etmiştir (eski içtüzük 30. maddesi). Bunun sonucunda, zamanın Mahkeme Başkanı olan Bay R. Bernhardt avukata yazılı takibatlarda Türkçe dilini kullanma izni vermiştir (Eski İçtüzük 27. Maddesi, 3. Fıkrası). İleri bir aşamada, Yeni Mahkeme Başkanı Bay Wildhaber başvuranın avukatına sözlü takibatlarda Türkçe dilini kullanma yetkisi vermiştir (İçtüzük 36. Madde 5. Fıkra).

3. 11 no'lu Protokol yürürlüğe girmeden önce ortaya çıkabilecek, özellikle usule ilişkin hususları ele almak üzere kurulan Heyetin Başkanı sıfatıyla (Sözleşmenin eski 43. Maddesi ve eski İçtüzük 21. Madde) ve Sekreter aracılığıyla hareket eden Bay Bernhardt, Türk hükümeti ("Hükümet") temsilcisinden, başvuranın avukatı ve Komisyon Delegatesinden yazılı prosedürün organizasyonu hakkındaki görüşlerini bildirmelerini istemiştir (Eski İçtüzük 37. Madde, Madde 1 ve 38). Bunun sonucunda gönderilen talebe ilişkin olarak Sekreter muhatap Hükümetin ve başvuranın görüşlerini sırasıyla 10 ve 17 Temmuz 1998 tarihlerinde almıştır. 8 Eylül tarihinde Hükümet görüşüne eklenecek evrakları göndermiştir ve 13 Kasım tarihinde başvuran adil tazmin talebinde bulunmuştur (Sözleşme'nin 14. Maddesi ve Yeni Mahkeme İçtüzüğü'nün 60. Maddesi).

*Dışişleri Bakanlığı Çok Taraflı Siyasî İşler Genel Müdürlüğü tarafından Türkçe'ye çevrilmiş olup gayriresmi tercümedir.

4. 11. No'lu Protokol'ün 1 Kasım 1988 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra ve anılan Protokol'ün 5. Maddesi 5. fıkrası uyarınca, dava Yüce Mahkeme Heyeti'ne sunulmuştur. 22 Ekim 1998 tarihinde Bay Wildhaber bu dava ve Karataş - Türkiye (başvuru no. 23168/94); Polat - Türkiye (no. 23500/94); Ceylan - Türkiye (No. 23556/94), Okçuoğlu –

Türkiye (no. 24146/94); Gerger - Türkiye (no. 24919/94); Erdoğan ve İnce - Türkiye (no. 25067/94 ve 25068/94); Başkaya ve Okçuoğlu - Türkiye (no. 23536/94 ve 24408/94); Sürek ve Özdemir - Türkiye (no. 23927/94 ve 24277/94); Sürek-Türkiye, no. 1 (no. 26682/95), Sürek - Türkiye no. 2 (no. 24122/94); Sürek - Türkiye no.3 (no. 24735/94) ve Sürek- Türkiye no. 4 (no. 24762) olmak üzere, Türkiye'ye karşı açılan on iki emsal davası için adaletin doğru şekilde uygulanmasına yönelik olarak tek bir Heyetin kurulmasına karar vermiştir.

5. Bu amaca yönelik olarak oluşturulan Heyet, Türkiye için res'en, seçilmiş bulunan hakim Bay R. Türmen (Sözleşme'nin 27. Maddesi, 2. fıkrası ve Mahkeme İçtüzüğü 24. Maddesi, 4. Fıkrası), Mahkeme Başkanı Bay Wildhaber, Mahkeme Başkan Yardımcısı Bayan E. Palm ve Bölüm Başkan Yardımcıları Bay J.P. Costa ile Bay M. Fischbach'tan oluşmuştur (Sözleşme'nin 27. Maddesi, 3. fıkrası ve İçtüzük 24. Madde 3 ve 5(a) maddeleri). Heyet için atanan diğer üyeler: Bay A. Pastor Ridruejo, Bay G.Bonello, Bay J. Makarczyk, Bay P. Kuris, Bayan F. Tulkens, Bayan V. Straznicka, Bay V. Butkevych, Bay J. Casadevall, Bayan H. S. Gereve, Bay A. Baka, Bay R. Maruste ve Bayan S. Botoucharova (İçtüzük 24. Madde, 3. Fkra ve 100. Madde, 4. Fıkra).

19 Kasım 1998 tarihinde Bay Wildhaber İçtüzüğün 28. Madde, 4. Fıkrası uyarınca, Ogür - Türkiye davasında alınan Heyet kararına ilişkin olarak, davadan çekilmesinden sonra Bay Türmen'i oturumdan muaf tutmuştur. 16 Aralık 1998 tarihinde Hükümet Bay F. Gölcüklü'nün *ad hoc* hakim olarak atandığını tebliğ etmiştir (İçtüzük 29. Madde, 1. fıkra).

Bunun sonucunda, davanın ileriki aşamalarında yer alamayacak olan Bayan Botoucharova'nın yerine Bay K. Traja getirilmiştir (İçtüzük 24. Madde, 5 (b) fıkrası).

6. Mahkemenin daveti üzerine (İçtüzük 99. Madde, 1. fıkra) Komisyon, üyelerinden biri olan Bay H. Danelius'u Heyet huzurunda takibatlara katılmak üzere atamıştır.

7. Başkanın kararı uyarınca duruşma halka açık olarak 1 Mart 1999 tarihinde Sürek - Türkiye ve Ceylan - Türkiye davaları ile eş zamanlı olarak Strazburg'daki İnsan Hakları Mahkemesinde gerçekleştirilmiştir.

Mahkeme huzurunda hazır bulunanlar:

- (a) *Hükümet adına*
Bay D. TEZCAN

Bay ÖZMEN *Ortak Ajanlar,*

Bay B. ÇALIŞKAN

Bayan A. GÜNYAKTI

Bay F.POLAT

Bayan A.EMÜLER

Bayan I.BATMAZ KEREMOĞLU

Bay B.YILDIZ
- (b) Bay Y.ÖZBEK *Danışmanlar*
Komisyon adına
Bay H.DANELIUS *Delege*
- (c) *Başvuran adına*
İstanbul Barosu'ndan Bay *Avukat*
H.KAPLAN

Mahkeme, Bay Danelius'un, Bay Kaplan'ın, Bay Tezcan'ın ve Bay Özmen'in beyanlarını dinlemiştir.

DAVA ESASLARI

I. Dava İle İlgili Olaylar

8. Başvuran, Yunus Nadi Ödülü kazanan “Yas Tutan Tarih, 33 Kurşun” adlı kitabın yazarıdır.

Kitap Aralık 1989 tarihinde, ikinci baskısı ise Temmuz 1991 tarihinde yayınlanmıştır. Kitapta tanınmış bir Kürt taraftarı politikacı ve ana teması Türkiye’deki Kürt sorunu olan ve 1992 yılında katledilen bir yazar olan Musa Anter’e ithaf edilen bir önsöz bulunmaktadır.

A. İlk Baskıya İlişkin Takibatlar

9. 29 Ekim 1989 tarihinde Bay Aslan ile ilgili olarak yürütülen ceza tahkikatı sürecinde, İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi (“Devlet Güvenlik Mahkemesi”) Cumhuriyet Savcısı anılan mahkemenin yukarıda belirtilen kitabın toplatılmasına ilişkin bir ihtiyati tedbir kararı alması talebinde bulunmuştur.

Anılan tarihte verilen emir üzerine, hakim bu uygulamaya müsaade etmiştir.

