



AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

İKİNCİ DAİRE

ALTUĞ TANER AKÇAM - TÜRKİYE DAVASI

(Başvuru no: 27520/07)

KARAR

STRAZBURG

25 Ekim 2011

İşbu karar nihai olup; şekli bazı düzeltmelere tabi tutulabilir.

Altuğ Taner Akçam – Türkiye davasında;

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Daire) aşağıdaki üyelerden oluşmaktadır:

Françise Tulkens, Başkan,

David Thor Björgvinsson,

Dragoljub Popovic,

Andras Sajo,

Işıl Karakaş,

Guido Raimondi, yargıçlar

ve Stanley Naismith, Daire Kayıt Memuru,

4 Ekim 2011 tarihinde özel olarak toplanmış,

O tarihte kabul edilen aşağıdaki kararı almıştır:

USULİ İŞLEMLER

1. Dava, Türkiye Cumhuriyeti aleyhine Türk ve Alman vatandaşı olan Altuğ Taner Akçam (“başvuran”) İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi’nin 34. Maddesi uyarınca 27520/07 sayılı başvuru ile 21 Haziran 2007 tarihinde başlatılmıştır.
2. Başvuran Montreal, Kanada’da görev yapan P. Akhavan tarafından temsil edilmiştir. Türk Hükümeti (“Hükümet”) ise Temsilcisi tarafından temsil edilmiştir.
3. Başvuran, Türk Ceza Kanunu’nun 301. Maddesi hükmünün kendisinin Ermeni konusuna ilişkin akademik çalışmasına ilişkin olarak “Türklüğü” aşağılama nedeniyle kovuşturmanın devam etmesi tehdidinde yol açtığını iddia etmiştir. Sözleşme’nin 7, 10 ve 14. Maddelerinin ihlal edildiğinden şikayetçi olmuştur.
4. 21 Ekim 2008 tarihinde Mahkeme Hükümeti başvurudan haberdar etmeye karar vermiştir. Aynı zamanda başvurunun kabul edilirliğine ve esasına dair hükmetmeye karar vermiştir (29/1. Madde).

DAVA ESASLARI

I. DAVAYA İLİŞKİN OLAYLAR

A. Taraflarca beyanda bulunan olaylar

5. Başvuran 1953 yılında doğmuştur ve Ankara’da yaşamaktadır.
6. Osmanlı İmparatorluğu’ndaki Ermeni nüfusuna ilişkin 1915 yılında gerçekleşen tarihi olaylar konusunda araştırmalar yapan ve yazılar yayımlayan tarih profesörüdür.
7. 6 Ekim 2006 tarihinde, iki dilde yayımlanan Türk-Ermeni Gazetesi AGOS’da “Hrant Dink, 301 ve Suç Duyurusu” başlıklı bir makale yayımlamıştır. Bu yazısında başvuran AGOS gazetesinin son editörü Hrant Dink’in Türk Ceza Kanunu’nun 301. Maddesi uyarınca “Türklüğü aşağılamak” suçundan kovuşturulmasını eleştirmiştir. Dayanışma ifadesini dile getirerek Ermeni konusuna ilişkin görüşlerinden ötürü aynı sebeple kendisi aleyhinde de kovuşturma başlatılmasını taleptir.
8. 12 Ekim 2006 tarihinde, Eyüp savcılığına başvuran hakkında şikayette bulunulmuştur. Şikayette bulunan kişi R.A., başvuranın AGOS gazetesinde yayımlanan yazısında Hrant

Dink'i savunması Türk Ceza Kanunu'nun 301, 214 (suç işlemeye teşvik etme), 215 (suçluyu ve suçu övme) ve 216. (toplum arasında nefreti ve düşmanlığı teşvik etme) Maddelerini ihlal ettiğini öne sürmüştür. Bu şikayetin ardından, başvuran ifade vermek üzere Şişli savcılığına çağırılmıştır. Mahkeme çağırısı ile gelmemesi halinde, polis zoruyla savcılığa getirileceği konusunda bilgilendirilmiştir.

9. 5 Ocak 2007'de başvuran, aleyhindeki suç duyurusuna ilişkin savunmasını vermek üzere Şişli savcılığına gitmiştir. İki avukatı eşliğinde başvuran AGOS gazetesinde yayımlanan mevzu bahis makaleyi yazdığını beyan etmiştir. 1915 yılında İttihad ve Terakki partisinin Ermenilere karşı uyguladığı politikanın 1948 tarihli Birleşmiş Milletler Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi anlamında soykırım olarak tanımlanabileceğini ifade etmiştir. Basın özgürlüğü bağlamında Ermeni konusuna ilişkin görüşlerini dile getirmek için söz konusu makaleyi yazmıştır. Yirmi yılı aşkın süredir bu konu üzerinde çalışan bir tarih hocası olduğunu ve bu görüşlerini yazdığı makale ve kitaplarda defalarca dile getirdiğini söylemiştir. Tartışmalara neden olan makaleyi, herhangi örgüte, kuruma, ırka veya etnik gruba hizmet etmek veya bir ulusu aşağılamak için yazmamıştır. Başvuranın iki avukatı da başvuranın beyanlarının suç olmadığını öne sürmüştür.

10. 30 Ocak 2007'de, başvuranın katıldığı tüm seminerlerde ve yayımladığı yazılarda kendisinin 1915 yılında yaşanan olayların soykırım olarak tanımlanabileceğini ifade ettiğini dikkate alan Şişli savcısı tarafından başvuran aleyhine başlatılan soruşturmayı kapatmıştır. Başvuranın AGOS'da yayımlanan makalesini inceledikten sonra savcı, başvuranın tarih profesörü sıfatıyla yaptığı beyanlarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesi ile güvence altına alınan ifade özgürlüğüne dahil olduğu ve bu ifadelerin Türklüğü aşağılamadığı sonucuna varmıştır. Bu ifadelerin suç işlemeye teşvik, suçu veya suçluyu övme veya toplumda nefrete ve düşmanlığa teşvik anlamı taşımadığını belirtmiştir.

11. 6 Temmuz 2007'de şikayette bulunan R.A., yukarıda bahsedilen takipsizlik kararına itirazda bulunmuştur.

12. 30 Ekim 2007'de Beyoğlu 3. Ağır Ceza Mahkemesi şikayette bulunan kişinin itirazını reddetmiştir. Yürütülen soruşturmayı ve Şişli savcısı tarafından gösterilen gerekçeleri inceledikten sonra, mahkeme takipsizlik kararının usul ve kanuna uygun olduğu kabul etmiştir.

13. 11 Ekim 2007 tarihinde Şişli Ceza Mahkemesi tarafından Arat Dink (AGOS gazetesi editörü) ve Serkis Seropyan (AGOS gazetesi sahibi) hakkında her ikisinin de basın yoluyla Türk ulusunu soykırım yapmakla suçlama gerekçesiyle Türk Ceza Kanunu'nun 301. Maddesi uyarınca bir yıllık hapis cezasına çarptırıldığı bir karar verilmiştir. Başvuranın bu işlemlere taraf olmamasına rağmen, mahkeme re'sen 30 Ocak 2007 yılında Şişli savcısının başvuran aleyhine soruşturmayı devam ettirmemekle hata yaptığı karar vermiş ve bu konun savcılık tarafından usulüne uygun şekilde araştırılması gerektiğini kabul etmiştir.

14. 26 Kasım 2007'da, Şişli'deki Başsavcılığa A.P. tarafından başvuran hakkında suç duyurusunda bulunulmuştur. Şikayette bulunan kişi, başvuranın 6 Ekim 2006 tarihinde AGOS gazetesinde yayımlanan beyanlarının Türk Ceza Kanunu'nun 301. Maddesini ihlal ettiğini iddia etmiştir.

