



GÖZEL VE ÖZER / TÜRKİYE KARARININ UYGULANMASI

(Başvuru no ve Tarihi: 43453/04, 31098/05, 6 Temmuz 2010)

İZLEME RAPORU

Hazırlayan:

Kerem Altıparmak - Hüsnu Öndül



İNSAN
HAKLARI
ORTAK
PLATFORMU | İHD
HYD
UAÖ TÜRKİYE



Almanya Federal Cumhuriyeti
Büyükelçiliği
Botschaft
der Bundesrepublik Deutschland
Ankara

İHOP AİHM KARARLARININ UYGULANMASI İZLEME RAPORLARI, 2013/4

GÖZEL VE ÖZER/TÜRKİYE KARARININ UYGULANMASI - İZLEME RAPORU

Hazırlayan:

Yrd.Doç.Dr. Kerem Altıparmak (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Öğretim Üyesi)

Av. Hüsnü Öndül

Kapasite Geliştirme Derneği

Tunus Caddesi 87/8, Kavaklıdere-Ankara

T. + 90 312 468 84 60

F. + 90 312 468 92 53

Mart 2013

Bu raporun elektronik kopyasına ve daha ayrıntılı bilgiye <http://www.aihmiz.org.tr/> adresinden ulaşabilirsiniz.



Bazı hakları saklıdır. Bu çalışma Creative Commons Alıntı Bildirimi - Ticari Olmayan Kullanım - Türetilemez - Lisans Devam Ettirme 3.0 Unported lisansı ile lisanslanmıştır. Bu şartları kabul etmek ve Kapasite Geliştirme Derneğini önceden bilgilendirmek suretiyle çalışmayı paylaşmak (kopyalamak ve dağıtmak) serbesttir.

Bu rapor, Federal Almanya Cumhuriyeti Büyükelçiliğinin mali desteğiyle, İnsan Hakları Ortak Platformu için Kapasite Geliştirme Derneği tarafından bastırılmıştır.

Bu yayının içeriği İnsan Hakları Ortak Platformunun sorumluluğundadır ve ifade edilen görüşler sadece yazarlara ait olup hiçbir suretle Federal Almanya Cumhuriyeti Büyükelçiliğinin görüşleri şeklinde yansıtılamaz.

İÇİNDEKİLER

Başvuru Konusu Olay.....	1
A. Başvuru no 43453/04.....	1
B. Başvuru no 31098/05.....	2
AİHM Kararı.....	3
AİHS'nin 10. maddesinin ihlal edildiği iddiası hakkında	3
Demokratik Toplumda Gereklilik.....	3
46. Madde Uygulaması	5
Bireysel ve Genel Önlemler.....	5
AİHM'nin 46.madde değerlendirmesi ve genel önlem önerisi:.....	6
Bakanlar Komitesi Önündeki Süreç	7
Karar Sonrası Ulusal Düzeyde Alınan Genel Önlemler.....	7
A. Yargı.....	7
Yargı Kararlarına İlişkin Değerlendirme.....	13
B. Yürütme	13
C. Yasama	14
Sonuç ve Tavsiyeler	15
Hükümete	15
Bakanlar Komitesine	16

Gözel ve Özer / Türkiye

(Başvuru no. 43453/04, 31098/05, 6 Temmuz
2010)

İzleme Raporu

Başvuru Konusu Olay

AİHM 2. Dairesinin kararına konu olan iki başvuru dosyası bulunmaktadır. Bu dosyalardaki “olaylar” ve “davanın koşulları” AİHM kararında özetle şöyle yer almaktadır:

A. Başvuru no 43453/04

Başvuru sahibi Aylin Gözel, merkezi İstanbul'da bulunan ve aylık olarak yayınlanan Maya dergisinin sahibi ve yazı işleri müdürüdür.

Maya dergisinin Şubat 2003 tarihli 11 sayılı baskısında «Ortadoğu'da Yaklaşan Savaş Türkiye Burjuvazisini Tehdit Ediyor!» başlıklı bir makale ile 24. sayfasında yasadışı Türkiye Komünist Partisi/Marksist-Leninist «TKP/ML» örgütü merkez komitesi tarafından yapılan bir açıklama yayınlanmıştır.

