



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

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

E.K.-TÜRKİYE DAVASI

(Başvuru no:28496/95)

NİHAİ KARARIN ÖZET ÇEVİRİSİ

İşbu karar AIHS'nin 44 § 2 maddesinde belirtilen koşullar çerçevesinde kesinleşecektir. Şekli bazı düzeltmelere tabi olabilir.

Davanın nedeni, Türk vatandaşı olan E.K.'nın ("başvuran"), 17 Temmuz 1995 tarihinde, İnsan Haklarını ve Temel Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin ("Sözleşme") eski 25.maddesi uyarınca, Türkiye aleyhine Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna ("Komisyon"), Avrupa İnsan Hakları Sözleşme'nin ("AİHS") 6, 7, 9, ve 10. maddelerinin ihlal edildiği iddiasıyla yaptığı başvurudur (Başvuru no:28496/95). Başvuran Mahkeme huzurunda, İstanbul Barosu avukatlarından Avukat Fatma Karakaş tarafından temsil edilmektedir

OLAYLAR

A .Davanın Koşulları

1959 doğumlu olan başvuran, Türk uyrukludur ve İstanbul'da yaşamaktadır. Avukat olan başvuran aynı zamanda Doz Basın Yayın Ltd. Şti. adlı yayınevinin sahibesidir.

Başvuran, 14 Haziran 1993 tarihinde İstanbul'da yayınlanan "Özgür Gündem" adlı gazetede yer alan "Dünyanın Kürt Halkına Borcu Var" başlıklı makaleyi, İstanbul İnsan Hakları Derneği Sekreteri sıfatı ile imzalamıştır. Bu makale başvuranın aldığı ilk ceza ile ilgili takibin konusu olmuştur.

Diğer taraftan, başvuranın yayıncısı olduğu Doz Yayınevi, Ekim 1992'de, "*Uluslararası Paris Kürt Konferansı: Kürtler, İnsan hakları ve Kültürel kimlik*" adlı bir kitap yayınlamıştır. "*Türk Hapishanelerindeki Durum*" adlı makale bu kitap içerisinde yayınlanmış ve kitap, başvuranın aldığı ikinci ceza ile ilgili takibin konusu olmuştur.

1. "Dünyanın Kürt Halkına Borcu Var" adlı makale konusundaki ceza ile ilgili süreç

"Özgür GündenY"adlı gazetede yer alan makalenin tüm metni çevirinin sonunda yer almaktadır.

16 Ağustos 1993 tarihinde, İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesinde başvuran aleyhine bir kamu davası açılmıştır. Başvuran, 3713 Sayılı Terörle Mücadele Yasasının 8§1 ve 8§2. maddeleri uyarınca bir makale aracılığı ile bölücü propaganda yapmakla suçlanmıştır.

Devlet Güvenlik Mahkemesindeki yargılama sürecinde başvuran, suçsuz olduğunu ve ifade özgürlüğünden yararlandığını belirtmiştir. 16 Eylül 1994 tarihinde, biri asker kökenli üç hakimden oluşan Devlet Güvenlik Mahkemesi, başvuranı, 3713 Sayılı Kanunu'nun 8§1. maddesine göre suçlu bulmuş ve iki yıl hapis ile 250.000.000 Türk Lirası para cezasına çarptırmıştır.

Devlet Güvenlik Mahkemesine göre, suç oluşturan makalede başvuran, Türk makamlarının aldıkları önlemleri "vahşi saldırılar" şeklinde nitelendirerek, terörist kuruluş olan PKK faaliyetlerine destek vermiştir. Üstelik makalede Türk Devleti topraklarının bir bölümü "Kürdistan" olarak nitelendirilmektedir. Sonuç olarak AİHM, makalenin ayrımcı propaganda oluşturup oluşturmadığı yönünden inceleme yapmaya karar vermiştir.

14 Şubat 1995 tarihinde, başvuranın temyiz talebi üzerine Yargıtay, DGM'nin kararını onaylamıştır.

2. "Türk Hapishanelerindeki Durum " adlı makale konusundaki ceza ile ilgili süreç

Ekim 1992 tarihinde. Doz Yayınları, "*Uluslararası Paris Kürt Konferansı: Kürtler, İnsan Hakları ve Kültürel Kimlik*" adlı bir kitap yayınlamıştır. Kitap, Paris Kürt Enstitüsü tarafından 14 ve 15 Ekim 1989 tarihlerinde düzenlenen ve konusu Kürtler, İnsan Hakları ve Kültürel Kimlik olan konferansla yapılan konuşmaların bir denemesidir. Kitabın 148 ve 149. sayfalarında "*Türk Hapishanelerindeki Durum* " adlı bir makale yer almaktadır.

(Makalenin Tümü Çevirinin Sonunda Yer Almaktadır.)

Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Savcısı 19 Mart 1993 tarihli iddianamesiyle başvuran aleyhine bir kamu davası açmıştır. Savcı mezkur makaleyi ileri sürerek başvuranı, adı geçen kitabın yayıncısı olarak, ayrımcı propaganda yapmakla suçlamış ve 3713 Sayılı Kanunun 8§1 ve 8§2. maddeleri uyarınca cezalandırılmasını istemiştir.