15. 28 Kasım 2007'de Şişli Savcısı takipsizlik kararı vermiştir. Başka bir şikayetçi tarafından benzer bir şikayetin incelendiğini ve 30 Ocak 2007 tarihinde takipsizlik kararı ile reddedildiğini dikkate almıştır.

16. 10 Ocak 2008 yılında başvuran Mahkeme Kuralları'nın 39. Kuralı uyarınca ara tedbirler için acil talepte bulunmuştur. İlgili Hükümetin Mahkeme Kuralları'nın 40. Kuralı uyarınca başvurudan haberdar edilmesini ve davaya Mahkeme Kuralları'nın 41. Kuralı uyarınca öncelik verilmesini talep etmiştir.

17. 14 Ocak 2008 yılında 39, 40 ve 41. Kurallar uyarınca başvuranın talepleri reddedilmiştir.

18. Hükümet, Mahkemeye 17 Şubat 2006 tarihinde Şişli Savcılığı tarafından verilen takipsizlik kararını ibraz etmiştir. 21 Ekim 2005 tarihli bu karardan, başvuran aleyhine başvuranın 14 Ekim 2005 tarihinde AGOS gazetesinde yayımlanan görüşüyle Cumhuriyeti aşağılama ve Hrant Dink'in yargılanma sürecini etkileme girişiminde bulunduğunu iddia eden K.K. isimli kişi tarafından suç duyurusunda bulunulduğu görülmektedir. Şikayeti inceleyen savcı, iddia edilen suçun zaman aşımına uğradığını belirlemiş ve bu nedenle takipsizlik kararı vermiştir.

19. 6 Mayıs 2008'de başvuranın temsilcisinden sağlanan bilgilere göre, 11 Ekim 2007 tarihli Şişli Ceza Mahkemesi'nin kararından sonra başvuran hakkında başka bir soruşturma açılmamıştır.

1. Başvuran tarafından yayımlanan kitapların listesi

20. Hükümet, başvuran tarafından kaleme alınmış on üç kitap listesini ibraz etmiştir. Bu kitapların Türkiye'de satışta olduğu ve çoğunlukla Ermeni konusuna ilişkin olduğu gözlemlenmiştir. Kitaplardan bazıları şunlardır:

- "Ermeni meselesi hallolunmuştur; Osmanlı belgelerine göre savaş yıllarında Ermenilere yönelik politikalar", 2008;
- "Türk ulusal kimliği ve Ermeni sorunu: "İttihad ve Terakki'den Kurtuluş Savaşı'na kadar", 2001;
- "Ermeni tabusu aralanırken diyalogdan başka bir çözüm var mı" 2000 ve
- "İnsan Hakları ve Ermeni Sorunu", 1999.

21. Hükümet ayrıca, başvuranın Ermeni meselesine dair araştırmasına devam etmekten alıkonulmasına ilişkin iddialarının aksine, kendisine Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü tarafından Devlet Arşivleri'nde araştırma yapılmasına izin verildiğini belirtmiştir. 27 Haziran 2006 ve 17 Temmuz 2007 tarihleri arasında başvuran şahsen Osmanlı arşivlerine başvurmuş ve 527 belgenin fotokopisini alması hususunda kendisine izin verilmiştir. "Ermeni meselesi hallolunmuştur" başlıklı kitabının 17. sayfasında, başvuran araştırmasında kendisine yardımcı olduğu için Devlet Arşivlerine teşekkür etmiştir.

2. Hükümet tarafından ibraz edilen emsal kararlar

22. Gözlemlerinin ekinde, Hükümet savcılar tarafından verilen takipsizlik kararının ve önceki Ceza Kanunu'nun 159/1. Maddesi ve yeni Ceza Kanunu'nun 301. Maddesi uyarınca kovuşturmalara ilişkin davalarda ceza mahkemelerince verilen beraat kararlarının fotokopilerini Mahkeme'ye sunmuştur. Özellikle, şüpheliler orduyu, güvenlik güçlerini, yargı sistemini ve Cumhuriyeti aşağılamak veya küçük düşürmekle suçlanıyorlardı.

23. 2005 ve 2008 yılları arasında verilen bu kararlar ve hükümlerde savcılık makamları suç için gerekli unsurların oluşmadığını dikkate alarak ya şüphelilere karşı suçları düşürmüştü ya da Adalet Bakanlığı şüphelilerin kovuşturulması için gerekli izni vermediğinden ötürü kovuşturmayı kapatmıştır. Şüphelilerin temize çıkarılmasında ceza mahkemeleri

Sözleşme'nin 10. Maddesine ilişkin davalarda Avrupa Mahkemesi'nin içtihadını temel almıştır.

24. Hükümet tarafından ibraz edilen yukarıda bahsedilen belgeler, Elif Şafak ve Orhan Pamuk isimli iki önemli yazar hakkında Beyoğlu ve Şişli Ceza Mahkemeleri'nce verilen iki karar içermektedir.

25. Elif Şafak hakkındaki cezai kovuşturmada, Beyoğlu Ceza Mahkemesi Elif Şafak'ın Baba ve Piç isimi kitabında Ermeni meselesine ilişkin ifadelerinden ötürü "Türklüğü" aşağıladığını iddia eden bir grup avukat ve Türk Dünyası ve Kültürü adlı bir dernek ve İzmir İnsan Hakları Derneği tarafından başlatılan suç duyurusunu incelemiştir. 21 Eylül 2006 tarihli kararında, Mahkeme söz konusu kitabın hayal ürünü olmasına ve romandaki karakterler tarafından bulunulan tartışmalı beyanların Türklüğü aşağılama yönünden bir suç teşkil etmediğine karar vererek Elif Şafak'ı suçsuz bulmuştur. Sanık tarafından yazılan romanı inceledikten sonra mahkeme, kitapta yer alan ifadelerin ifade özgürlüğü kapsamında incelenmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Ancak mahkeme "Türklük" kavramının sınırlarının belirlenmesi ve yasa koyucular tarafından sağlam bir temele oturtulması gerektiğini gözlemlemiştir. Ayrıca görüşlerin sadece görüşler ile kıyaslanması gerektiğini belirtmiştir. Aksi takdirde, görüş ve ifade özgürlüğünden bahsedilemez ve kişilere yeknesak görüşleri kabul etmek hususunda baskı yapılmış olur.

26. Orhan Pamuk aleyhine açılan davada Şişli Ceza Mahkemesi, yazarın yurtdışında yaptığı konuşmada Türklüğü aşağıladığını iddia eden iki kişi tarafından başlatılan suç duyurusunu incelemiştir. 20 Ocak 2006 tarihli kararda mahkeme, sanık hakkında dava açmak için gerekli iznin Adalet Bakanlığı'ndan verilmediği gerekçesiyle kovuşturma işlemlerine devam etmeme kararı almıştır. Bu kapsamda mahkeme izin alınamamasının ret gibi değerlendirilmesi ve kovuşturmayla son verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

3. 301. Madde uyarınca kovuşturma işlemlerine ilişkin istatistiksel bilgi

27. Hükümet, 5 Kasım 2008 tarihinde durumu gösteren istatistiksel bilgiler sunmuştur. 8 Mayıs 2008 tarihinde Ceza Kanunu'nun 301. Maddesinde yapılan değişikliklerin ardından 301. Madde uyarınca yürütülen kovuşturma sayısında önemli oranda azalma olduğunu belirtmiştir. Bu kapsamda, savcılar tarafından 301. Madde uyarınca kovuşturma başlatmaya ilişkin yetmiş adet yetkilendirme talebinden, Adalet bakanlığı sadece üç tanesini onaylamıştır.

28. Hükümet ayrıca 2003 ve 2007 yılları arasında 301. Madde (önceki Ceza Kanunu 159/1) uyarınca yürütülen cezai kovuşturmaların sayısının 1,894 olduğunu belirlemiştir. Bunlardan, 744 dava mahkumiyetle, 1,142 tanesi beraat kararıyla sonuçlanmış; 193 dava ise ilk derece mahkemesinin kararının iptali için Yargıtay'dadır.