10. 22 Ocak 1990 tarihinde Cumhuriyet Savcısı başvuranın bölücü propaganda yapmakla suçlamıştır. Kitabında Bay Arslan’ın Türkiye Cumhuriyeti’nde çeşitli ulusların bulunduğunu iddia ettiğini, Türk ulusunu barbar olarak tanımladığını, soykırım değilse de, Kürtlerin sürekli bir baskının kurbanı olduklarını ileri sürdüğünü ve Güney - Doğu Türkiye’deki asilerin eylemlerini övdüğünü belirterek, Türk Ceza Kanunu’nun 146. Maddesinin 3 ve 6. fıkralarının uygulanmasını ve kitabın toplatılmasını talep etmiştir. İddianamede kitaptan yapılan aşağıdaki alıntılar bulunmaktadır:

“Orta Doğu’daki Türklerin konumu çok ilginçtir... Göçebe dalgası olarak gelerek, kendilerinden bin kez fazla medeni olan ulusların topraklarını işgal etmişler ve kendilerine ait baskın bir kültürleri olmadan zorba, şiddet içeren ve gayri insani hareketlerle örneğin Araplar, Farslar ve Kürtler gibi bu halkları kontrol etmeye kalkışmışlardır. Böyle bir organizasyonun, şiddete dayalı bu barbar mekanizmanın, bu Devlet düzeninin demokratik kararları uygulaması beklenebilir mi? Bu boş bir umut olurdu. Bugün bile, Türkiye’de hüküm süren bu zihniyettir. Örneğin, birisi Kürdistan’ın Kürtlere, Ermenistan’ın Ermenistan’a, “Lazistan”ın “Lazlara” ve Rum

devletinin “Rumlara” ait olduğunu söylese, Türklere ne kalacak?... Balkanlarda ve Orta Doğu’da (Türklerin) zulmetmedikleri tek bir kişi yoktur. Bu yüzden bugün Türkler Bulgarların, Yunanların... ve içerde Kürtlerin kendilerini düşman olarak gördüklerini fark etmiştir. Sonuçta, “Türk’ün Türkten başka dostu yoktur” deyişinde olduğu gibi bu durum aksiyom bir hale gelmiştir. Bulgarlar, Yunanlar ve Araplar gibi bazı gruplar bu barbar yönetime karşı kendi özgürlüklerini kazanmışlardır. Sadece Kürtler kalmıştır. Hem Türkler hem de Kürtler bu konuda ne yapacaklarını bilmemektedir. Türkistan’lı bir Türk Kürdistan’da yaşayan bir Türkü ret etmektedir. Bir Kürt oğluna ne babasının ismini verir ne de kendi adını seçer... (önsöz, sayfa 7-10).

....Silopi’deki Kürt köylülerin isyanı daha büyük ölçekte tepkilere neden olmuştur; Kürtler kendi arkadaşları olan Kürtlerin katledilmesine karşı öfkeyle patlamıştır. Asurlu despotizme karşı verdikleri mücadelede, bir zamanlar Orta Doğu’daki halkların egemenliğinde olan Kürt halkı direnerek, Türk şovenizminin şiddetinin büyük kalesini parçalayacakları günün mutlu haberini veriyorlardı... [“Silopi’nin ebediliği” başlıklı bölüm, sayfa 58-59]

11. Devlet Güvenlik Mahkemesi’nde başvuran bu suçlamaları reddetmiştir. Özellikle Bay Anter tarafından yazılan önsözden dolayı sorumlu tutulamayacağını iddia etmiştir. Tanık olarak dinlenen Bay Anter’in kitap için hiçbir zaman önsöz yazmayı amaçlamadığını, ancak sadece yıllarca önce yazdığı bir makalenin bulunduğu süreli yayını isteği üzerine başvurana verdiğini beyan etmesinden dolayı bu iddia hakimler tarafından kabul edilmemiştir.

Başvuran aynı zamanda kitabı yazmadaki amacının hiçbir zaman bölücü uçlara yönelik çalışmak olmadığını, ancak kendi memleketi olan Van’da meydana gelen ve kendi aile üyeleri dahil olmak üzere, 33 köylünün hayatına mal olan olaylara ilişkin görüşlerini bildirmek olduğunu belirtmiştir.

12. 29 Mart 1991 tarihinde Devlet Güvenlik Mahkemesi başvuranı altı yıl, üç aylık bir hapis cezasına mahkum etmiş ve kitabın toplatılması emrini vermiştir.

Mahkeme kararında, Devlet politikasını eleştirmek için Doğu ve Güneydoğu Anadolu’da meydana gelen belirli olayları kitabında yazarın taraflı olarak ele aldığı ve Kürtlerin bazen onları vuran jandarmanın baskısı altında ezildiğini ve Kürtlerin temel haklarının ihlal edildiğini ileri sürdüğünü belirtilmiştir. Karar özellikle aşağıdaki satırları dikkate almıştır:

“Kitapta, ülkenin bir bölümünden Kürt bölgesi ya da illeri olarak bahsedilmiştir ve buraların Kürtlere ait olması gerektiği, Kürtlerin Kürdistan denilen kendi ülkelerini kurdukları belirtilmiştir; ayrıca, Türkistan’dan gelen Türklerin Kürtleri Kürdistan dışına sürdükleri ve bu bölgenin genel bir savaşa girdiği ve karşı koyma durumunda olduğu belirtilmiştir.”

Devlet Güvenlik Mahkemesi yorumsuz olarak ilişkilendirilmesi gereken söz konusu olayların ve bunlara sebep teşkil eden hususların topluma sunulmasının son derece büyük olan önemini vurgulamış, ancak araştırma bulguları olarak sunulmasına rağmen, kitabın içeriğinin bu tür bir amacın ötesine gittiğini belirtmiştir.

Hazırlık soruşturmalarını kabul eden Devlet Güvenlik Mahkemesi Kitapta ve özellikle önsözünde ayırt edilen temanın ırkçı düşüncelere dayalı bölücü propaganda içerdiğini ve vatanseverlik duygusunu zayıflatmayı amaçladığını ve bu durumun da Bay Arslan’ın mahkumiyetini haklı çıkarttığını kabul etmiştir.

13. 12 Nisan 1991 tarihinde Terörle Mücadele Kanunu yürürlüğe girmiştir (3713 Sayılı Kanun). Başvuranın mahkumiyetine dayanak teşkil eden Ceza Kanunun 142. Maddesini yürürlükten kaldırmıştır. Sonuç olarak, 3 Mayıs 1991 tarihli karar ile DGM, Bay Arslan’ın mahkumiyeti geçersiz ve hükümsüz kılınmış olduğunu beyan etmiş ve kitabın toplatılan nüshalarının iadesi emrini vermiştir.

B. İkinci Baskıya İlişkin Takibatlar

14. Bay Arslan’ın kitabı 21 Temmuz 1991 tarihinde yeniden yayınlanmıştır.

30 Temmuz tarihinde, Cumhuriyet Savcısı kitabın yeniden yayınlanmasının “Devletin bölünmez bütünlüğü” aleyhinde tüm propagandaları yasaklayan 3713 sayılı Kanunun 8. bölümünü ihlal ettiği gerekçesine dayanarak, Devlet Güvenlik Mahkemesinden kitabın toplatılmasını talep etmiştir (aşağıdaki paragraf 23’e bakınız).

15. 31 Temmuz tarihli karar ile mahkeme hakimi, suç teşkil eden unsurların tespit edilmediği gerekçesine dayanarak bu başvuruyu reddetmiştir.

Aynı gün Cumhuriyet Savcısı Ceza Kanunun eski 142. Maddesi, 3. fıkrasında belirtilen suçu teşkil eden eylemlerin 3713 sayılı kanunun 8(1) bölümü uyarınca suç teşkil eden eylemlerden hiçbir şekilde farklı olmadığını ileri sürerek başvurusunu yinelemiştir. Bölücü propaganda içerdiği gerekçesine dayanarak, 29 Aralık 1989 tarihinde toplatılması emri verildiği zaman kitabın Devletin bölünmez bütünlüğüne karşı propaganda oluşturduğunun tespit edilmemesinin mantık dışı olduğunu ileri sürmüştür (yukarıdaki paragraf 9'a bakınız). 5 Ağustos 1991 tarihinde hakim başvuruyu reddetmiştir.

16. 23 Ağustos tarihinde, Cumhuriyet Savcısının talebi üzerine Adalet Bakanlığı 5 Ağustos 1991 tarihli karar aleyhine olan kanunun açıklığa kavuşturulması için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına başvuruda bulunma kararı vermiştir (yukarıdaki paragraf 15'e bakınız).