14 Haziran 1993 tarihinde, Devlet Güvenlik Mahkemesi çoğunluğun oyu ile başvuranın suçsuz olduğuna karar vermiştir. DGM, mezkur kitabın içeriğine dayanarak, kitabın Paris'te yapılan "Kürt Problemi" konulu konferansta sunulanlardan oluşan bir derleme olduğunu belirtmiştir. Bu konferansa otuz bir kişi katılmış ve kendi görüşlerini sunmuştur. DGM'ye göre, yayınlanan makalelerden birinde Türk ulusunun topraklarının bir bölümünün "Kürdistan" olarak adlandırılmasına rağmen, kitabın tamamında ayrımcı propaganda yapılmamaktadır.

Farklı görüşte olan askeri hakim, kitabın, konuşmacıların sunumlarının bir derlemesi olduğunu ve her bir makalenin farklı bir incelemenin konusu olduğunu belirtmiştir. Adı geçen makalenin bir özetini yaparak başvuranın yayın yolu ile ayrımcı propaganda yaptığını belirtmiştir.

Cumhuriyet Savcısı, 14 Haziran 1993 tarihli kararı temyiz etmiştir.

Yargıtay, 26 Kasım 1993 tarihinde DGM'nin kararını bozmuştur. Başvuranın DGM tarafından aklanmasında belirtilen unsurların kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Yargıtay'a göre makalenin anılan kısmı devletin bölünmezliğine karşı propaganda teşkil etmektedir.

Başvuran DGM'deki yargılaması sırasında, ifade özgürlüğünü kullandığını beyan etmiş, ayrıca yayıncı sıfatıyla, yayından yazı işleri müdürü gibi sorumlu tutulamayacağını belirtmiştir.

Biri asker kökenli üç hakimden oluşan DGM, Yargıtay'ın kararına uygun olarak verdiği 9 Eylül 1994 tarihli kararıyla başvuranı 3713 Sayılı Kanunun 8§2. maddesi uyarınca suçlu bulmuş ve altı ay hapis cezası ile 50.000.000. TL para cezasına çarptırmıştır. Ayrıca, söz konusu yayının toplatılmasına karar verilmiştir.

DGM, adı geçen kitabın yayıncısı konumundaki başvuranın durumunu incelemiş ve 148-149. sayfalarda yer alan makalenin ulusun birliğini ve toprak bütünlüğünü ihlal etmeye yönelik olduğunu tespit etmiştir. Gerekçede, adı geçen makalede devletin topraklarının bir bölümünü "Kürdistan" ayrılışına ait olduğunu belirtildiği, ulusal özgürlük mücadelesi veren PKK tarafından yapılan şiddet hareketlerinin desteklendiği ve sonuç olarak bunun ayrımcı propaganda olarak ele alınması gerektiği belirtilmiştir.

24 Şubat 1995 tarihinde Yargıtay, DGM'nin kararını onamıştır.

30 Ekim 1995 tarihinde, başvurana verilen hapis cezası infaza konmadan önce para cezası içeren 4126 Sayılı Kanun, özellikle 3713 Sayılı Kanunu'nun 8. maddesi yürürlüğe girmiştir. Makalenin eski metninde yer alan kasıtlı unsur değiştirilmiştir. Diğer taraftan hapis cezaları hafifletirilmiş, para cezaları arttırılmıştır. 4126 Sayılı Kanunun geçici maddelerinden birinde, 3713 Sayılı Kanununun 8. maddesi uyarınca hükmolunan önceki mahkumiyetlerin gözden geçirilmesi öngörülmektedir.

Biri asker kökenli üç hakimden oluşan DGM, bu yeni yasayı gözönünde bulundurarak 27 Mayıs 1996 tarihinde, başvuranın davasını esastan yeniden incelemiş ve 9 Eylül 1994 tarihinde yine aynı doğrultuda karar vermiştir. Başvuranı, yeniden altı ay hapis ve 50.000.000 TL para cezasına çarptırmıştır. Hapis cezası, 50.900.000 TL para cezasına çevrilmiştir.

4 Ağustos 1997 tarihinde, kararın ertelenmesini ve 12 Temmuz 1997 tarihinden önce yazı işleri müdürü sıfatı ile işlenen suçların cezalandırılması öngören 4304 sayılı kanun resmen ilan edilmiştir.

27 Kasım 1997 tarihinde, 4304 sayılı kanun gözönünde bulundurularak verilen karar bozulmuş ve dosya bir alt mahkemeye gönderilmiştir.

Son olarak, 25 Aralık 1997 tarihli bir kararıyla, DGM, 4304 Sayılı Kanunun 1§3. maddesi gereğince başvuran hakkındaki kararın ertelenmesi, erteleme tarihinden itibaren üç yıl içerisinde aynı cinsten suç işlemesi halinde karar verileceği ve ilgilinin yayıncı sıfatı ile, kasıtlı suçtan mahkum edildiği sonucuna varılmıştır. Eğer belirtilen üç yıl içerisinde ilgili aleyhine aynı ya da benzer bir suçtan mahkumiyet kararı verilmezse kamu davası sona erecektir.

HUKUKA DAİR

I. AİHS'NİN 7. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

Başvuran, "*Uluslararası Kürt Konferansı*" adlı kitabın yayıncısı sıfatı ile 3713 Sayılı Terörle Mücadele Yasasının 8§2. maddesine göre mahkum edilmesinin, AİHS'nin 7. maddesine aykırı olduğunu belirtmiştir.