29. 30 Ekim 2009 tarihli ek gözlemlerinde Hükümet, 8 Mayıs 2008 ile 30 Eylül 2009 tarihleri arasında Adalet Bakanlığı'nın 301. Madde uyarınca kovuşturma başlatılması için 955 tane yetki talebi aldığını belirtmiştir. Bakanlık bu taleplerden 878 tanesini reddetmiş ancak 77 tanesini onaylamıştır. Bu bağlamda, Hükümet Mahkeme'ye Adalet Bakanlığı'na verilen ret kararlarının kopyalarını ibraz etmiştir. Bu kararlardan Adalet Bakanlığı'nın Ceza Kanunu'nun 301. Maddesi uyarınca cezai kovuşturma başlatılması için savcılarının izin taleplerini reddederken büyük ölçüde Mahkeme'nin 10. Madde davalarına ilişkin içtihatlarını temel aldığı görülmektedir. Hükümet ayrıca Adalet Bakanlığı'nın cezai kovuşturma başlatılması

için izin vermediği 244 davada, suç duyuruların genelde basındaki yayınlara ilişkin olduğunu belirtmiştir.

4. 301. Madde kapsamındaki kovuşturmalara ilişkin başvuran tarafından sağlanan istatistiksel ve diğer bilgiler

30. Avrupa Komisyonu'nun Türkiye 2008 İlerleme Raporu:

“301. Madde’de değişiklik yapılmasının ardından mahkemeler, Eylül ayı itibariyle 257 dosyayı ön izin için Adalet Bakanı’na havale etmişlerdir. Ön izin alma koşulu, soruşturma aşamasında ya da adli işlemleri başlayan davalar için uygulanmaktadır. Adalet Bakanı, Eylül ayı itibariyle 163 dosyayı incelemiş ve 126 dosya ile ilgili işlemlerinin başlatılmasına izin vermemiştir.

Ancak 301. Madde’nin içeriği büyük oranda aynı kalmış ve izin alma koşulu, Madde’nin siyasi amaçlarla kullanılabileceği ihtimalini ortaya çıkarmıştır. Adalet Bakanı, bugüne kadar 37 dosya ile ilgili soruşturma işlemlerine devam edilmesi iznini vermiştir. Bu dosyalardan biri, Ermeni kökenli Türk gazeteci Hrant Dink’in öldürülmesinden kısa süre sonra Ermeni meselesi hakkında açıklamalar yapan bir Türk gazeteci hakkında açılan davaya aittir. Ayrıca, Türk Ceza Kanunu’nun daha önceki 159. Maddesi kapsamında Adalet Bakanı’nın verdiği izinlere ilişkin yasal belirsizlik mevcuttur.”

31. Başvuran, Ermeni meselesine atfen değişiklik sonrası 301. Madde davaları örneklerine dikkat çekmiştir. Ekim 2008’de Adalet Bakanlığı’nın, Hrant Dink’in sadece Ermeni olduğu için ayrıca soykırım meselesini gündeme getirdiği için öldürüldüğünü ifade eden Temel Demirer’in yargılanmasına devam edilmesi için izin verdiğini belirtmiştir. Diğer bir örnek ise George Jejian tarafından kaleme alınan “Gerçek Bizi Bağımsız Kılacak” adlı Ermeni soykırımını konu alan bir kitabın tercüme edilmesi ve yayımlanmasından ötürü 301. Madde uyarınca 17 Haziran 2007’de beş aylık hapis cezasına çarptırılan (daha sonra para cezasına çevrilmiştir) Ragıp Zarakolu’dur.

32. Ayrıca, Birleşik Devletler Dışişleri Bakanlığı’nın Türkiye’ye dair 2008 İnsan Hakları Raporu’na göre, Adalet Bakanı’nın kendisi (Ali Şahin) yargıya talimat verdiği yönünde yorumlanabilecek bir ifade kullanmıştır: Ben, devletime 'katil' dedirtmem. Bu ifadeler düşünce özgürlüğü değildir. Tam da 301. maddede düzenlenen devletin şahsiyetini aşağılama suçudur.”

33. Başvuran ayrıca, Haziran-Ağustos-Eylül 2008 dönemi için Bağımsız İletişim Ağı Medya Gözlem Masası tarafından yayımlanan bir rapor sunmuştur. Bu rapora göre, 77’si gazetecilerden oluşan toplam 116 kişi 73 tane ifade özgürlüğü davasında yargılanmıştır.

5. Başvuran aleyhinde başlatılan karalama kampanyası ve başvuranın yanıtı

(a) Başvuranın vatan haini ya da casus olduğu yönündeki medya suçlamaları

34. 10 ve 29 Ekim 2000, 5 Kasım 2000 ve 31 Aralık 2000 tarihli basımlarında Aydınlık dergisi, başvuranın Alman istihbarat servisinin çalışanı olduğu ve “Türk tarihinde Şiddet”, “Türk tarihinde İşkence” ve “Ermeni Soykırımı” konularında araştırma yapmak ve yazılar yazmak üzere görevlendirildiğini öne süren makaleler yayımlamıştır. Bu çalışmalar Alman istihbarat servisi tarafından talep edildiğini ve finanse edildiğini ve bir kitapta yayımlanmış olduğunu ileri sürmüştür.

35. 4 Ocak 2001 tarihli basımında Hürriyet gazetesi “Alman İstihbarat Servisi Şefi ve Tessa Hoffmann ikilisi” başlıklı, başvuranın çalışmalarının Alman istihbarat servisi tarafından belirlendiği ve finanse edildiği iddialarını içeren bir makale yayımlamıştır.

36. 21, 22 ve 23 Haziran 2007 tarihli basımlarında Hürriyet gazetesi, başvuranı Türkiye’ye ihanet etmiş ve tüm kitap ve konuşmalarında Türkiye’ye kin kusmuş biri olarak tanımlayan makaleler yayımlamıştır.

(b) Medyadaki iddialara cevaben başvuran ve ailesinin beyanları

37. Basın duyurusu ile başvuran ve ailesi Hürriyet gazetesinde yayımlanan iddiaları kınamış ve Hürriyeti özür dilemeye davet etmiştir. Hrant Dink cinayetine atıfta bulunmuş ve basın bir kişiyi “vatan haini” olarak etiketleyen iddialar içeren makaleleri yayımlarken sorumluluk ve hassasiyet ile hareket etmesi gerektiğini dile getirmişlerdir. Türkiye’yi de vatandaşların basın yardımıyla linç edilebileceği bir ülke haline gelme hususunda uyarılmışlardır.

(c) Aydınlik dergisine karşı açılan hakaret davası

38. 8 Kasım 2005 tarihli karar ile İstanbul Birinci Asliye Hukuk Mahkemesi başvuranın manevi tazminat talebini reddetmiştir. Mahkeme, kullanılan kelimelerin ve davalı tarafından öne sürülen iddiaların incitici olmasına rağmen, müsaade edilir eleştiri sınırları içerisinde olduğunu kabul etmiştir. Bu karar, 14 Mart 2007 tarihli Yargıtay kararı ile onanmıştır.

(d) Hürriyet gazetesi aleyhine açılan dava

39. 26 Temmuz 2007 tarihinde başvuran, Ankara Birinci Asliye Hukuk Mahkemesi’ne Hürriyet gazetesinin 21, 22 ve 23 Haziran 2007 tarihlerinde yayımladığı incitici makalelere ilişkin olarak düzeltme mektubu yayımlamasını talep ettiği bir dava açmıştır. 30 Temmuz 2007 tarihli karar ile mahkeme başvuranın talebini reddetmiştir. Tartışma konusu makalelerde yer alan eleştirinin sert bir üsluba sahip olmasına rağmen, çoğulcu bir demokraside basın tarafından kullanılan ifade özgürlüğü hakkı kapsamında olduğunu kabul etmiştir.