Yargıtay, bir davaya ilişkin ihtiyati tedbirin uygunluğunun değerlendirilmesinin ve bir yayının içeriğinin kanunlara aykırı olup olmadığının ancak esasa ilişkin bir karar ile tespit edilebileceği gerekçesine dayanarak, 13 Eylül 1991 tarihli kararıyla temyiz başvurusunu reddetmiştir.

17. 12 Eylül 1991 tarihli iddianamede, Cumhuriyet Savcısı, Bay Arslan ve yayıncısını 3713 sayılı kanunun 8. bölümün (1 ve 2) kapsamı dahilinde "Devletin bölünmez bütünlüğü" aleyhine propaganda yapmak ile suçlamıştır (aşağıdaki paragraf 23'e bakınız).

22 Ocak 1990 tarihli iddiasında bulunan alıntıları yeniden sunmuş ve aşağıdaki de dahil olmak üzere, kitaptaki diğer bölümlere de değinmiştir:

" .. Son zamanlara dek altüst edilen, karışıklık içinde bulunan ve farklı yönlerle bölünmüş olan Kürt halkı kendilerine yüklenen bu kaderi ret ederek bu gidişe bir dur demişler ve artık kendi kaderlerini oluşturmak için dev adımlarla yürümeye başlamışlardır. Yüzyıllardır bu insanları zincirleyenler ve emeklerini sömürenler, bu tür bir adaletsizlik ve onur kırıcı duruma karşı (Kürtlerin) kalplerinde direniş tohumlarının filizlendiğini gördüklerinde paniklemişlerdir. Özel savaşın ana özelliklerinden biri olarak ve sürgün, tehdit, tutuklama, işkence ve baskı politikalarına karşı Kürt halkının büyük çoğunluğunun direnişine katliamlar ile cevap veren yöneticilere hizmet etmek için, özel güçler PKK militanlarının elinde bozguna uğrama hislerini ifade etmek için köylüleri katletmekten daha iyi bir yol bulamamışlardır. Silopi'deki köylülerin katliamı, nüfusun çoğunluğunu Kürtlerin oluşturduğu bu bölgelerde meydana gelen gelişmelerdeki yeni dönemin gelişini ilan etmişti. Güvenlik Kuvvetleri ile PKK gerillaları arasında bu bölgede süregelen özel

savaş sona yaklaşıyordu... Aylardır çok sayıda bölüğü silah altına alıp Botan bölgesine- özellikle Cudi dağlarına- gönderen Devlet (PKK'nın) silahlı baskınlarını önleyememişti ve ölçeği basın tarafından son derece abartılan (PKK'ya karşı) son operasyonlarının hiçbir sonuç vermediğini anlamasıyla birlikte, Devlet tarihi Ağrı isyanının bastırılması örneğini takip etmeye ve nihai çözümü - soykırımı uygulamaya karar verdi. O tarihten itibaren, bu çözüme ulaşmak için her türlü çaba gösterilecektir. Silopi ile başladılar; ölüm birlikleri başlattıkları insan avında ilerleme kaydetmek için her yolu denemişlerdir. Karşı isyan tarafları gibi, çeteler ve köy korucuları hükümetten para alan ve Kürt kanı içmeleri emredilen klan liderlerini Kürt bölgelerine salmışlardır....”

18. Devlet Güvenlik Mahkemesi huzurunda başvuran, kitabının gerçek olaylara ve bir gazeteci olarak kendi gözlemlerine dayandığını özellikle ileri sürerek, kendisine karşı yapılan suçlamaları bir kez daha reddetmiştir. Mesleki faaliyeti bağlamında belirli olayları ilişkilendirmekten ötesini gerçekleştirmediğini belirtmiştir.

19. 28 Ocak 1993 tarihinde, Devlet Güvenlik Mahkemesi başvuranın “Devletin bölünmesi bütünlüğü” aleyhine propaganda yapmaktan suçlu bulmuştur ve 3713 sayılı kanunun 8(1) Bölüm uyarınca başvuran altı aylık hapis cezası ve 41,466,666 Türk lirası para cezasına çarptırılmıştır.

Kararında Devlet Güvenlik Mahkemesi, başvuranın bir önceki mahkumiyetinin 3 Mayıs 1991 tarihinde geçersiz ve hükümsüz kılınması hususunun (yukarıdaki paragraf 13'e bakınız) ceza kanunun farklı bir hükmüne dayanılarak yeni bir suçlama nedeniyle kendisi aleyhinde dava açılmasına herhangi bir engel teşkil etmediğini başından bu yana belirtmektedir. Dava esasına ilişkin olarak mahkeme, kitabın belirli bölümlerine başvurmuş ve – 29 Mart 1991 tarihli karar mantığına paralel olarak - başvuranın Kürt kökenli vatandaşları Devlete karşı isyana teşvik etmeyi amaçladığını kabul etmiştir.

20. 9 Mart 1993 tarihinde başvuran Devlet Güvenlik Mahkemesinin bu kararına itiraz etmiştir. Bay Anter'in aslında önsözün yazarı olduğunu ispatlamak amacıyla, başvuran tanığın dinlenmesini talep etmiştir. Başvuran, kitabın ilk kısmının tarihi bir olaydan uyarlandığını, ikinci kısmının ise önceden yayınlanmış makalelerin toplaması olduğunu ileri sürmüştür. Ayrıca, Kürt nüfusuna yönelik baskıyı eleştirmesinden dolayı mahkumiyetinin ifade özgürlüğüne yönelik ciddi bir tehdit teşkil ettiğini belirtmiştir.

17 Mart 1993 tarihinde Devlet Güvenlik Mahkemesi yasal süresi içinde

başvurunun yapılmadığı gerekçesine dayanarak itirazı reddetmiştir. Daha sonra başvuran Yargıtay’a temyiz başvurusunda bulunmuştur. Yukarıda belirtilen iddiaları yineleyerek, başvuran düşüncelerini ifade etmesinden dolayı bir insanın mahkum edilmesinin modern bir toplumda kabul edilemez olduğunu ve bir kitabın önsözünün dahi tehlike teşkil ettiği düşünülüyor ise, bir ülkenin “bütünlük” ya da “bölünmezlik”e sahip olduğunun söylenemeyeceğini iddia etmiştir.

21. Yargıtay İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından gerçekleştirilen delil tespitinin, başvuranın temyiz başvurusu gerekçesinin reddini doğruladığını kabul ederek, 16 Eylül 1993 tarihli kararıyla Bay Arslan’ın aleyhine karar vermiştir.

II. İlgili İç Hukuk Ve Uygulamaları

A. Ceza Kanunu

1. Ceza Kanununun Eski 142. Maddesi

22. 3713 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılan Ceza Kanunun eski 142. Maddesinin 3 ve 6. paragrafları (aşağıdaki paragraf 23’e bakınız) şu şekildedir:

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

6. Yukarıdaki fıkralarda yazılı fiiller neşir vasıtası ile işlendiği takdirde verilecek ceza yarı nispetinde artırılır.”

2. Terörle Mücadele Kanunu (3713 sayılı kanun):

23. 3713 sayılı kanun 12 Nisan 1991 tarihinde yayınlanmıştır. 27 Ekim 1995 tarih ve 4126 sayılı Kanun tarafından daha sonra yürürlükten kaldırılan) 8. bölüm aşağıdaki şekildedir.

Eski 8. Bölüm (1)

“Türkiye Cumhuriyetinin Ülke bütünlüğü ve ulusun bölünmez birliğini zedelemeye matuf yazılı ve sözlü propaganda, toplantı ve gösteriler, kullanılan yöntem ve amacına bakılmaksızın yasaklanmıştır. Anılan türden fiillere katılan şahısların 2 yıldan az olmamak üzere 5 yıla kadar ağır hapis cezasına ve 50 Milyon ila 100 Milyon TL tutarında ağır para cezasına çarptırılmasına hükmolunur.”