Hükümet, Yargıtay 9. Dairesinin içtihadına göre, 3713 Sayılı Kanunu'nun 8§2. maddesinin süresiz yayınların yayıncıları hakkında da uygulanabileceğini belirtmiştir.

Başvuran, Hükümet'in savunmasına karşı, bir ceza hükmünün analoji yoluyla uygulanmasının, hukuki güvenliğe zarar vereceğini belirtmiştir. Başvuran, sorumlu yazı işleri müdürü ile yayıncının aynı cezai sorumluluğa sahip olmadıklarını iddia etmekte ve bu nedenle mahkumiyetinin AİHS'nin 7. maddesinin ihlaline neden olduğunu savunmaktadır.

AİHM, daha önceki kararlarına uygun olarak, 7. maddenin, suç ve cezanın ancak kanun tarafından tanımlanabileceği (*nullum erimen, nulla poena sine lege*) ve ceza kanunun genişletici yorum yoluyla (örneğin analoji) sanığın aleyhine yorumlanamayacağı ilkelerini içerdiğini hatırlatmaktadır. Suç ve ceza kanunda açıkça belirtilmiş olmalıdır. Vatandaşlar, kanunun ilgili hükmünü okuyarak ya da gerektiğinde mahkemelerin yorumu yardımıyla, hangi eylem ya da ihmallerinin cezai sorumluluklarına yol açacağını öğrenebildiklerinde bu şart yerine getirilmiş sayılır.

7. madde "hukuk"tan bahsederken, bu terimin Sözleşmenin başka yerlerinde de kullanıldığı anlamı ima etmektedir ki, buna göre "hukuk", kamu hukuku ile birlikte içtihat kararlarını da içerir ve başta erişilebilirlik ve öngörülebilirlik gibi nitelikleri gerektirir (bakınız 15.11.1996 tarihli Cantoni - Fransa kararı, 1998-V Raporları, No. 20, ss. Madde 29; 22 Kasım 1995 tarihli S.W. ve C.R. - Birleşik Krallık karan, A Serisi, sırasıyla no. 335-B ve 335-C, ss. 41-42, 35. Madde, ve ss. 68-69, 33. Madde).

AİHM, sözkonusu davanın kanuni çerçevesinin kesin bir açıklıkla belirlenmesinin zor olabileceğini ve bir yayının Devletin bölünmez bütünlüğüne karşı bölücü propaganda olup olmadığının ulusal mahkemelerce değerlendirilmesinde belli ölçüde esneklik gerekebileceğini kabul etmektedir.

Net olarak belirlenmiş bir yasa hükmünde bile, mahkemenin kaçınılmaz olarak yorumlayacağı bir kısım vardır. Anlaşılmayan noktaların açıklığa kavuşturulması ve yazılı hükmün değişen şartlara uyarlanması her zaman gereklidir.

Mahkemeye göre, 3713 Nolu yasanın 8. maddesi, DGM'lere suçun kapsamını belirlemek için yapacakları yorumda aşırı bir takdir yetkisi bırakmamaktadır. Çünkü maddenin ilk fıkrasında suç tanımlanmış, 2. fıkrasında ise ceza belirlenmiştir.

Mahkemeye göre DGM, başvuran hakkındaki ikinci mahkumiyet kararını verirken, ilgili kanun maddesinin yorumunda davanın koşullarının gerektirdiğinin ötesinde bir takdir yetkisi kullanmamıştır. Başvuranın 1991 tarihli kanunun 8. maddesine göre mahkum olması sözleşmenin 7. maddesinde öngörülen "kanunsuz suç. olmaz" ilkesini ihlal etmemiştir.

Bununla birlikte başvuran 8. maddenin 2. fıkrasında münhasıran sorumlu yazı işleri müdüründen söz edildiğini ve yayıncıların bu durumda yalnızca para cezasına mahkum edildiklerini belirterek, kendisinin bu maddeye dayanarak hapis cezasına mahkum edilmesi nedeniyle şikayette bulunmaktadır. Hükümet, 8. maddenin 2. fıkrasının yayıncılara uygulanması halinde 1. fıkradaki cezalardan daha hafif ceza aldıklarını belirtmektedir. Demek ki, 8. maddenin 2. fıkrası bir "*lex specialis*" (özel hüküm) olarak sorumlu yazı işleri müdürleri ve süreli yayınların yayıncıları için geçerlidir. Başvuranın süresiz bir yayının yayıncısı olarak ceza alması, analogi yoluyla genişletici yorum yapılmasına dayanmaktadır. Çünkü öngörülen kural yazı işleri müdürlerine verilecek cezaları belirtmektedir (aynı konuda bkz. Başkaya ve Okçuğlu-Türkiye, 23536/94 ve 24408/94)

Bu koşullar çerçevesinde Mahkeme, başvuranın hapis cezasına mahkum edilmesinin 7. maddede öngörülen "*kanunsuz ceza olmaz*" ilkesine aykırı olduğuna ve bu nedenle 7. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

II. AİHS'NİN 10. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

Başvuran, 3713 Sayılı Terörle Mücadele Yasası'nın 8. maddesine göre iki kere mahkum olması nedeniyle AİHS'nin 10. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmektedir.