40. 24 Kasım 2007 tarihinde Taraf gazetesi, başvuran aleyhine medyada başlatılan kampanya ilişkin olarak yargının yaklaşımını eleştiren bir makale yayımlamıştır.

(e) Başvuran aleyhine kınama mektubu ve ölüm tehditleri

41. Başvuran, kimliği belirsiz kişilerden kınama mektupları aldığını iddia etmiştir. Ermeni meselesi hususundaki görüşleri nedeniyle kendisinin aşağılandığı ve ölümle tehdit edildiği bir mailin kopyasını ibraz etmiştir.

(f) Başvurana medya desteği

42. 9 ve 23 Temmuz 2007 tarihleri arasında, internet ortamında ve dergilerde ve gazetelerde başvurana karşı yapılan saldırıları eleştiren ve kendisini destekleyen birçok makale yayımlanmıştır.

II. İLGİLİ ULUSAL HUKUK VE UYGULAMA

43. Türk Ceza Kanunu'nun önceki 301. Maddesi aşağıdaki gibidir:

“1. Türklüğü, Türkiye Cumhuriyeti Devletini veya Türkiye Büyük Millet Meclisini alenen aşağılayan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

2. Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini, Devletin yargı organlarını, askerî veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

3. Türklüğü aşağılamanın yabancı bir ülkede bir Türk vatandaşı tarafından işlenmesi hâlinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır.

4. Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.”

44. 29 Nisan 2008'de yapılan değişiklik ile Türk Ceza Kanunu'nun 301. Maddesi'nin yeni içeriği şu şekildedir:

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

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

3. Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.

4. Bu madde uyarınca bu suçtan dolayı soruşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır.”

45. Hrant Dink aleyhine yürütülen cezai kovuşturmada (bakınız 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09 numaralı Dink – Türkiye, AİHM 2010 - ... (özetleri)), Yargıtay Büyük Genel Kurulu Türklük kavramını aşağıdaki şekilde yorumlamıştır (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2006/9-169, K. 2006/184, 11 Temmuz 2006 kararı):

“... Türklük kavramı Devletin beşeri unsuruna: yani Türk Ulusuna atıfta bulunur. Türklük, ulusal dil ve ulusal hisler ve geleneklerin yanı sıra beşeri, dini ve tarihi değerler gibi ulusal ve ahlaki değer ile bir bütün olarak oluşturulur...”

III. İLGİLİ ULUSLARARASI BELGELER

46. İfade özgürlüğüne ilişkin davalarda Ceza Kanunu'nun 301. Maddesinin uygulanmasına ilişkin olarak Avrupa Komisyonu'nun Türkiye'ye dair 2009 İlerleme Raporu şu cümlelere yer vermiştir:

“...Türk yasal çerçeve halen ifade özgürlüğüne ilişkin yeterli güvenceyi sağlayamamaktadır ve sonuç olarak hâkim ve savcılar, ifade özgürlüğünü dar bir şekilde yorumlamaktadırlar. Halen 301'inci maddeyi temel alan bazı kovuşturmalar yapılmakta ve mahkûmiyet kararları verilmektedir...”

47. İlgili olduğu kadarıyla Avrupa Komisyonu'nun Türkiye'ye ilişkin 2010 İlerleme Raporu şu ifadelerle yer vermiştir:

“...İfade özgürlüğü konusunda, Kürt meselesi, azınlık hakları, Ermeni meselesi ve ordunun rolü gibi hassas addedilen konularda giderek daha açık ve serbest hale gelen tartışmalar medya ve toplumda geniş ölçekte sürmüştür.

Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) Mayıs 2008'de değiştirilmesi sonrasında, Kanun'un 301. maddesine dayanılarak açılan az sayıda dava bulunmaktadır.

Adalet Bakanlığı'na göre, Türk Ceza Kanunu'nun 301. maddesine getirilen değişikliğin ardından açılan davaların sayısında bir düşüş gözlemlenmiştir. Aşağıdaki sayılar, 1 Ocak

2010-31 Temmuz 2010 tarihleri arasında tamamlanan incelemeleri kapsamaktadır: İncelenen dosyaların sayısı 369’dur. Dava açılmasına izin verilmeyen dosyaların sayısı 270, izin verilen dosyaların sayısı 10 olup, toplam dosyalar içinde % 3,57’ye tekabül etmektedir...”

48. 12 Temmuz 2011 tarihli raporunda Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Thomas Hammarberg aşağıdaki beyanlarda bulunmuştur:

“17. Komiser 2009 yılında Türkiye’yi ziyaretini müteakiben, 2008 yılında yapılan ve söz konusu madde kapsamında açılan davaların sayısında azalmaya neden olan bir yasa değişikliğine rağmen, 301. madde ile ilgili kaygılarını dile getirmiştir. Mahkeme 14 Eylül 2010 tarihinde *Dink-Türkiye* davasıyla ilgili kararını açıklamış, bu karara göre, Hrant Dink’in 301. Madde kapsamında hüküm giymesi nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. Maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme, Hrant Dink’in öldürülmesinden önce Türklüğe hakaret nedeniyle hüküm giymesinin demokratik bir toplumda bir kişinin ifade özgürlüğüne müdahale edilmesini haklı kılacak en önemli şartlardan biri olan herhangi bir “acil toplumsal ihtiyaç” teşkil etmediğine hükmetmiştir. Komiser, 2008 yılında kabul edilen ve savcılığın her bir dava için Adalet Bakanlığından ayrıca izin almasını gerektiren değişikliğin kalıcı bir çözüm olmadığı, benzer ihlallerin önlenmesi için tek çözümün Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ilgili standartlarının Türk hukuk sistemiyle bütünleştirilmesi olduğu kanısındadır.”

HUKUKA DAİR

I. HÜKÜMET’İN İLK İTİRAZI

49. Hükümet, Sözleşme’nin 34. Maddesi kapsamında mağdur sıfatına sahip olmadığını öne sürmüştür. Savcılık makamının Ceza Kanunu’nun 301. Maddesi uyarınca başvuran aleyhine ceza kovuşturması başlatmadığını belirtmişlerdir. Aksine, başvuranın görüşlerinin Sözleşme’nin 10. Maddesi uyarınca ifade özgürlüğü hakkı kapsamında korunduğunu kabul ederek, başvuran aleyhine açılan suç duyurusuna takipsizlik kararı vermişlerdir.

50. Başvuran soruşturmaya konu olduğu ve ifadelerini dile getirme hususunda kovuşturma ile tehdit edildiği için Sözleşme’nin 34. Maddesi uyarınca mağdur olarak nitelendirilebileceğini iddia etmiştir. Bu tür ifadelerde bulunduğu için Türk Ceza Kanunu’nun 301. Maddesi ve diğer hükümlerinden doğrudan etkilenme tehlikesini göze aldığını ileri sürmüştür.

51. Mahkeme, Hükümet’in başvuranın mağdur sıfatına ilişkin itirazının 10. Madde uyarınca başvuranın ifade özgürlüğü hakkına müdahale olup olmadığı konusunun incelenmesine ve bu nedenle davanın esasına ayrılmaz şekilde bağlı olduğunu dikkate alır. Bu doğrultuda, Mahkeme bu sorunu davanın esasına birleştirir ve Sözleşme’nin 10. Maddesi uyarınca inceleyecektir (bakınız yukarıda bahsedilen Dink kararı, § 100).

52. Mahkeme, başvurunun Sözleşme’nin 35§3. Maddesi kapsamında asılsız veya başka nedenlerden ötürü kabul edilemez değildir. Başvuru bu nedenle kabul edilir olarak beyan edilir.