B. Hükümet Tarafından Sunulan Emsal Ceza Davası

24. Hükümet, Ankara Devlet Güvenlik mahkemesine bağlı Cumhuriyet Savcısı tarafından özellikle dini gerekçelerle halkı kin ve düşmanlığa teşvik etmekten (Ceza Kanunun 142312. maddesi) ya da Devletin bölünmez bütünlüğü aleyhine propaganda yapmaktan sanık (3713 no’lu Kanunun 8. Bölümü- yukarıdaki 23. paragrafa bakınız) şahsın aleyhine suçlamaların geri çekilmesine ilişkin kararlarının bazı suretlerini temin etmiştir. Suçların neşir yoluyla işlendiği davaların çoğunluğunda, Cumhuriyet Savcısının kararına yönelik sebeplerin takibatların zaman aşımına uğraması, suç teşkil eden unsurlardan bazılarının tespit edilememesi ya da yetersiz delil olması gibi hususları içermektedir. Diğer gerekçeler, yayınlanan neşriyatların dağıtılmaması, yasadışı bir amacın olmadığı ya da suç işlenmediği ya da sorumlu şahısların tespit edilememesi gibi hususları içermiştir.

Ayrıca Hükümet, yukarıda belirtilen suçlardan sanık davalıların suçlu bulunmadığı emsal davalarında Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından verilen birkaç kararı sunmuştur. Bu kararlar şunlardır: **1991/23**, 75, 132, 177 ve 100; **1992/33**, 62, 73, 89 ve 143; **1993/29**, 30, 38, 39, 82, 94 ve 114; **1994/3**, 6, 12, 14, 68, 108, 131, 141, 155, 171 ve 172; **1995/1**, 25, 29, 37, 48, 64, 67, 84, 88, 92, 96, 101, 120, 124, 134 ve 135; **1996/2**, 8, 18, 21, 34, 38, 42, 43, 49, 54, 73, 86, 91, 103, 119 ve 353; **1997/11**, 19, 32, 33, 82, 89, 113, 118, 130, 140, 148, 152, 153, 154, 187, 191, 200 ve 606; **1998/6**, 8, 50, 51, 56, 85 ve 162.

Kürt sorunu ile ilgili eserlerin yazarları aleyhine olan takibatlar açısından, bu davalarda Devlet Güvenlik Mahkemeleri suç teşkil eden unsurlardan biri olan “propaganda”nın yapılmadığı gerekçesine dayanarak ya da kullanılan kelimelerin bilimsel, tarihi ve/veya tarafsız özelliklerini dikkate alarak bu kararları vermişlerdir.

KOMİSYON HUZURUNDA YAPILAN TAKİBAT

25. Bay Arslan 7 Ocak 1994 tarihinde Komisyon’a başvuruda bulunmuştur. Aynı suçtan iki kez yargılanarak 6. Maddenin 1. fıkrası ile teminat altına alınan şekilde adil yargılanma hakkının ihlal edildiği şikayetinde bulunmuştur. Sözleşme’nin 6, 9 ve 10. maddelerine dayanarak, başvuran ayrıca mahkumiyetinin düşünce özgürlüğü ve ifade özgürlüğü hakkını ihlal ettiği ve İstanbul Devlet Güvenlik Mahkeme’sinin kitabının sadece bir bölümü ve kendisi tarafından yazılmamış olan önsözüne dayanarak kendisini mahkum ettiği şikayetinde bulunmuştur. Son olarak, Madde 10 ile birlikte ele alınan Madde 14’e aykırı olarak, siyasi görüş gerekçesiyle ayrımcılık mağduru olduğunu ileri sürmüştür.

26. 14 Ekim 1996 tarihinde Komisyon iki kez yargılanmama ilkesinin Türkiye tarafından onaylanmamış olan 7. no’lu Protokol’ün 4. Maddesinde yer aldığı gerekçesine dayanarak, anılan ilkenin ihlaline yönelik şikayeti hariç tutmak suretiyle başvuruyu kabul etmiştir. 11 Aralık 1997 tarihli raporunda (Madde 31), düşünce özgürlüğü ve ifade özgürlüğü hakkının ihlaline yönelik şikayeti sadece 10. Madde açısından incelemiştir ve otuza karşı iki oyla bu hükmün ihlal edildiğine yönelik görüş bildirmiştir. Madde 10 ile birlikte ele alınan Madde 14 altında herhangi ayrı bir hususun vuku bulmadığına dair görüş bildirmiştir (otuza karşı iki oy). Komisyon görüşünün ve raporda bulunan karşı görüşün tam metni bu kararın ekinde sunulmuştur.

MAHKEMEYE YAPILAN NİHAİ SUNUMLAR

27. Başvuran dilekçesinde, ilk olarak aynı eylemden iki kez mahkum edilmesi ve de ikinci olarak kendisini yargılayan İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi’nin “bağımsız ve tarafsız bir mahkeme” olmaması ile 6. Madde’nin 1. fıkrasının iki kez ihlal edilmesinin mağduru olduğunu ileri sürmüştür. Aynı zamanda başvuran 9 ve 10. maddeler ile 10. madde ile birlikte ele alınan 14. maddenin ihlalinden şikayetçi olmuş ve Mahkemeden Sözleşme’nin 41. maddesi altında belirtilen meblağların kendisine ödenmesini talep etmiştir.

28. Hükümet Mahkemeden aşağıda belirtilenlerin kabulü isteminde bulunmuştur:

“1. mevcut davada Terörle Mücadele Kanunun uygulanmasının başvuranın ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine ilişkin iddianın Türk mahkemelerine sunulmamış olmasından dolayı yerel başvuru mercileri tüketilmediğinden, mevcut uygulamanın ilk olarak kabul edilmemesi;

2. BAşvuranın şiddete teşvik ve Türkiye'ye karşı suç işleme mahkumiyetinin demokratik toplum için gerekli olduğunun, amaçlanan meşru hedef ile orantılı olduğu ve uygun şekilde Sözleşme'nin 10. Maddesini ihlal etmediği;

3. İfade zgrlğ ihlali olmadığından Madde (41)in uygulanmasının uygun olmadığı.”

İddialarını desteklemek için, Güneydoğu Türkiye'de meydana gelen çeşitli olaylar ile ilgili raporlar ve Türkiye içindeki bu olayların sosyal ve siyasi etkilerine ilişkin bilgilerin bulunduğu ve 1991 yılında yayınlanan günlük gazetelerden alıntılar sunmuşlardır.

HUKUK AÇISINDAN

I. Dava Kapsamı

29. Mahkemede görülmekte olan davanın kapsamı, komisyonun kabul edilebilirlik kararı ile belirlenmektedir (rneğin, 28 Ekim 1998 tarihli ıraklar-Türkiye davası, Kararlar ve Hükümleri Raporları 1998-..., sayfa., 28. fıkra ve 21 Ocak 1999 tarihli Janowski- Polonya davası, Raporlar 1999-..., sayfa., 19. fıkra'ya bakınız). Mevcut davada şikayetlerin birincisinin Komisyon tarafından kabul edilmediği ve ikincisinin Komisyona sunulmaması sebebiyle Mahkemenin 6 Madde, 1. Fıkraya ilişkin şikayetleri ele alamayacağı belirtilmiştir (yukarıdaki paragraf 27'e bakınız). Bu nedenle mahkeme incelemesi ayrı ayrı ele alınan Madde 9 ve 10 ile Madde 10 ile birlikte ele alınan Madde 14 altındaki şikayetler ile sınırlandırılacaktır.

II. Sözleşme'nin 9. ve 10. Maddelerinin İhlali İddiası

30. Bay Arslan başvurusunda Terörle Mücadele Kanunun (3713 sayılı kanun) 8. bölümü uyarınca mahkumiyetinin Sözleşme'nin 9 ve 10. Maddelerinin ihlal ettiğini bildirmiştir. Ancak, Mahkeme huzurunda yapılan duruşmada, bu şikayetin

“1. Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğünü, kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo,televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel

değildir.

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

şeklindeki Madde 10 açısından ele alınmasına yönelik Hükümet ve Komisyon önerisine itizarda bulunmamıştır (diğer yetkililerin yanı sıra, 9 Haziran 1998 tarihli Incal- Türkiye davası kararı, Raporlar 1998-..., sayfa..., 60. fıkra).