AİHM, başvuranın 3713 Sayılı Terörle Mücadele Yasası'nın 8. maddesi uyarınca suçlu bulunup hüküm giymiş olmasından dolayı, ifade özgürlüğü hakkına bir müdahalenin yapılmış olduğunun açık olduğunu ve bu konuda bir itirazın sunulmadığını kaydetmiştir.

Yukarıda anılan ve "kanunlar tarafından öngörülen" müdahaleler, 10. maddenin 2. fıkrasında belirtilen "haklı sebepler"den bir veya daha fazlasına dayananların ve anılan hedef veya hedeflerin elde edilmesi için "demokratik bir toplumda gerekli olanların" haricinde, 10. madde ihlallerini teşkil etmektedir. Mahkeme bu ölçütleri sırasıyla inceleyecektir.

A. "*Kanunlar Tarafından Öngörülme*"

AİHM huzurunda hazır bulunan taraflardan hiç birisi, başvuranın ilk mahkumiyetinin dayanağı olan 3713 sayılı kanunun 8. Maddesinin, 10. Maddenin 2. fıkrasında getirilen "kanunlar tarafından öngörülme" şartına aykırı olduğunu ileri sürmemiştir. Bu nedenle Mahkeme bu konuda başka bir sonuca varma gereği görmemektedir.

Başvuranın ikinci mahkumiyetine gelince Mahkeme bu olayda Sözleşmenin 7. ve 10/2. maddeleri arasında büyük farklılık görmektedir. 7. maddeye göre bir kişi işlendiği sırada suç oluşturan bir eylemi nedeniyle cezalandırılabilir. 10. maddenin 2. fıkrasına göre yasallığın incelenmesinde ise önemli olan, müdahale teşkil eden önlemlerin uygulanma tarihidir.

Söz konusu davada, iddia edilen suç, kitabın yayınlanmasıyla Ekim 1992 tarihinde işlenmiştir. Yukarıda AİHM, suçun işlendiği tarihte yürürlükte olan kanunun, 7. madde bakımından meşruluk şartını yeterince yerine getirmiş olduğu gerekçesi ile başvuranın bu suçtan mahkum edilmesinin 7. maddeyi ihlal etmediği sonucuna varmıştır.

Ancak, başvuranın mahkumiyetinin dayandırıldığı 8§2. maddenin yayıncılara ilişkin hükmü 27 Temmuz 1993 tarihinde Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Dolayısıyla, suçun işleniş

tarihinde yürürlükte olan hüküm, başvuranın mahkum edildiği 9 Eylül 1994 tarihinde ve bu cezanın Yargıtay tarafından onandığı tarihte yürürlükte bulunmamaktadır.

Dolayısıyla, yetkili mahkemelerin "failin lehinde olan kanun tatbik ve infaz olunur" hükmünü içeren Ceza Kanunu'nun 2. Maddesinin 2. fıkrasına uygun davranmadığı tespit edilmiştir. Bu nedenle, AİHM, başvuranın ne mahkumiyetinin ne de cezasının o sırada yürürlükte olan kanunlar tarafından öngörülmesi nedeniyle Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Yukarıda varılan sonuç dikkate alındığında, ilke olarak, başvuranın ikinci mahkumiyetinin 10. maddenin 2. paragrafıyla getirilen diğer şartlara uygunluğunun incelenmesi gerekmemektedir (bakınız, 24 Nisan 1991 tarihli Huvig ve Kurslin - Fransa davası, A Serisi, No. 176-A ve sırasıyla s. 25, 37. madde ve s. 57, 36. madde). Ancak, sözkonusu şartların mevcut olup olmadığı başvuranın şikayetinin temel unsurunu teşkil ettiğinden, AİHM, bu hususları inceleyecektir.

2. Meşru amaç

Başvuran, AİHS'nin 10. maddesine dayanarak sözkonusu müdahalenin amacının meşru olmadığını iddia etmiştir.

Hükümet, terörist eylemler lehine propaganda yapmanın 3713 Sayılı Kanun kapsamında yasaklandığını belirtmektedir. 1985'ten bu yana Türkiye'nin güneydoğusunda PKK militanları ile güvenlik güçleri arasında ciddi çatışmalar olduğunu, ırkçı bir ideolojiye sahip PKK lehine yapılan propagandaların, ulusal makamların, ulusal güvenliği ve kamu güvenliğini korumak için önlem almalarında etkili olduğunu ileri sürmektedir. Buna göre Hükümet başvuran hakkında verilen mahkumiyet hükümlerinin meşru olduğunu, bu önlemin toprak bütünlüğü, kamu güvenliği, kamu düzeni ve suçların önlenmesi amaçlarını güttüğünü belirtmektedir.

AİHM, 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 olmaları 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, Türkiye'nin güneydoğusunun dava konusu olayların cereyan ettiği tarihlerde içinde bulunduğu ve bölücü faaliyetlerin şiddet kullanımına dayalı olduğu şartlar için geçerlidir.

3. "Demokratik bir toplumda gerekli olma "

Bu bağlamda AİHM, başvurana karşı alınan önlemlerin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını sorusunu inceleyecektir.