II. SÖZLEŞME’NİN 10. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİNE DAİR İDDİALAR

53. Başvuran, Türk Ceza Kanunu’nun 301. Maddesinin mevcudiyetinin kendisinin ifade özgürlüğü hakkına müdahalede bulunduğundan şikayetçi olmuştur. Bu hüküm uyarınca

Ermeni meselesi üzerine akademik çalışması nedeniyle başvuran hakkında başlatılabilecek soruşturma ihtimalinin kendisine büyük stres, endişe ve yargılanma korkusu yaşattığı ve bu nedenle Sözleşme'nin aşağıdaki ifadeleri içeren 10. Maddesi uyarınca haklarının sürekli ve doğrudan ihlalini teşkil ettiği gerçeğini öne sürmüştür:

“1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. ...

2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzenin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi ... için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.”

54. Hükümet, öne sürülen bu görüşe itiraz etmiştir.

A. Başvuranın ifade özgürlüğü hakkına müdahale olup olmadığına dair

1. Tarafların görüşleri

(a) Başvuran

55. Başvuran, 10. Madde uyarınca haklarına müdahalede bulunulduğunu ve takipsizlik kararı ile sonuçlanmasına rağmen aleyhine açılan soruşturmadan doğrudan etkilendiği için Sözleşme uyarınca haklarının ihlalinin ötürü mağdur olduğunu iddia edebileceğini öne sürmüştür. Ermeni meselesine dair görüşleri nedeniyle 301. Madde uyarınca tekrar soruşturma veya kovuşturma maruz kalacağı tehlikesinden halen doğrudan etkilendiğini iddia etmiştir.

56. Başvuran, geçmişte kişilerin Türk Ceza Kanunu'nun 301. Maddesi ve diğer hükümleri uyarınca Ermeni katliamını “soykırım” olarak nitelendirdikleri için başarılı şekilde kovuşturulmaya tabi tutulduğunu öne sürmüştür. Hükümet, gelecekte başvuranın bu görüşü dile getirme nedeniyle 301. Madde veya diğer hükümleri uyarınca soruşturma sıkıntısı veya kovuşturma tehdidiyle yüzleşmeyeceğini garanti edemez.

57. Mevcut davada, kovuşturulmanın somut korkusu sadece başvuranın mesleki faaliyetlerini gölge düşürmekle kalmaz, aynı zamanda kendisine büyük sıkıntı ve endişe yaşatmış ve faaliyetlerini kısıtlamıştır. Aslında, mevcut başvurunun Haziran 2007'de sunulmasından bu yana, başvuran Ermeni meselesi üzerine yazmayı bırakmıştır. Başvuranın maruz kaldığı baskıların, Ermeni katliamına dair görüşleri nedeniyle 301. Madde uyarınca kovuşturulmuş ve mahkum edilmiş gazeteci, başvuranın meslektaşı ve arkadaşı Hrant Dink'in daha sonra aşırı milliyetçi bir kişi tarafından öldürülmesi gerçeğini dikkate alarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Yaygın olarak Hrant Dink'in “Türklüğü aşağılama” nedeniyle hüküm giymesine yapıştırılan etiket nedeniyle aşırı milliyetçiler tarafından hedef alındığına inanılmaktadır.

58. Hükümet'in kovuşturma tehlikesinin tahminlerine göre az olduğunu gösterme girişimlerine rağmen, devam eden tehlikenin var olduğunu inkar etmemişlerdir. Bu tahmin tamamıyla 301. Madde uyarınca kovuşturma açısından savcılar ve/veya Adalet Bakanlığı tarafından takdir yetkisinin kullanılmasına bağlıdır. Mayıs 2008'de gerçekleştirilen 301. Madde değişikliklerine rağmen, Ermeni “soykırımını” onaylayan kişilere karşı açılan yasal kovuşturmalar halen devam etmiştir. Ermeni katliamının bu tür niteliğinin yasaklanmasına

dair Hükümet politikası somut olarak değişmemiştir ve gelecekte belirli kesinlikle tahmin edilemeyecektir.

59. Mahkemenin özellikle Campbell ve Cosans – Birleşik Krallık (25 Şubat 1982, Cilt A, no. 48), Times Newspaper Ltd – Birleşik Krallık (no 1 ve 2), (no. 3002/03 ve 23676/03, AİHM 2009-...), Marckx – Belçika (13 Haziran 1979, § 330, Cilt A no. 31), Norris – İrlanda (26 Ekim 1988, Cilt A no.142), Bowman – Birleşik Krallık (no. 24839/94, Hüküm ve Karar Raporları 1998-I) davalarındaki kararlara dayanarak, başvuran 34. Maddenin kişilere bireysel önlemin uygulanmasının yokluğunda bir kanunun özünde kişilerin doğrudan etkilenmesi tehlikesini göze alması halinde haklarını iddia etme hakkı tanıdığını ileri sürmüştür. Başvuran yukarıda bahsedilen davalarda, ihlalin tespit edilmesi bu tür potansiyel bir ihlalini değil; şikayet zamanındaki mevcut olan şartları temel aldığına dikkat çekmiştir. Her davada, iç hukuk hükümlerin başvuranlar üzerinde doğrudan etkiye sahip olduğu ve bu nedenle özel gizlilik ve ifade özgürlüğü haklarının ihlal edildiği iddia edilmiştir.

(b) Hükümet

60. Hükümet, başvuranın mağdur olarak nitelendirilmediği ve şikayetin actio popularis anlamına geldiği için Sözleşme'nin 10. Maddesi uyarınca başvuranın haklarına müdahale olmadığını öne sürmüştür.

61. İlk tartışmalı yasal hükmün yani Ceza Kanunu'nun 301. Maddesinin hiçbir zaman başvuran aleyhine uygulanmadığını belirtmişlerdir. İkinci olarak, mevcut davadaki yargılama sürecinin savcı tarafından değil, bir kişi tarafından başlatılan suç duyurusu ile başlatılmıştır. Üçüncü olarak, söz konusu yargılama işlemleri savcı tarafından verilen takipsizlik kararı ile sonlandırılmıştır. Dördüncü olarak, savcı kararında açık şekilde başvuranın görüşlerinin Sözleşme'nin 10. Maddesi uyarınca ifade özgürlüğü hakkı ile güvence altına alındığını belirtmiştir. Son olarak, başvuran gelecekte zarara maruz kalmayacaktır; çünkü 301. Madde değişikliklerinden bu yana kovuşturma işlemlerinin Sözleşme'nin 10. Maddesi uyarınca ifade özgürlüğü hakkı ile uyumlu olmasını sağlamak için bazı tedbirler uygulanmaktadır.

62. Hükümet, mücerret olarak iç hukukun uyuşmazlığı iddialarını içeren şikayetin, actio popularis anlamına geleceği için Sözleşme sisteminde kabul edilemez olması gerektiğini savunmuştur (bakınız Noel Narvii Tauira ve diğerleri – Fransa, no. 28204/95, 4 Aralık 1995 tarihli Komisyon kararı, Kararlar ve Raporlar (DR). 83-A, sayfa 130). Mevcut davada, başvuranın ifade özgürlüğü hakkına müdahale olmadığını dikkate alarak, başvuran Mahkeme'den öncelikli olarak mücerret olarak Türk Ceza Kanunu'nun 301. Maddesi'nin denetlenmesini talep etmiştir. Aslında, başvuranın "... 301. Madde ilgili bölümüyle Sözleşme'nin 7, 10 ve 14. Maddeleri uyarınca Türkiye'nin yükümlülükleri ile uyuşmazlık içindedir ve bu maddeleri ihlal etmektedir..." şeklindeki esas iddiası "actio popularis" kavramına atıfta bulunacak şekilde ifade edilmiştir.