A. Hükümetin Ön İtirazları

31. Komisyon nezdinde ileri sürülen şekilde Hükümet, başvuranın kendi ifade özgürlüğü hakkının ihlaline ilişkin bir şikayette bulunmadığı ve bu yüzden Sözleşme’nin 35. Maddesi, 1. fıkrası uyarınca iç hukuk yollarının tüketilmediği yönünde görüş belirtmiştir.

32. Bay Arslan başvurusunun kabul edilebilirliğe dair Sözleşme gereklerine uygun olduğunu ileri sürmüştür.

33. Mahkeme, Sözleşmenin 35. Maddesinin 1. fıkrasının amacının ilgili itirazlar Mahkemeye sunulmadan önce kendileri karşı yapıldığı ileri sürülen ihlalleri engelleme ya da düzenleme olduğunu yinelemiştir. Bu hüküm “belli derecede esneklik ile ve aşırı resmiyet olmadan” uygulanmalıdır; başvuranın müteakiben Strazburg’da yapma niyetinde olduğu şikayetleri ulusal yetkililer nezdinde “asgari olarak özü itibariyle ve iç hukukta öngörülen resmi gerekler ve zaman sürelerine uygun olarak” yapması yeterli olacaktır (diğer yetkililerin yanı sıra Fressoz ve Roire – Fransa davası 21 Ocak 1999 tarihli kararı, Raporlar, 1999-..., sayfa..., 37. fıkra’ya bakınız).

Mevcut davada Mahkeme Bay Arslan’ın Yargıtay huzurunda diğer sunumlarının yanı sıra mahkumiyetinin ciddi derecede ifade özgürlüğünü tehdit ettiğini ileri sürdüğünü belirtmiştir (yukarıdaki paragraf 20’ye bakınız). Komisyon gibi, Mahkeme mevcut duruma dayanarak, başvuranın asgari olarak özü itibariyle

Madde 10 altında yaptığı şikayeti Türk yüce mahkemesine sunduğu görüşüne varmıştır.

B. Şikayete İlişkin Esaslar

34. Mahkeme huzurunda bulunanlar, “Yas tutan tarih, 33 kurşun” adlı kitabın ikinci baskısını takiben başvuranın mahkumiyetinin ifade özgürlüğü hakkının kullanılmasına müdahale teşkil ettiği konusunda mutabakata varmışlardır. Bu tür bir müdahale Madde 10’un ikinci Fıkrasının gereklerini yerine getirmediği sürece Madde 10’u ihlal etmektedir. Bu sebepten dolayı Mahkeme “kanun tarafından öngörülen şekilde” anılan paragrafta belirtilen bir ya da daha fazla meşru amaca yönelik olup olmadığını ve ilgili amaçların gerçekleştirilmesi için “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığını tespit etmesi gerekmektedir.

1. “Kanunlar tarafından öngörülme”

35. Ne başvuran, ne de Hükümet 3713 sayılı kanunun 8. bölümünün Sözleşme kapsamında “kanun” olarak ele alınıp alınmayacağı hususuna ilişkin görüş beyanında bulunmamışlardır.

36. Mahkeme huzurunda yapılan duruşmada, Komisyon Delegesi bu hükmün metninin belirsiz olduğu ve “kanun” terimin doğasında bulunan açıklık ve öngörülebilirlik gereklerinin yerine getirilip getirilmediği konusunun sorgulanabileceği konusunda görüş bildirmiştir. Ancak, Komisyon’un 8. bölümün başvuranın mahkumiyeti açısından yeterli meşru tabanı temin ettiği görüşünü ele aldığını belirterek delege müdahalenin “*kanun tarafından öngörüldüğü*” yönünde görüş bildirmiştir.

37. Mahkeme Delege’nin 3713 no’lu kanunun 8. bölümünün metninin belirsizliğine ilişkin görüşünü dikkate almaktadır. Ancak, Komisyon gibi Mahkeme de başvuranın mahkumiyetinin Terörle Mücadele Kanunun 8. bölümüne dayalı olmasından dolayı (3713 sayılı kanun) sonuç olarak ifade özgürlüğü hakkına müdahalenin özellikle başvuran bu hususun doğruluğunu kabul etmediğinden “kanun tarafından öngörülen” olarak kabul edilebileceğini belirtmiştir (yukarıdaki paragraf 35’e bakınız).

2. Meşru amaç

38. Başvuran bu konuda görüş beyanında bulunmamıştır.

39. Hükümet söz konusu müdahalenin amacının sadece Komisyon’nun belirttiği gibi “devlet güvenliğini” korumak ve “kamu düzenini” sağlamak değil, aynı zamanda “devlet bütünlüğünü” ve ulusal birliği korumak olduğu yönünde görüş bildirmiştir.

40. Mahkeme, Güneydoğu Türkiye’deki güvenlik durumunun hassasiyetini (Bakınız 25 Kasım 1997 tarihli Zana – Türkiye kararı, 1997-VII Raporları, s. 2539, 10. Madde) ve yetkililerin gereksiz şiddeti destekleyecek hareketlere karşı tetikte olma gereğini de dikkate alarak, başvuran aleyhinde alınan önlemlerin, başta ulusal güvenliğin ve ülke bütünlüğünün korunması ve asayişsizlik ve suçun önlenmesi olmak üzere Hükümet tarafından belirlenen belli amaçların uzantısı olduğu kanaatine varmıştır. Bu durum özellikle bölücü faaliyetlerin şiddet kullanımına dayalı yöntemlere bağlı olduğu, dava konusu olayların cereyan ettiği tarihlerdeki Güneydoğu Türkiye’deki durum için geçerlidir.

3. “Bir Demokratik Toplum için Zaruriyet”

(a) Mahkeme huzurunda bulunanların iddiaları

(i) Başvuran

41. Başvuran kitabının Güneydoğuyu Türkiye’den ayıran çatışma başlamadan ve PKK kurulmadan önce meydana gelen olayları ilişkilendirdiğini belirtmiştir. Kitabının yayınlanması ile belirtilen çatışma ya da örgüt arasında herhangi bir bağlantının yapılamayacağını vurgulamıştır. Yazıları Cumhuriyet aleyhine “şiddetli bölücülük” ya da ayrımcılık propagandası yapmamıştır ve nefret içeren ya da hükümete karşı halkı isyana teşvik eden herhangi bir fikir içermemektedir. Her durumda, kitap yazmak bir terör eylemi ile eşdeğer tutulamaz.

(ii) Hükümet

42. Hükümet İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesinin belirttiği şekilde başvuranın kitabında Türk Devletini saldırgan ülke olarak tanımladığını, Kürt asıllı okuyucuları silahlanmaya teşvik ettiğini ve hedefi Türkiye'nin ülke bütünlüğüne zarar vermeyi amaçlayan bir terör örgütünü alenen savunduğunu belirtmiştir. Bu iddiayı desteklemek için, - Başvuranın aksine Musa Anter tarafından yazıldığı hükümet tarafından iddia edilen – önsözden ve kitap metninden alıntılar mahkemeye sunmuştur. Türk Devletinin burada terörist olarak tanımlandığını ve Nazi Almanyası ile karşılaştırıldığını ve Silopi'de PKK tarafından düzenlenen protestonun tüm Kürt nüfusunun isyanı olarak sunulduğunu özellikle vurgulamışlardır.

Madde 10 toprak bütünlüğünün terörizm tehdidi altında bulunduğu durumlarda Sözleşme Devletlerine geniş bir takdir marjını sağlamaktadır. Ayrıca, -PKK'nın sistematik olarak kadınları, çocukları, okul öğretmenlerini ve askerleri katlettiği-Türkiye'deki durumla karşı karşıya kaldığı zaman Türk yetkilileri toplumun çeşitli kesimleri arasında şiddet ve düşmanlığı teşvik edebilecek ve insan hakları ve demokrasiyi tehlikeye atabilecek tüm ayrımcı propagandaları yasaklama görevine sahiptir.