Bu çerçevede, AİHM, konuyla ilgili içtihatlarının dayandığı temel ilkeleri hatırlatmaktadır (23 Nisan 1992 tarihli Castells İspanya'ya Karşı Kararı Seri A no. 236, S.22, paragraf 42, 21 Ocak 1999 tarihli Fressoz ve Roire - Fransa kararında, Öztürk-Türkiye kararı.....).

/. Genel ilkeler

İfade özgürlüğü, demokratik bir toplumun zorunlu temellerinden birini ve toplumun ilerlemesi ve her bireyin özgüveni için gerekli temel şartlardan birini teşkil etmektedir. 10. maddenin 2. paragrafı uyarınca bu özgürlük, sadece kabul gören, zararsız olan veya kayıtsızlık içeren "bilgiler" veya "fikirler" için değil, aynı zamanda kırııcı, şok edici veya rahatsız edici olanlar için de geçerlidir. Bunlar, "demokratik bir toplumda" olmazsa olmaz çokseslilik, tolerans ve hoşgörünün gerekleridir. 10. maddede belirtilen şekliyle bu özgürlük, ancak 2. fıkradaki ölçütlere uyması ve ikna edici bir şekilde tespit edilmesi gereken bazı istisnalara tabidir.

AİHM ayrıca. Sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrasının, kamu çıkarlarına ilişkin siyasi konuşmalar veya sorunlara ilişkin tartışmaların sınırlanması konusunda çok dar bir kapsamda uygulandığına işaret etmektedir (bakınız 25 Kasım 1996 tarihli Wingrove - Birleşik Krallık davası, 1996 Raporları-V, s. 1957, 58. madde). Ayrıca, Hükümet ile ilgili konularda izin verilebilir eleştirinin sınırları, vatandaşlar ve siyasetçiler için daha geniştir. Demokratik bir sistemde, hükümetin eylemleri veya ihmalleri sadece yasamanın ve adli otoritelerin değil, aynı zamanda kamuoyunun da yakın takibinde olmalıdır. Ayrıca, Hükümetin sahip olduğu egemen konum, özellikle kendisine yönelik haksız saldırılara ve muhaliflerin eleştirilerine cevap verebileceği başka araçların bulunduğu durumlarda, cezai işlemlere başvurulması konusunda bir sınırlamayı zorunlu kılmaktadır. Bununla birlikte, kamu düzeninin garantörleri sıfatıyla Devlet otoriteleri, cezai önlemler dahil olmak üzere, anılan kriterler dahilinde, doğru tepkiyi verecek önlemler alma yetkisine sahiptir (bakınız 9 Haziran 1998 tarihli Incal -Türkiye kararı, 1998-IV Raporları, s. 1567, 54. Madde). Son olarak, anılan ifadelerin bir birey, bir kamu görevlisi veya nüfusun belli bir kesimine karşı şiddeti teşvik ettiği durumlarda Devlet otoriteleri, ifade özgürlüğüne müdahale konusunda daha geniş bir marja sahiptir.

10. maddenin 2. fıkrasında "zaruri" sıfatı, "acil bir sosyal ihtiyaç" anlamındadır. Akit Devletler anılan ihtiyacın mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi konusunda belli bir marja sahiplerdir. Ancak bu marj kullanılarak verilen kararlar, bağımsız bir mahkeme tarafından verilenler de dahil olmak üzere, Avrupa denetimi ile iç içe olmalıdır. AİHM bu sebeple, bir "sınırlamanın" Sözleşme'nin 10. maddesiyle güvence altına alınan ifade özgürlüğü ile bağdaşıp bağdaşmadığı konusunda nihai karar verme yetkisini haizdir.

2. Dava konusunda ilkelerin uygulanması

a) Tarafların görüşleri

Hükümet, başvurana "Türk Cezaevlerindeki Koşullar" adlı makaleyi yayınladığı için yapılan ikinci müdahalenin, demokratik bir toplumda gerekli olduğunu ve toprak bütünlüğünün ve kamu düzeninin korunması çerçevesinde, meşru amaç doğrultusunda yapıldığını ileri sürmektedir. Ayrıca, başvuranın bu makaleyle yasadışı örgüt olan PKK'nın propagandasını yaptığını yinelemektedir.

Başvuran, Hükümet'in görüşlerini reddederek, aldığı mahkumiyet ve cezalar nedeniyle, Sözleşme'nin 10. maddesiyle güvence altına alınmış olan ifade özgürlüğüne haklı bir sebep olmaksızın müdahale edildiğini iddia etmiştir.

b) Mahkeme'nin kararı

Mahkeme uyuşmazlık konusu müdahaleyi incelerken, suçlanan ifadeler ve bunların ifade edildiği ortam da dahil olmak üzere davayı bir bütün olarak ele almalıdır. İlk olarak müdahalenin "meşru amaçlar ile orantılı" ve ulusal otoriteler tarafından anılan müdahalenin meşruluğu hakkında gösterilen gerekçelerin "ilgili ve yeterli" olup olmadığı tespit edilmelidir (Bkz, *Fressoz - Roire kararına*). Ayrıca, müdahalenin meşru amaçla orantısı söz konusu olduğunda verilen cezanın şiddetini ve niteliğini gözönünde bulundurmalıdır.