63. Hükümet, mağdur sıfatı şartının Sözleşme uyarınca yakın derecede denetim sisteminin ek mahiyetine bağlı olduğunu belirtmiştir. Bireysel başvuru hakkının kullanılması, Sözleşme'nin olası ihlalini önlemek için kullanılamaz: teoride, Sözleşme sistemi ihlal meydana geldiğinde sonradan gelen dışında bu ihlalin incelenmesine – veya, uygulanabilir ise, tespitine olanak vermezdi (bakınız Noel Tauira ve diğerleri, yukarıda belirtilmiştir; FÉderation Chrétienne des Témoins de Jehovah – Fransa (karar), no. 53430/99, 6 Kasım 2001; ve Décision Est Video

Communication SA ve diğerleri – Fransa (karar), no.66286/01, 8 Ekim 2002). Mahkeme'nin bu kural hususunda istisnalar olabileceğini kabul etmesine rağmen, başvuranın bu durumu bahsedilen istisna kapsamına girmemektedir. Başvuran kendisini bizzat etkileyen bir ihlalin oluşacağı yönünde makul ve inandırıcı kanıtlar sunamamıştır; sadece şüphe veya tahmin bu bağlamda yetersizdir (bakınız Ada Rossi ve Diğerleri – İtalya, no. 55185/08, 55483/08, 55516/08, 55519/08, 56010/08, 56278/08, 58420/08 ve 58424/08, AİHM 2008 - ... ve Arabadjiev ve Stavrer – Bulgaristan, no. 7380/02, 14 Şubat 2006).

64. Son olarak, Hükümet Mahkeme nezdinde kovuşturma işlemleri boyunca başvuranın mağdur sıfatı üzerinde durulacağını iddia etmiştir. Başka bir ifadeyle, Mahkeme yerel bir karar üzerinden başvuran aleyhine müdahale olmasını gerekli kılacaktır (bakınız Ahmet Kenan Er – Türkiye, no. 21377, 18 Kasım 2008 ve Selahattin Humartaş – Türkiye, no. 38714/04, 18 Kasım 2008). Ancak mevcut davada, başvuran hiçbir zaman mağdur statüsüne sahip olmamıştır.

2. Mahkeme değerlendirmesi

65. Mahkeme, başvuranın ifade özgürlüğü hakkına müdahale iddiasına ilişkin sorunun, Sözleşme'nin 10. Maddesi kapsamındaki haklarının ihlalden ötürü başvuranın mağdur eden bir önlemden etkilenip etkilenmediğinin önceden tespit edilmesine bağlı olduğunu belirtir.

66. Bu bağlamda, bir ihlalden mağdur olma iddiasının öne sürülebilmesi için kişinin doğrudan aleyhindeki bir önlemden etkilenmesi gerektiğini içeren yerleşik içtihadını tekrar dile getirir. Sözleşme bu nedenle Sözleşme'de yer alan hakların yorumlanması hususunda bir toplumun genel çıkarlarının çiğnenmesi durumunda o toplumun herhangi bir kişisine, kendi özel çıkarı doğrudan söz konusu olmamasına rağmen yargı organlarına başvurma hakkı (actio popularis) sağlamaz.

67. Ancak Mahkeme, başvuranın somut bir müdahaleye maruz kaldığını başvurusunda kanıtlayamasa bile, Sözleşme'nin ihlalden ötürü mağdur olduğunu iddia etme hakkına sahip olduğu sonucuna varmıştır. Bu tür durumlarda, başvuranların gerçekten Sözleşme'nin ihlalden ötürü mağdur olup olmadığı sorusu, ihtilaflı mevzuatın Sözleşme hükümleri ile uyumlu olup olmadığının tespitini içerir. Mevcut davada, başvuran 10. Madde kapsamında haklarına müdahale edildiğini ortaya koymuştur. Esasında kamusal bir sorunla ilgilendiğini ve 301. Madde ile hedeflenmiş belirli içeriğin kapsamına dahil edildiğini ve bu nedenle doğrudan etkilendiğini ortaya koymuştur.

68. Mahkeme, ifade özgürlüğü hakkının kullanılmasındaki yaptırım korkusunun, sonunda temize çıkma söz konusu olsa bile, kişinin ilerde bu tür ifadelerde bulunmaktan çekinmesine neden olabilecek soğutucu etkisini dikkate alır.

69. Mevcut davanın şartlarına dönüldüğünde Mahkeme, başvuranın aleyhine açılan soruşturmadan doğrudan etkilendiği ve Ermeniler hakkındaki düşünceleri nedeniyle 301. Madde uyarınca hakkındaki soruşturma ve kovuşturmaların devam edebileceği iddiasında bulunduğunu belirtir. Hükümet ise söz konusu soruşturma için bölge savcısı tarafından takipsizlik kararı verildiğini ve 2008 yılında 301. Madde içeriğinde yapılan değişikliklerle başvuranın gibi görüşlerin dile getirilmesinin kovuşturulma riskine tabi olmadığını ifade etmiştir.

70. Yukarıdaki beyanlar doğrultusunda Mahkeme'nin, başvuranın aleyhine başlatılan soruşturmanın ve Ceza Kanunu'nun 301. Maddesi uyarınca kovuşturmanın devam etmesi tehdidinin mevcut dava için ihlal teşkil edip etmediğini belirlemesi gerekmektedir.

71. Mahkeme, başvuranın tarihi ilgisinin Ermeni nüfusuna ilişkin 1915 tarihi olaylarından oluşan bir tarih profesörü olduğunu göz önünde bulundurur. Türkiye'nin hassas olduğu Ermeni konusuna dair birçok kitap ve makale yayımlamıştır. Başvuran bu nedenle, bu husustaki görüşleri nedeniyle kolay şekilde küçük düşürülebilecek ve başvuranın bu konudaki görüşlerine gücenmiş aşırı milliyetçi kişiler tarafından bulunulacak suç duyuruları nedeniyle soruşturmaya ve kovuşturmaya tabi tutulabilecek kişiler arasındadır.

72. Aslında, mevcut davada başvuran hakkındaki soruşturma, başvuranın AGOS gazetesinde yer verdiği yazılar nedeniyle Türk Ceza Kanunu 301. Maddesi uyarınca bir vatandaşın Türklüğü aşağıladığı iddiasıyla başlatılmıştır. Başvuran savcılığa çağırılmış ve kendisi hakkındaki şikayetleri yanıtlaması istenmiştir. Görevdeki savcının başvuranın görüşlerinin Sözleşme'nin 10. Maddesi uyarınca ifade özgürlüğünün korunuyor olması gerekçesiyle takipsizlik kararı vermesine rağmen, bu başvuran hakkında gelecekte soruşturma açılmayacağı anlamına gelmez. Bunun dışında başvuran hakkında AGOS gazetesindeki makalelerinde Türklüğü aşağıladığı gerekçesiyle iki ayrı suç duyurusunda bulunulduğu ve soruşturmaların savcının takipsizlik kararı ile kapatıldığı gözlemlenmektedir.

73. Mahkeme, ilk başvuran hakkında aşırı uç görüşteki kişilerin suç duyurusu ile kovuşturma açıldığı ve Türklüğü aşağıladığı gerekçesiyle Ermenilere ilişkin görüşleri nedeniyle 301. Madde uyarınca suçlu bulunduğu Dink davasına atıfta bulunur. Halk özellikle aşırı milliyetçi kişiler nazarında, Hrant Dink hakkında kovuşturma ve Dink'in suçlu bulunması kendisinin Türk kökenli kişileri aşağılayan bir birey olduğunun kanıtıydı. Hrant Dink'e ilişkin bu anlayışın sonucunda, kendisi daha sonra aşırı milliyetçi bir kişi tarafından öldürülmüştü.

74. Mahkeme, Hrant Dink davasında olduğu gibi araştırmaları ve Ermenilere ilişkin makaleleri nedeniyle başvuranın “vatan haini” veya “casus” olarak gösterildiği karalama kampanyası hedefinde olduğunu belirtir. Bu kampanyanın ardından başvuran kendisini aşağılayan ve ölümle tehdit eden birçok mail almıştır.