Son olarak, Körfez Savaşı ile Irak sınırında meydana gelen asayişsizlikten yararlanarak PKK'nın Güney- Doğu Türkiye'deki operasyonlarını arttırdığı zamanda bu kitap yayınlandığından, Hükümet Madde 10 tarafından korunan hakların uygulanmasına eşlik eden "görev ve sorumlulukları" vurgulamış ve sonuç olarak da başvuranın mahkumiyetinin hiçbir şekilde hedeflenen amaçlar açısından orantısız olmadığı yönünde görüş bildirmiştir.

(iii) Komisyon

43. Komisyon da benzer şekilde hassas siyasi konularda alenen fikir bildiren insanlar tarafından "yasadışı siyasi şiddetin" mazur gösterilmemesini önemli kılan 10. maddenin "görev ve sorumlulukları"na katılmaktadır. İfade özgürlüğü örneğin durumun altında yatan sebepleri inceleme ya da olası çözümlere ilişkin fikir bildirme açısından Türkiye'nin karşı karşıya kaldığı zor sorunlara benzer sorunların aleni tartışmalarına katılma hakkını içermektedir.

Komisyon başvuranın kitabında Devlet'in Kürt kökenli nüfusa karşı baskı uyguladığını ve soykırım, sürgün ve organize katliamlar yoluyla kimliğini yok etmeye çalıştığını ve sonuç olarak da Kürtler açısından buna karşı koymanın zorunlu olduğunu ileri sürdüğünü belirtmiştir. Bununla birlikte, eleştirilen metinlerin hiçbirinde Komisyon şiddete karşı herhangi bir teşvik tespit edememiş ve kitabın

özellikle Güney- Doğu Türkiye'deki mevcut durumun tarihi geçmişinin tanımlanmasını içerdiği yönünde görüş bildirmiştir. Bu sebeple başvuranın mahkumiyeti Madde 10 gereklerine uymayan bir sansür şekli teşkil etmiştir.

(b) Mahkeme'nin değerlendirmesi

44. Mahkeme, örneğin Zana – Türkiye kararı (yukarıda belirtilmiştir, ss. 2547-48, 51. madde) ve 21 Ocak 1999 tarihli Fressoz ve Roire – Fransa Kararında (1999-... Raporları, s. ..., 45. Madde) olduğu üzere, kararlarının dayandığı temel ilkeleri vurgulamaktadır.

(i) İfade özgürlüğü demokratik bir toplumun zorunlu temellerinden birini ve toplumun ilerlemesi ve her bireyin öz-güveni için gerekli temel şartlardan birini teşkil etmektedir. 10. Madde'nin 2. paragrafı uyarınca, bu kabul gören veya zararsız veya kayıtsızlık içeren “bilgiler” veya “fikirler” için değil aynı zamanda kırııcı, şok edici veya rahatsız edici olanlar için de geçerlidir. Bunlar, bir “demokratik toplumun” olmazsa olmaz çokseslilik, tolerans ve hoşgörünün gerekleridir. 10. Maddede belirtilen şekilde bu özgürlük, ancak harfiyen uyulması gereken ve ikna edici bir şekilde tespit edilmesi gereken bazı istisnalara tabidir.

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

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

45. Kitap edebi tarihi bir öykü biçimindedir. Birçok insanın öldüğü dönemde

Mardin bölgesindeki Silopi’de Güneydoğu Türkiye’de meydana gelen olayları ilişkilendirmektedir. Cumhuriyet Savcısı ve İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından başvuru bölümlerde, Türkler diğer halkların topraklarını işgal ederek, Türkiye’yi kuran işgalciler ve zalimler olarak tanımlanmaktadır. Bu halkların arasında sadece Kürt halkının Türk boyunduruğundan çıkıp özgürlüklerini elde edemedikleri iddia edilmektedir. Silopi’deki olaylar ile ilgili olarak, yazar bu olayları PKK aleyhine eylemlerinin başarısızlığının sebep olduğu mağlubiyet duygusu ile teşvik edilen yetkililerin köylüleri katletmesi olarak sunmaktadır. Buna bağlantılı olarak, Devletin Silopi’de “kesin çözüm” olan soykırım uygulamasını başlatmayı amaçladığını iddia etmektedir. Yazar aynı zamanda Silopi’deki Kürt halkının direnişinin “Türk şovenizminin şiddetinin büyük kalesini parçalayacakları günün mutlu haberini” ilan ettiğini ileri sürmektedir (yukarıdaki paragraf 10 ve 17’e bakınız).

Bu durumun tarihi gerçeklerin “tarafsız” tanımına uymadığı ve kitabında başvuranın ülkenin güneydoğusundaki Türk yetkililerin eylemlerini eleştirmeyi ve ilgili nüfusu bu duruma karşı koymaya teşvik etmeyi amaçladığı açıkça görülmektedir. Ayrıca, kullanılan tarzın inkar edilemez şiddeti, bu eleştiriye belli miktarda şiddet eklemektedir.

46. Ayrıca, Mahkeme Sözleşmenin 10. Maddesinin 2. fıkrasında kamu çıkarlarına ilişkin siyasi konuşmalar veya sorunlara ilişkin tartışmaların sınırlandırılmasına dair çok dar bir kapsam olduğuna işaret etmektedir (bakınız 25 Kasım 1996 tarihli Wingrove – Birleşik Krallık davası, 1996 Raporları-V, s. 1957, 58. Madde). Ayrıca, izin verilebilir eleştirilerin sınırları hükümet ile ilgili hususlarda, özel vatandaşlar veya siyasetçiler açısından daha geniştir. Demokratik bir sistemdeki hareketler veya hükümetin ihmalleri sadece yasama ve adli otoritelerin değil, aynı zamanda kamuoyunun da yakın takibinde olmalıdır. Ayrıca, Hükümetin sahip olduğu egemen konum, özellikle haksız saldırılar ve düşmanlarının eleştirilerine cevap verilmesine ilişkin başka araçların bulunduğu durumlarda, cezai işlemlere başvurulması konusunda bir sınırlamanın uygulanmasını zorunlu kılmaktadır. Bununla birlikte, kamu düzeninin garantörleri sıfatıyla hareketle, ceza kanunu niteliğinde olanlar da dahil olmak üzere, doğru tepkiyi verecek ve anılan ifadeler aşılmadan önlemlerin benimsenmesi Devlet otoritelerinin yetkisine açıktır (bkz. 9 Haziran 1998 tarihli Incal – Türkiye kararı, 1998-IV Raporları, s. 1567, 54. Madde). Son olarak, anılan sözler bir birey veya bir kamu görevlisi veya bir nüfusun bir kesimine karşı bir şiddeti teşvik ettiği durumlarda Devlet otoriteleri, ifade özgürlüğüne ilişkin müdahale gereğinin incelenmesinde daha geniş bir marja sahiptir.

47. Mahkeme özellikle terörle mücadele ile ilgili olan sorunlar olmak üzere, kendisine sunulan davaların geçmişini dikkate alacaktır (yukarıda belirtilen Incal kararı, sayfa 1568, 58. fıkra). Bu noktada, Türk yetkililerinin yaklaşık on beş yıldır Türkiye’de devam eden ciddi karışıklığı şiddetlendirebileceğini düşündükleri fikirlerin yayılmasına yönelik endişelerini göz önünde bulundurmaktadır (yukarıdaki paragraf 40’a bakınız). Bununla bağlantılı olarak, kitabın ikinci baskısının Irak’taki

baskıdan kaçan çok sayıda Kürt kökenli insanın Türk sınırına akın ettiği bir dönemde Körfez Savaşından kısa bir süre sonra yayınlandığı dikkate alınmalıdır.

48. Ancak Mahkeme, başvuranın birey olduğunu ve görüşlerini “devlet güvenliği”, kamu “düzeni” ve “toprak bütünlüğü” üzerindeki potansiyel etkilerini önemli ölçüde sınırlayacak şekilde kitle iletişim yolu yerine edebi bir eser yoluyla açıkladığını göz önünde bulundurmaktadır. Ek olarak Mahkeme, kitaptaki belirli kırıncı bölümlerin Türk asıllı nüfusun son derece olumsuz bir tablosunu çizmesine ve yazara düşman bir ton vermesine rağmen, şiddet, silahı direniş ya da isyana teşvik teşkil etmediklerini belirtmiştir; Mahkemenin kanaatine göre bu durum dikkate alınması zorunlu olan bir etkidir.