Bahse konu kriterlerin ışığında, AİHM, başvuranın iki mahkumiyetini inceleyecektir ***i. Başvuranın birinci mahkumiyeti hakkında***

Başvuranın süreli bir yayın aracılığıyla bölücü propaganda yapmak suçundan mahkum edilmesi konusunda, AİHM, incelenecek olan müdahalenin, demokratik bir toplumda basın rolü açısından ele alınması gerektiğini belirtmiştir, (bkz. Lingens - Avusturya davası 8 Temmuz 1986 tarihli kararı, A serisi, no. 103, sayfa 26, 41. fıkra; ve yukarıda belirtilen Fressoz - Roire kararı, sayfa..., 45. fıkra).

Basının şiddet tehdidine karşı Devletin, devlet güvenliği ya da toprak bütünlüğü gibi ana çıkarlarını koruma ya da asayiş sağlama ya da suçun önlenmesi için belirlenen sınırları aşmaması

gerekir. Basının, bölücü olanlar da dahil olmak üzere, siyasi konulara ilişkin bilgi ve görüşleri bildirmesi, bu görüşler genel kamuoyu görüşüne aykırı olsa bile zorunludur. Sadece basın bu tür bilgi ve fikirleri bildirme görevine sahip değildir; kamuoyunun da bunları öğrenme hakkı bulunmaktadır. Basın özgürlüğü, kamuoyunun, siyasi liderlerin fikir ve yaklaşımlarına ilişkin bir fikir oluşturmaları için en iyi yollardan biridir (*mutatis mutandis*, yukarıda belirtilen Lingens kararı, sayfa 26, 41-42. fıkralar).

AIHM, söz konusu makaleyi bir bütün olarak ele aldığında, bu müdahalenin zaruri olarak kabul edilmesi için yeterli olmadığını görüşündedir (Bkz, Sürek karar (1), no: 26682/95, §62, Sürek karar (3), no: 24735/94, §40).

Mahkeme olayın koşullarını değerlendirirken terörizmle mücadelenin zorluğunu belirtmektedir. Incal kararında. Mahkeme başvuranın makaleyi İHD sekreteri olarak imzaladığını, bu görevi nedeniyle Türk siyasi hayatının bir aktörü olduğunu ve daha sonra Belçika Parlamentosu'na sunduğu görüşlerini yayımladığını belirtmektedir. Mahkeme, bu makalenin bazı bölümlerinde Türk otoritelerinin tutumundan şikayet edilse ve bu şikayet itici ifadelerle yapılmış olsa da, bu ifadelerin şiddete, silahlı ayaklanmaya ve isyana teşvik niteliğinde olmadığı görüşündedir ve davayı buna göre değerlendirecektir.

Mahkeme makaleyi bir bütün olarak değerlendirerek, ifadelerin sert olmasına rağmen bu makalenin olarak şiddete ve nefrete davet edici nitelikte olmadığına karar vermiştir. Sürek

AIHM, başvuranın "Dünyanın Kürt Halkına Borcu Var" adlı makaleyi yayınladığı gerekçesiyle mahkum olması nedeniyle verilen cezanın (iki yıl hapis ve 250.000.000 TL para cezası) amaçlanan hedefler açısından orantısız olduğu ve bu bağlamda "demokratik bir toplumda gerekli" olmadığı kararına varmıştır. Bu durumda AIHS'nin 10. maddesinin ihlali söz konusudur.

İL Başvuranın ikinci mahkumiyeti hakkında

AIHM, başvuran hakkındaki ikinci mahkumiyetle sonuçlanan yargılamada başvuranın, sahibi olduğu Doz Yayınevi tarafından yayınlanan bir kitap vasıtasıyla ayrımcı propaganda yaptığı gerekçesiyle mahkum olduğunu tespit etmiştir.

AIHM, özellikle yayının içeriğini, A.A. imzalı "Türk Cezaevlerindeki Koşullar" adlı makalede kullanılan kavramlar ile makalenin yayınlandığı özel şartları dikkate alacaktır. Ayrıca Mahkeme bu yönden terörizmle mücadelenin ne kadar güç olduğun da dikkate alacaktır. (Incal)

A.A. tarafından imzalanan bu makale, Paris Kürt Enstitüsünün düzenlediği "Kürtler, İnsan hakları ve Etnik Kimlik" konulu konferansta sunulmuştur. Uyuşmazlık konusu makalede yazar, Türk topraklarının bir kısmını Kürdistan olarak nitelendirerek ulusal bağımsızlık için mücadele hakkındaki görüşlerini belirtmektedir. Yazara göre bu mücadele kimliksel, topraksal ve ulusal haklarının tanınması için 25 milyonluk bir halk tarafından yapılan mücadeledir. Yazar bu mücadelenin sadece Kürtlerin kültürel kimliklerinin tanınmasıyla sınırlanmasını istememektedir. Yazar ayrıca Kürt halkının kendi kaderini tayin hakkı için de mücadele etmektedir. Yazar, Türk Hükümetinin, Türkiye'nin güneydoğusunda bulunan hapishanelerdeki politikasını da şiddetli bir şekilde eleştirmektedir. Mahkeme söz konusu makalede şiddete ve isyana çağrı ya da herhangi bir demokratik ilkenin reddine dair bir ifade görmemiştir. Mahkemeye göre bu tür siyasi projelerin ifadesi Türk devletinin şu andaki düzen ve ilkelerine ters düşse bile demokratik kurallara ters düşmemektedir.