75. Mahkeme bu bağlamda, başvuran hakkında 301. Madde uyarınca kovuşturma başlatılmaması ve kendisinin suçlu bulunmamasına rağmen, Ermenilere ilişkin görüşleri nedeniyle aşırı uç görüşlü kişiler tarafından hakkında yapılan suç duyurularının taciz kampanyalarına dönüştüğünü ve bu hüküm uyarınca başvuranın suçlamalara yanıt vermek zorunda bırakıldığını belirtir. İhtilaflı hükmün başvuran aleyhine uygulanmamasına rağmen, gelecekte başvuran aleyhine açılma olasılığı olan soruşturmanın başvuranı strese sokacağı, kaygılandıracağı ve kovuşturma açılması korkusu yaratacağı gerçeği kabul edilebilir. Bu durum ayrıca 301. Madde uyarınca kovuşturma açılma riskini önlemek için başvuranın akademik çalışmalarında kendisini sınırlandırarak tutumlarını değiştirmeye zorlamıştır.

76. Kovuşturma ihtimaline ilişkin olarak Hükümet, bu hüküm uyarınca açılan kovuşturmaları önemli ölçüde azaltan 301. Madde değişikliği ile oluşturulan bazı önlemler sayesinde başvuranın zarar görmeyeceğini öne sürmüştür. Bu bağlamda, 301. Madde uyarınca kovuşturma başlatmak için savcıların Adalet Bakanlığı'ndan yetki alması gerektiği gerçeğine büyük önem atfetmişlerdir. İstatistiki veriler doğrultusunda, Hükümet bu taleplerin büyük çoğunluğunun Adalet Bakanlığı'na reddedildiğini göstermiştir.

77. Ancak mahkeme görüşünde, Hükümet tarafından 301. Madde uyarınca keyfi veya haksız kovuşturmaları önlemek için alınan önlemler yeterli koruma sağlamamaktadır. İstatistiki verilerden 301. Madde uyarınca halen savcılık tarafından açılan çok soruşturma olduğunu ve bunların birçoğu için Adalet Bakanlığı'nın yetki verdiği sonucuna ulaşmıştır. Hükümet görüşüne göre, 8 Mayıs 2008 ile 30 Kasım 2009 yılları arasında Adalet Bakanlığı'na kovuşturma açılması için 1,025 talepte bulunulmuş ve Bakanlık da 80 davada yetki vermiştir. Mahkeme, Hükümetin Adalet Bakanlığı'nın yetki verdiği davaların konusunu veya mahiyetini açıklamadığını belirtir. Ancak, başvuran tarafından sağlanan istatistiki veriler ise Adalet Bakanlığı'nca verilen yetki sayısının çok daha fazla olduğunu ve bu davaların genellikle gazeteciler hakkında ifade özgürlüğü hususunda açılan kovuşturmalardan ibaret olduğunu göstermektedir. Ayrıca, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'nin belirttiği gibi, Sözleşme'nin benzer ihlallerinin önlenmesi için Adalet Bakanlığı ile uygulanan ön yetki verme sistemi, her konu için ilgili Sözleşme standartlarının Türk yasal sistemi ve uygulaması ile bütünleştirilmesinin yerini alabilecek kalıcı bir çözüm değildir.

78. Her halükarda, Adalet Bakanlığı'nın 301. Madde kapsamındaki suç duyurularında ön denetim yapmasına ve belirli süreliğine hükmün bu tür davalara uygulanmamış olmasına rağmen, gelecekte bu tür davalarda mevcut Hükümetin siyasal irade değişikliği yapması veya yeni bir Hükümet tarafından politika değişikliğinden ötürü bu hüküm uygulanabilir. Bu doğrultuda, başvuranın söz konusu hükümden doğrudan etkilenme tehlikesini göze aldığı söylenebilir.

79. Mahkeme ayrıca Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarının 301. Madde kapsamında kovuşturma riskini değerlendirirken dikkate alınması gerektiğini gözlemler. Bu bağlamda, Dink kararında Yargıtay'ın 301. Madde özellikle "Türklük" veya "Türk ulusu" kavramlarını yorumlamasına yönelik eleştirisini yeniden dile getirir. Bu davada Mahkeme, Yargıtay'ın Ermenilere ilişkin resmi tezleri eleştiren görüşlere müeyyide koyduğunu ortaya koymuştur. Özellikle Devlet kurumlarınca 1915 yılına ilişkin soykırım iddialarının inkar edilmesinin eleştirilmesi "Türklüğü" veya "Türk ulusunu" aşağılama veya küçük düşürme olarak yorumlanmıştır.

80. Benzer şekilde, AGOS gazetesi editörü ve sahibinin Türk Ceza Kanunu 301. Maddesi uyarınca Türk ulusunu soykırım yapmakla itham etmekten ötürü Şişli Ceza Mahkemesi tarafından suçlu bulunması yargı sisteminin bu konudaki tutumunu teyit eder.

81. Kamu konularına ilişkin düşünce ve görüşlerin hassas bir mahiyete haiz olduğu gözlemlenmektedir. Bu nedenle yetkililer veya uygun denetim olmadan ve hatta yetkililerin desteği ile faaliyet gösteren özel taraflarca müdahalede bulunulması yönündeki yüksek olasılık, görüşlerin özgürce oluşumu ve demokratik tartışma hususunda ciddi bir baskı oluşturabilir.

82. Mahkeme, başvuran aleyhindeki suç duyurusunun ve Ermeni konusuna ilişkin Türk ceza mahkemelerinin bakış açısı ve soruşturma açısından başvuran aleyhine kamu tarafından başlatılan kampanyanın bu konu hakkında "aleyhte" görüş bildiren kişilerin maruz kalacağı kovuşturma riskini doğruladığı sonucuna ulaşır ve başvuranın yüzleştiği tehdidin gerçek olduğunu ortaya koyar. Bu şartlarda, Mahkeme Sözleşme'nin 10. Maddesi uyarınca başvuranın ifade özgürlüğünün kullanılmasına müdahale edildiğini belirtir.

83. Yukarıdaki nedenlerden ötürü, Mahkeme Hükümetin ilk itirazını reddetmiştir.

84. 10. Maddenin 2. Fıkrası şartlarını yerine getirmemesi halinde, bu müdahale Sözleşmeyi ihlal edecektir. Bu nedenle "kanunla öngörülmuş" olup olmadığı belirlenmelidir.

B. Müdahalenin kanun ile öngörölüp görölmediğine dair

85. Başvuran, Ceza Kanunu'nun 301. Maddesinin yeterli açıklık sağlamadığını ve keyfi müdahalenin yeterli şekilde önlenmesini sağlayamadığını iddia etmiştir.

86. Hükümet mevcut davada bir müdahale olmadığını düşündüğü için bu hususta yorum yapmamıştır. Ancak “Türklük” ve “Türk ulusu” kavramına ilişkin açıklamalarda bulunmuşlardır. Bu kavramların ırkçı ve etnik anlamı mevcut değildir. Bu kavramlar, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 66. Maddesinde tanımlandığı üzere Türk vatandaşlığına atıfta bulunduğu şeklinde anlaşılmalıdır.

87. Mahkeme, ilgili ulusal hukukun, ilgili kişilerin yaptığı eylemin neden olabileceği sonuçları makul olan ölçüde öngörebilmesini sağlamak için yeterli kesinlikle şekillendirilmesi gerektiğini yineler. Bu doğrultuda, çoğu kanun kaçınılmaz şekilde büyük veya küçük ölçüde belirsiz olma veya yorumu ve uygulaması uygulama sıkıntısı yaratma açısından dile getirilir.

88. Mahkeme, yukarıda bahsedilen Dink kararında “Türklük” kavramı ile ima edilen yasal normların başvuran için yeterli ölçüde erişilebilir ve öngörülebilir olup olmadığından doğan sorununu dikkate alır. Mahkeme bu konuda endişelerini ifade ederken, bu konuyu Dink davası şartlarında incelememeyi tercih etmiştir.