49. Ayrıca Mahkeme başvurana verilen cezanın ağırlığı – özellikle bir yıl altı ay hapis cezasına çarptırılması- ve Cumhuriyet Savcısının başvuranın mahkumiyetini güvence altına alma konusundaki ısrarı karşısında şaşırmıştır. Mahkeme, kitabın ilk yayınlanışında Ceza Kanunun eski 142. Maddesine dayalı olarak, Devlet Güvenlik mahkemesi tarafından başvuranın halihazırda mahkum edildiğini (29 Mart 1991 tarihli karar, yukarıda paragraf 12’ye bakınız) belirtmiştir. Bu hükmün yürürlükten kalkmasından dolayı, bu mahkumiyetin aynı mahkeme tarafından verilen 3 Mayıs 1991 tarihli karar ile geçersiz ve hükümsüz kılınmıştır. Neredeyse kitabın ikinci baskısından hemen sonra (21 Temmuz 1991) bu kez 3713 sayılı kanunun 8. bölümüne dayalı olarak başvuran aleyhine yeni takibatlar başlatılmıştır (yukarıdaki paragraf 14-21’e bakınız).

Mahkeme, bununla bağlantılı olarak, uygulanan cezaların özellik ve ağırlıklarının müdahalenin orantılı olup olmadığının değerlendirilmesi hususunda da dikkate alınması gereken etkenler olduğunu belirtmektedir.

50. Sonuç olarak, Bay Arslan’ın mahkumiyeti hedeflenen amaçlar açısından orantısız olup “demokratik bir toplumda gerekliliği” değildir. Bu sebepten dolayı Sözleşme’nin 10. Maddesi ihlal edilmiştir.

III. Sözleşme’nin 10 Maddesi İle Birlikte Ele Alınan 14. Maddesi İhlali İddiası

51. Başvuran, sadece Kürt kökenli bir kişinin eseri olduğu ve Kürt sorunu ile ilgili olduğu için yazılarından dolayı kendisi aleyhine dava açıldığını ileri sürmüştür. Buna dayalı olarak Madde 10 ile birlikte ele alınan Sözleşme’nin 14. Maddesine aykırı olarak ayrımcılık mağduru olduğunu belirtmiştir. Madde 14 aşağıdaki şekildedir:

“Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal ya da başka görüşler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğuş veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayırım gözetilmeksizin sağlanır.”

52. Hükümet Bay Arslan’ın mahkumiyetinin sadece ilgili yazılarının bölücü içeriği ve şiddet içeren tonuna dayalı olduğunu belirtmiştir.

53. Komisyon Madde 10 ile birlikte ele alınan 14. Madde altında hiçbir bölücü unsurun olmadığı yönünde görüş bildirmiştir.

54. Ayrı olarak ele alınan 10. Maddenin ihlali olduğu sonucu ile ilgili olarak (yukarıdaki paragraf 50’e bakınız), Mahkeme Madde 14 altındaki şikayeti incelemeyi gerekli görmemektedir.

IV. Sözleşme’nin 41. Maddesinin Uygulanması

55. Başvuranın aşağıdaki şekilde Sözleşme’nin 41. Maddesi altında adil tazminat talebinde bulunmuştur:

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

A. Maddi Zarar

56. Başvuran mahkumiyeti neticesinde kazanç kayıplarından kaynaklanan maddi zarar için 400,000 Fransız Frankı (FRF) tutarında tazminat talebinde bulunmuştur. Bununla bağlantılı olarak, çok sayıda basın ajansı ve bir Alman televizyonunda gazeteci olarak çalıştığını ve anılan televizyon tarafından 1991 yılında 32,000 Alman Markı (DEM), 1992 yılında 37,000 DEM ve 1993 yılının ilk altı ayı için 24,000 DEM tutarında ücretin ödendiğini belirtmiştir.

57. Hükümet, Sözleşmenin sözde ihlali ile şikayet edilen maddi zarar arasında herhangi bir ilişkinin bulunmadığını belirtmiştir. Her durumda, Bay Arslan belirttiği gelirlere ilişkin herhangi bir kanıt sunmamıştır.

58. Mahkeme, kendisi tarafından tespit edilen 10. Madde’nin ihlali ile başvuranın tarafından ileri sürülen kazanç kaybı arasındaki ilişki ile ilgili yeterli

kanıt olmadığı kanaatindedir. Ayrıca, Maddi zarar açısından başvuranın iddiasının desteklenmesi için herhangi bir belge sunulmamıştır. Bu sebepten dolayı Mahkeme bu talebi reddetmiştir.

B. Manevi Zarar

59. Bay Arslan manevi zarar için 100,000 FRF tutarında tazminat talebinde bulunmuştur.

60. Hükümet ihlalin tespit edilmesinin, kendiliğinden yeterli tazmin teşkil edeceğinin Mahkeme tarafından onaylanmasını istemiştir.

61. Mahkeme, davanın sonuçları nedeniyle başvuranın sıkıntı çekmiş olabileceği kanaatindedir. Adil bazda bir değerlendirme yaparak, Mahkeme başvurana tazminat olarak bu bağlamda 30,000 Fransız Frangı ("FRF") ödenmesine karar vermiştir

C. Masraflar ve Giderler

62. Başvuran çeviriler, faksler, kırtasiye ve Türk mahkemelerindeki takibatlar esnasında gerçekleştirilen işler için 40,000 FRF ve avukatlık ücreti olarak 65,000 FRF (130 saatlik mesai için saat başına 500 FRF) olmak üzere, masraf ve giderleri için 105,000 FRF talebinde bulunmuştur. İddialarını desteklemek amacıyla çeşitli evraklar sunmuş ve talep ettiği tutarları hesaplarken enflasyonu dikkate aldığını belirtmiştir.

63. Hükümet bu tutarların abartılı olduğunu belirtmiştir. Özellikle başvuranın tarafından sunulan evrak delillerinin iddialarını tam olarak yansıtmadığını ve talep edilen ücretlerin benzer durumlara Türkiye’de normal olarak uygulanan oranları aştığını belirtmiştir.

64. Mahkeme, başvuranın avukatının benzer durumlara dayalı olarak Sözleşmenin 6 ve 10. Maddeleri atında gerçekleştirilen şikayetlere ilişkin Mahkeme huzurundaki diğer davaların hazırlanmasında yer aldığını belirtmiştir. Adil bazda ve içtihatlarda belirtilen ölçüte uygun olarak (diğer makamların yanı sıra, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Nikolova- Bulgaristan Davası, 25 Mart 1999 tarihli kararı, Raporlar, 1999-..., sayfa., 79. fıkra), Mahkeme toplam olarak 15,000 FRF’lik meblağın başvurana ödenmesine karar vermiştir.

D. Temerrüt Faizi

65. Mahkeme, mevcut kararın uygulanma tarihinde Fransa’da geçerli olan yasal faiz oranının, yani yıllık %3.47’nin uygulanmasını uygun görmüştür.

YUKARIDA BELİRTİLEN GEREKÇELERE DAYANARAK MAHKEME

1. Hükümet’in ön itirazının oybirliği ile *reddine*,

2. Sözleşme’nin 10. Maddesinin ihlal edildiğinin oy birliği ile *kabulüne*,

3. Birbirleri ile birlikte ele alınan Sözleşme’nin 10 ve 14. Maddeleri altında meydana gelen herhangi ayrı bir hususun bulunmadığının oy birliği ile *kabulüne*,

4. (a) Üç ay içinde, ödeme tarihinde geçerli olan kur üzerinden Türk lirasına çevrilecek olan ve aşağıda belirtilen tutarların davalı Devlet tarafından başvurana ödenmesinin:

(i) Manevi zarar için 30,000 (otuz bin) Fransız frangı;

(ii) Harcama ve masraflar için 15,000 (on beş bin) Fransız Frangı;

(b) Yukarıda belirtilen üç aylık sürenin sona ermesinden ödeme tarihine dek bu tutarlar için yıllık %3.47 faiz oranı uygulanmasının;

oybirliği ile *kabulüne*;

5. Adil tazmin konusundaki diğer taleplerin oy birliği ile *reddine*;

ilişkin işbu kararı İngilizce ve Fransızca dillerinde olmak üzere, 8 Temmuz 1999 tarihinde Strazburg'da bulunan İnsan Hakları Binası'ndaki halka açık oturumda düzenlenmiştir.