AIHM, söz konusu makalenin içeriğinde resmi politikaya karşı getirilen ağır eleştiriler bulunmasının başvuranın ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleyi haklı göstermeyeceğine dikkat çeker. Makalede Türkiye'nin güneydoğusunda yaşanan rahatsızlıkların kaynağı ve sorumluluğuna ilişkin olarak tek taraflı bir yaklaşım benimsenmektedir. Ayrıca makalede kesin bir mesaj verildiği ve Hükümetle tek uzlaşma yolunun PKK ile uzlaşmaktan geçtiğinin ifade edildiği görülmektedir. Ancak

metin bir bütün olarak ele alındığında kin ve düşmanlığa tahrik ettiği söylenemez. Mahkeme, makalenin bu şekilde yorumlanabilecek bölümleri üzerinde dikkatle durmuştur. Ancak Mahkemeye göre, "savaş", "düşman" veya "silahlı müdahalelin yasadışılığı" gibi ifadeler, Türkiye'nin güneydoğusundaki resmi politikaya karşı olanların psikolojisini yansıtmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, makale, güneydoğudaki ihtilafın taraflarının çıkarları değerlendirmesi için kamuoyunun yararlanabileceği bir bilgi kaynağıdır (Bkz, Sürek ve Özdemir Kararı, 8,7,1999, §61).

AİHM, sözkonusu makalenin, uluslararası bir konferans sırasında yapılan sunuşların bir derlemesi olan bir kitapta yayınlandığını belirtmektedir. Katılımcıların " Kürtler: Kültürel Kimlik ve İnsan Hakları" konusunda değişik fikirleri olabilir. Makalenin sahibi de bu uluslar arası konferans çerçevesinde kendi görüşünü belirtmektedir ve bu sunuş çok geniş bir kitleye ulaşmadığından "ulusal güvenlik", "kamu düzeni" ya da "toprak bütünlüğü" üzerinde bir etkisinin olması ihtimali çok sınırlıdır.

Bu makalenin bazı bölümleri silahlı mücadeleyi övüyor olsa bile mahkemeye göre bu durum isyana davetten ziyade mevcut politik ortamdaki çaresizliğin bir ifadesidir. Ayrıca kitabın yayıncısı olan başvuran, uluslararası bir konferans sırasında yapılan sunuşları yayınlamıştır ve bu kitabın da, ilgilinin serbest bırakılmasıyla sonuçlanan başvuranın DGM'deki ilk yargılamasında olduğu gibi, bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekir.

AİHM elbette ki, yaklaşık olarak 1985 yılından bu yana bölgenin büyük bir çoğunluğunda olağanüstü hal ilan edilmesini gerektiren, çok ciddi can kayıplarına yol açan, güvenlik kuvvetleri ile PKK elemanları arasında ciddi olayların meydana geldiği bölgedeki güvenlik durumunu etkileyecek sözler ve eylemler konusunda otoritelerin endişesinin bilincindedir (bakınız yukarıda anılan Zana kararı, s. 2539, 10-11. Maddeler). Ancak, sözkonusu davada yerel otoritelerin, ifade özgürlüğü ve her ne kadar kendileri açısından kabul edilemez olsa da, Türkiye'nin güneydoğusundaki durumun farklı bir bakış açısından bildirilmesiyle ilgili kamu haklarını yeterli ölçüde dikkate almadığı anlaşılmaktadır.

Yukarıdaki hususlar dikkate alınarak, AİHM, başvuranın mahkumiyetinin ve kendisine verilen cezanın amaçlanan hedefler açısından orantısız olduğuna ve bu bağlamda "demokratik bir toplumda gerekli" olmadığına karar vermiştir. Bu durumda AİHS'nin 10. maddesinin ihlali söz konusudur.

III. AİHS'NİN 6. MADDESİNİN 1. FIKRASININ İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

Başvuran, kendisini iki kez mahkum eden İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesinin bünyesinde asker kökenli bir hakim bulunduğu gerekçesiyle, davasının tarafsız ve bağımsız bir mahkeme tarafından dinlenmediğinden şikayetçidir. Bu konuda AİHS'nin 6. maddesine atıfta bulunmuştur.

Hükümet, Türk Anayasasının ilgili maddelerine atıfta bulunarak, esas ve vekil üyeleri arasında askerlerin de yer aldığı Devlet Güvenlik Mahkemelerinin olağanüstü mahkemeler olmadığını, devlet bütünlüğünü tehdit eden suçlarla ilgili yargılamanın yapıldığı mahkemeler olduğunu belirtmiştir. Dört yıl süre ile görevlendirilen askeri hakimler, Anayasaya göre sivil hakimlerle aynı bağımsızlık ve tarafsızlığa sahiptirler.

Üstelik, Hükümet'e göre, Devlet Güvenlik Mahkemeleri tarafından verilen kararlar, incelenen davalarda yalnızca hukuk sorularının değil, aynı zamanda esas bakımından soruların da yer aldığı, Yargıtay huzurunda temyiz konusu olabilir. Başvuran tarafından sunulan deliller, yalnız kötü oluşturulmuş değil aynı zamanda konudan da yoksundur, çünkü başvuranın huzurunda yargılandığı ve bağımsızlığını ve tarafsızlığını hiçbir zaman kabul etmediği birinci dereceli mahkemesi tarafından verilen karar, 24 Şubat 1996 tarihinde Yargıtay tarafından onanmıştır.