89. Ancak Mahkeme, mevcut davada bu sorunun ele alınması gerektiğini belirtir. Ceza Kanunu'nun 301. Maddesi'nin – ve önceki Ceza Kanunu'nun 159. Maddesi – 1926 yılında ilk Türk Ceza Kanunu'nun kabul edilmesinden günümüze kadar birçok değişime tabi tutulduğunu dikkate alır. İhtilaflı hükmün içeriğinde yapılan son değişikliğin tartışmalara yol açan davalar ve Türk toplumunda Elif Şafak, Orhan Pamuk ve Hrant Dink gibi iyi tanınan yazar ve gazeteciler aleyhine hassas konulardaki olumsuz görüşlerinden ötürü açılan cezai soruşturmalardan sonra yapıldığı görülmektedir. Bu nedenle, bu hükmün yargı tarafından kötü veya keyfi uygulamaları, Hükümeti maddeyi Mahkeme tarafından yorumlandığı şekilde Sözleşme'nin 10. Maddesi hükümleri ile uyumlu hale getirmek için revize etmek zorunda bırakmıştır.

90. Bu amaçla, 301. Madde içeriğinde üç ana değişiklik yapılmıştır. İlk olarak, “Türklük” ve “Cumhuriyet” kavramları “Türk Ulusu” ve “Türkiye Cumhuriyeti Devleti” kavramları ile değiştirilmiştir. İkinci olarak, suçlu bulunan kişilere verilen hapis cezasının süresi azaltılmış ve ağırlaştırıcı sebeplerin dikkate alınması çıkarılmıştır. Üçüncü ve son olarak, bu hüküm uyarınca tanımlanan bir suça ilişkin yapılacak soruşturmanın Adalet Bakanlığı iznine tabi olmasını sağlayan ek güvenlik şartı madde içeriğine eklenmiştir. Son yapılan değişikliklerden yasa koyucuların amaçlarının bu hüküm uyarınca keyfi kovuşturmaları önlemek olduğu açıkça anlaşılmaktadır.

91. Her ne olursa olsun Mahkeme'nin, maddenin revize edilmiş halinin kişinin tutumunu düzeltmesini ve söz konusu eylemin doğurabileceği sonuçları makul olan ölçüde öngörebilmesini sağlayacak kadar yeterince açık olup olmadığını belirlemesi gerekir.

92. Bu bağlamda, “Türklük” kavramının “Türk Ulusu” şeklinde değiştirilmesine rağmen Mahkeme, Yargıtay tarafından aynı şekilde anlaşıldığı için bu kavramların yorumlanmasında değişiklik veya temel farklılık olmadığını dikkate alır. Bu doğrultuda, “Türklük” kavramının anlamının belirlenmesi amacıyla hükmün içeriğinin yasa koyucular tarafından değiştirilmesi somut bir değişiklik getirmez veya ifade özgürlüğü hakkının korunmasının genişletilmesine katkıda bulunmaz.

93. Mahkeme görüşünde, yasa koyucuların değerlerin ve Devlet kurumlarının kamu tarafından aşağılanması ve korunması ve muhafaza edilmesi yönündeki amacı belirli ölçüde anlaşılabilirken, Ceza Kanunu'nun 301. Maddesi uyarınca kavramların kapsamını yargı tarafından yorumlandığı şekliyle çok geniş ve belirsizdir ve bu nedenle hüküm ifade özgürlüğü hakkının kullanılması önünde sürekli tehdit teşkil etmektedir. Diğer bir ifadeyle, hükmün içeriği bireylerin tutumlarını düzenlemelerine veya eylemlerinin sonuçlarını öngörebilmelerine olanak tanımaz. Bu hüküm uyarınca açılan soruşturma ve kovuşturmalardan açık olduğu üzere, incitici, kırıci veya rahatsız edici olarak değerlendirilen her türlü görüş veya fikir, rahatlıkla savcının açacağı suç duyurusuna tabi olabilir.

94. Yukarıda belirtildiği üzere, 301. Maddenin yargı tarafından keyfi uygulamasını önlemek için yasa koyucular tarafından uygulanan önlemler güvenilir ve kesintisiz güvence sağlamaz veya zaman içerisinde oluşan siyasi değişiklik Adalet Bakanlığı'nın yorumlayıcı tutumunu etkileyebileceği ve keyfi kovuşturmaya neden olabileceği için hükümden doğrudan etkilenme riskini ortadan kaldırmaz.

95. Bu nedenle Ceza Kanunu'nun 301. Maddesi'nin, kabul edilemez bir biçimde geniş kavramları, etkilerine ilişkin olarak öngörülebilirlik eksikliğine neden olduğu için Mahkeme'nin yerleşik içtihadının gerektirdiği "kanun niteliğini" karşılamadığı sonucu çıkarılır.

96. Yukarıdaki değerlendirmeler, Mahkeme'nin söz konusu müdahalenin kanun ile öngörülmediği sonucuna ulaşmasını sağlamak için yeterlidir.

Bu doğrultuda Sözleşme'nin 10. Maddesi ihlal edilmiştir.

III. SÖZLEŞME'NİN DİĞER MADDELERİNİN İHLALİNE İLİŞKİN

97. Son olarak, başvuran Ceza Kanunu'nun 301. Maddesi'nin kapsamının bir kişinin hangi eylem veya kusurun cezai yükümlülük doğurabileceğini ayırt edemeyeceği ölçüde belirsiz ve geniş olduğu için Sözleşme'nin 7. Maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Oldukça ayırım gözeten sonuçlarından ötürü ihtilafli hükmün Sözleşme'nin 14. Maddesinin ihlal ettiğini öne sürmüştür.

98. Mahkemeye sunulan tüm belgeler ışığında, Mahkeme başvuranın ibrazlarının Mahkeme Sözleşme veya Protokolleri'nde yer alan hak ve özgürlüklerin ihlal etmediğini ortaya koymuştur. Bu bölümün asılsız olduğu gerekçesiyle başvurunun Sözleşme'nin 35/3. ve 35/4. Maddesi uyarınca kabul edilemez olmadığını beyan eder.

IV. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASINA DAİR

99. Sözleşme'nin 41. Maddesi:

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

Zarara Dair

100. Başvuran, maddi tazminat için 11,200 Euro ve manevi tazminat olarak ise 75,000 Euro talep etmiştir.

101. Hükümet Mahkemeyi, başvuranın iddialarını desteklemek için herhangi bir kanıt sunamamasından ötürü kendisine maddi tazminata hükmetmemeye davet eder. Hükümet ayrıca manevi zarar için talep edilen miktarın yüksek olduğunu ve bu nedenle kabul edilemez olduğunu değerlendirmiştir.

102. Mahkeme, başvuranın Mahkeme'nin zararları değerlendirmesi ve hesaplamasına olanak tanımak için herhangi bir kanıt sunmadığını gözlemler; bu nedenle talebini reddeder.

103. Başvuranın manevi zarara ilişkin talebine gelince, Mahkeme mevcut dava şartlarında ihlal olduğunun tespit edilmesinin yeterli adil tazmin teşkil ettiğini belirtir.

104. Yasal masraf ve harcamalara ilişkin olarak ise Mahkeme, nicel bir hak olmamasından ötürü Mahkeme herhangi bir tutara hükmetmemiştir.

BU GEREKÇELERLE, MAHKEME OYBİRLİĞİYLE

1. Başvuranın mağdur sıfatına ilişkin Hükümet'in yaptığı itirazı reddeder;

2. 10. Madde uyarınca şikayetin kabul edilir ve başvurunun geri kalanını ise kabul edilemez olduğunu beyan eder;

3. Sözleşme'nin 10. Maddesinin ihlal edildiğini kabul eder;

4. Mevcut dava şartlarında ihlal tespitinin yeterli adil tazmin teşkil ettiğini kabul eder;

5. Başvuranın adil tazmine ilişkin diğer taleplerini reddeder.