Luzius

WILDHABER

Başkan

Paul MAHONEY

Sekreter Yardımcısı

Sözleşme'nin 45. Maddesinin 2. Fıkrası ve Mahkeme Kurallarının 74. Kuralının 2. Fıkrası uyarınca aşağıda belirtilenlere ait ayrı mutabık kanaatleri işbu Kararın ekinde sunulmuştur;

(a) Bayan Palm, Bayan Tulkens, Bay Fischbach, Bay Casadevall ve Bayan GreveBay Bonello'nun müşterek mutabık kanaati;

(b) Bay Bonello'nun mutabık kanaati.

L. W.

P.J. M

**HAKİMLER PALM, TULKENS, FISCHBACH, CASADEVALL VE
GREVE'İN MÜŞTEREK MUTABIK MÜTAALASI**

Hakim Palm'ın Sürek – Türkiye (No. 1) davasındaki muhalif kanaatinde kısmen belirtilmiş olduğu üzere, daha çok bağlam üzerinde bir yaklaşım kullanarak aynı sonuca ulaşmış olmamıza rağmen, mevcut davada 10. Maddenin ihlal edildiğine ilişkin Mahkeme kararına katılıyoruz.

Muhatap devlet aleyhinde olan davalarda 10. Maddeye ilişkin çoğunluğa ait değerlendirmenin yayınlar üzerinde kullanılan kelimelerin şekli üzerine çok fazla ağırlık verildiği ve kelimelerin genel olarak kullanıldığı bağlama ve bunların olası etkilerine yeterli önemin verilmediği kanaatindeyiz. Söz konusu dilin ılımlı olmaması ve hatta sert olabileceği şüphesizdir. Ancak Mahkememiz tarafından vurgulandığı üzere, bir demokraside “kavga” sözleri bile 10. madde kapsamında korunabilecektir.

Mahkeme'nin emsal davasındaki siyasi konuşmalara sağlanan kapsamlı korumasına yönelik bir yaklaşım, kullanılan kelimelerin körükleyici özelliği üzerine daha az ve konuşmanın yapılmış olduğu bağlama ilişkin ortama daha fazla ağırlık verilmesini sağlamaktadır. Dil, şiddetin körüklenmesi ve tahrik etmek amacıyla mı kullanılmıştır? Gerçekten de gerçekleştirebileceği böyle bir gerçek ve hakiki bir amacı var mıdır? Bu soruların cevapları sırasıyla her davanın koşullarının genel bağlamını oluşturan pek çok farklı tabakanın değerlendirilip ölçülmesini gerektirmektedir. Diğer sorular sorulmalıdır. Söz konusu metnin yazarı, toplum içinde kelimelerinin etkisini artıracak bir konuma sahip midir? Yayına, söz konusu konuşmanın etkisini artırabilecek önemli bir gazete veya başka bir ortam aracılığıyla bir önem verilmiş midir? Kelimeler şiddetten çok uzak mı yoksa hemen şiddetin eşiğinde mi kullanılmıştır?

10. Maddenin kapsamında korunmuş olan şok edici veya saldırı niteliğindeki dil ile bir demokratik toplumda hoşgörü hakkını kaybeden dil arasındaki anlamlı ayrım ancak suç unsuru teşkil eden kelimelerin kullanılmış olduğu bağlamın dikkatli şekilde incelenmesi sonucunda yapılabilir.

HAKİM BONELLO'NUN MUTABİK MÜTAALASI

Madde 10'un ihlalinin tespiti için çoğunlukla birlikte oy verdim. Ancak yerel yetkililerin başvuranın ifade özgürlüğüne müdahalesinin demokratik bir toplumda meşru olup olmadığının tespitine yönelik olarak Mahkeme tarafından uygulanan ana ölçütü onaylamadım.

Bu işlemlerde ve şiddete teşvikin söz konusu olduğu daha önceki ifade özgürlüğüne ilişkin Türk davalarında Mahkeme tarafından ortak olarak kullanılan ölçüt şu şekilde olmuştur: başvuranın tarafından yayınlanan yazılar şiddeti destekliyor ya da buna teşvik ediyor ise, ulusal mahkemeler tarafından başvuranın mahkumiyeti demokratik bir toplumda haklı gerekçelere dayandırılabilir. Ben bu değerlendirmeyi yetersiz bulmaktayım.

Sadece teşvik "açık ve mevcut tehlike" yaratması durumunda bu tür şiddete teşviklerin yerel yetkililerce cezalandırılmasının demokratik bir toplumda makul gerekçelere dayandırılabilirliğini düşünmekteyim. Güç kullanmaya çağrı entelektüelleştirilip soyutlanarak, asıl ya da gelecekteki şiddet odaklarından zaman ve mekan olarak uzaklaştırıldığında, ifade özgürlüğü temel hakkı genel olarak baskın çıkacaktır.

Yasa ve asayişin dengesini bozma eğilimindeki kelimeler için tüm zamanların en güçlü anayasa hukukçularından biri tarafından söylenen sözleri yinelemek isterim: "Ülkenin kurtarılması için derhal bir kontrolün yapılmasını gerektiren kanunun meşru ve zorunlu amaçlarını yakın bir gelecekte tehdit etmedikleri sürece beğenmediğimiz ve ölüm taşıdığına inandığımız görüşlerin ifade edilmesini kontrol etmekten kendimizi daima alıkoymalıyız."

İfade özgürlüğünün teminat altına alınması, bir devletin güç kullanma taraftarlığını, bu tür taraftarlığın gelecekteki kanunsuzluğu teşkil etme ya da teşvik

etmeye yönelik olduğu ya da bu tür bir eylemi teşvik etme ya da meydana getirme eğiliminde olduğu durumlar hariç olmak üzere, yasaklamasına ya da men etmesine izin vermemektedir. Bu bir yakınlık ve derece sorunudur.

İfade özgürlüğünün kısıtlanmasını haklı sebeplere dayayan mevcut ve belirgin bir tehlikenin tespit edilmesini desteklemek amacıyla, kısa sürede ortaya çıkacak ciddi bir şiddetin beklenip beklenmediğinin ya da savunulup savunulmadığının ya da başvuranın geçmişteki eyleminin şiddet taraftarlığının en kısa zamanda ve zarar verici eylemleri yaratacağı hususuna inanılması ile ilgili olarak sebep teşkil edip etmediğinin tespit edilmesi gereklidir.

Bazılarının ölüme gebe görünmesine rağmen, başvuranın suçlandığı kelimelerin hiçbirinin ulusal düzen üzerinde büyük etki yaratacak tehdit oluşturma potansiyeline sahip olduğu görüşü, benim açımdan açık değildir. Aynı zamanda bu ifadelerin sindirilmesinin Türkiye'nin kurtarılması için kaçınılmaz olduğu görüşünü de onaylamamaktayım. Bırakın belirgin ve mevcut olanını, hiçbir tehlike oluşturmamışlardır. Kısacası, Mahkeme başvuranın ceza mahkemeleri tarafından mahkumiyetine göz yumması durumunda ifade özgürlüğünün bozulmasını desteklemiş olacaktır.

Özet olarak, “algılanan kötü niyetin etkisinin tam olarak tartışmaya fırsat kalmadan meydana gelecek şekilde çok yakın durumlar haricinde, konuşmalardan kaynaklanan hiçbir tehlike bariz ve mevcut olarak nitelendirilmez. Kötü niyetin engellenmesi için eğitim süreci vasıtasıyla tartışılarak, yanlışlık ve mantıksızlıkların bariz hale getirilmesi için yeterli zaman olduğunda uygulanacak çözüm, zorla kabul ettirilen sessizlikten ziyade, konuşmak olmalıdır.”