Başvuran, Hükümet'in iddialarına itiraz etmiştir. 9 Haziran 1998 tarihli İncal kararına dayanarak, bu mahkemelerin bağımsız ve tarafsız olmadığına dair şikayetini yinelemiştir. Diğer taraftan başvuran, Yargıtay'ın yetkisinin "hukuk" konusuyla kısıtlı olduğunu ve I hükümetin iddialarının temelden yoksun olduğunu iddia etmiştir.

AIHM, DGM yapısına ilişkin hükümlerin değiştiğini, ancak dava ile ilgili koşulları değerlendirmekle görevli olduğunu belirtmiştir.

AIHM, mevcut dava için Hükümet tarafından öne sürülen hususların benzerlerinin daha önce yukarıda anılan Incal - Türkiye kararı ve 28 Ekim 1998 tarihli Çıraklar - Türkiye kararında ele alınmış olduğunu vurgulamaktadır. Anılan kararlarda AIHM, Devlet Güvenlik Mahkemesinde bulunan askeri hakimlerin durumunun bağımsızlık ve tarafsızlık açısından belli teminatları içerdiğini belirtmiştir (bakınız yukarıda anılan Incal kararı, par. 65). Diğer yandan AIHM, bu hakimlerin statüsünün bazı yönlerden bağımsızlık ve tarafsızlıklarını tartışma konusu yaptığı kararma varmıştır (aynı yerde, par. 68) : örneğin, ordu bünyesinde görevli olmaları nedeniyle amirlerinden emir aldıkları, askeri disipline tabi oldukları, atamalarına ilişkin kararların büyük ölçüde idari yetkililer ve ordu tarafından alındığı gerçekleri.

Incal kararında olduğu gibi, Mahkeme, görevinin Devlet Güvenlik Mahkemelerinin kuruluşunun gerekliliğini Hükümet tarafından öne sürülen haklı sebepler ışığında tespit etmek olmadığı görüşündedir. Mahkemenin görevi, İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesinin işleyiş şeklinin başvuranın adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediği, özellikle de tarafsız olarak incelendiğinde kendisini yargılayan mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığıyla ilgili haklı bir korkusunun olup olmadığını tespit etmektir (bakınız yukarıda anılan Incal Kararı, s. par. 70).

Bu soruya ilişkin olarak, AIHM, mevcut davada, başvuran gibi sivil olan Sn. Incal ve Sn.Çıraklar'ın davalarında vardığı sonuca varmamak için herhangi bir neden görmemektedir. Devletin toprak bütünlüğüne ve ulusal birliğe zarar vermeye yönelik propaganda yapma suçundan bir Devlet Güvenlik Mahkemesinde yargılanan başvuranın, Askeri Hukuk Dairesi üyesi ve ordudaki görevi devamlı olan bir askeri görevlinin de dahil olduğu bir heyet tarafından yargılanması konusunda endişeli olması anlaşılır bir durumdur. Bu itibarla, başvuranın, başvuru konusu yargılamaların ilkinde beraat etmesi bir yana, hakkındaki ikinci yargılamayı da yapan İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin, davanın özü ile herhangi bir ilişkisi olmayan hususlardan gereksiz yere etkilenebileceğini düşünmesi için yeterli sebep mevcuttur. Bir başka deyişle, başvuranın mahkemenin bağımsızlığına ve tarafsızlığına ilişkin korkularının haklı bir sebebe dayandığı kabul edilebilir.

Yukarıda anılan nedenlerden dolayı Mahkeme, AIHS'nin 6. Maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiği kararına varmıştır.

BU NEDENLERDEN DOLAYI, MAHKEME , OYBİRLİĞİYLE

1. Başvuranın, "*Paris Uluslararası Kürt Konferansı*" konulu kitabın yayıncısı olarak, ikinci mahkumiyeti açısından AIHS'nin 7. maddesinin ihlal edildiğine;

2. AIHS'nin 10. maddesinin başvuranın her iki mahkumiyeti bakımından ihlal edildiğine;

3. AIHS'nin 6§1. maddesinin başvuranın her iki yargılama süreci bakımından ihlal edildiğine;

4.

(a) Sözleşme'nin 44 § 2 maddesi uyarınca kararın kesinleştiği tarihten itibaren 3 ay içinde, ödeme tarihindeki döviz kuru üzerinden TL'sına çevrilerek davalı Devlet tarafından başvurana,

(i) Manevi tazminat tutarı olarak 10.700 (on bin yedi yüz) Euro'nun;

(ii) Masraflar için 3.000 (üç bin) Euro'nun

miktarlara yansıtılabilecek her türlü vergiyle birlikte, *ödenmesine*,

(b) üç aylık süre sonunda yapılan ödemeler için, ödeme tarihine kadar yıllık % 4,26 faiz *uygulanmasına*

5. Oybirliğiyle başvuranın adil tazmine ilişkin diğer taleplerinin reddine **KARAR VERMİŞTİR.**

İşbu karar Fransızca olarak verilmiş ve 7 Şubat 2002 tarihinde, İçtüzüğü'nün 77.maddesinin 2.ve 3. fıkraları uyarınca yazılı olarak tebliğ edilmiştir.