İstanbul Cumhuriyet Savcısı, 13 Mart 2003 tarihli iddianamesinde Aylin Gözel'i basın yoluyla Devlet'in bölünmez bütünlüğüne karşı propaganda yapmak (3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu 8/2-4 madde) ve yasadışı silahlı bir örgüt tarafından yapılan bir açıklamayı yayınlamakla (3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu 6/2-4.madde) suçlamıştır.

İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi 29.09.2003 tarihinde Devlet'in bölünmez bütünlüğüne karşı propaganda yapma suçundan başvuranın beraatına karar vermiştir. Ancak Başvuran hakkında 289 Yeni Türk Lirası (TRY) yani yaklaşık 170 Euro (EUR) para cezasına mahkûm

“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. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.”

AİHS, Madde 10
(1) hükmü

etmiştir. Mahkeme, ayrıca 3713 sayılı kanunun 6. maddesinin 2 ve 4. fıkralarına ve 5680 sayılı kanunun (hüküm tarihinde yürürlükte olan Basın Kanunu) ek 2. maddesinin 1. fıkrasına dayanarak, yasadışı örgütün açıklamasına yer verdiği gerekçesiyle Maya dergisine bir haftalık yayın yasağı getirilmesine hükmetmiştir.

Yargıtay, 22 Mart 2004 tarihinde ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır.

Başvuran 15 Eylül 2004 tarihinde, verilen para cezasını ödemiştir. Maya adlı aylık dergiye mahkemenin verdiği bir haftalık yayın yasağı uygulaması da yerine getirilmiştir.

B. Başvuru no 31098/05

Başvuran Aziz Özer, merkezi İstanbul'da bulunan ve aylık olarak yayımlanan Yeni Dünya İçin Çağrı gazetesinin editörü ve yazı işleri müdürüdür. Aziz Özer, aynı zamanda merkezi yine İstanbul'da bulunan yayınevi Çağrı Basın Yayın Ltd. Şti.'nin sahibidir.

“Haziran 2002'de, Yeni Dünya İçin Çağrı gazetesinin 6. sayısının 5, 6 ve 7. sayfalarında « 15-16 Haziran Büyük İşçi Direnişi ve Türkiye'de Devrimci Hareket » başlıklı bir makale yayınlanmıştır. İsmi belirtilmeyen makale yazarı, 15 ve 16 Haziran 1971 tarihlerinde gerçekleştirilen işçi gösterilerini barışçıl olarak nitelendirmiştir. Yazar, özellikle bu gösterilerde sol hareketin üstlendiği rolü analiz etmiş ve bu olaylardan sonra, dönemin yasal sol partilerinin pasif kalmaları yüzünden THKP/C (Türkiye Halk Kurtuluş Partisi/Cephe) ve THKO (Türkiye Halk Kurtuluş Ordusu) gibi solcu birçok örgütün kurulduğunu belirtmiştir. Yazar ayrıca, TKP/ML (Türkiye Komünist Partisi/Marksist-Leninist) örgütünün kurucusu olan İbrahim Kaypakkaya'nın 15-16 Haziran gösterilerinden sonra belirleyici bir rol oynadığını ve Türkiye'deki Marksist hareketi etkili bir biçimde yönlendirdiğini iddia etmiştir.

Ayrıca, derginin ilgili sayısının 17. sayfasında yasadışı örgüt üyesi oldukları gerekçesiyle haklarında yürütülen ceza davası kapsamında tutuklanan sekiz kişinin açıklamaları da yer almıştır. «Halkımıza» başlığı altında yapılan bu açıklamada, tutuklular F tipi cezaevlerindeki tutukluluk koşullarını protesto etmek amacıyla başlattıkları açlık grevine son verdiklerini, ancak bu koşullara karşı sürdürdükleri direnişe devam etmeye kararlı olduklarını bildirmişlerdir.”

19 Haziran 2002 tarihli iddianamede İstanbul Cumhuriyet savcısı, Aziz Özer'i 3713 sayılı kanunun 6. maddesinin 2 ve 4. fıkralarına, yasadışı bir örgütün açıklamalarını yayınlamak suretiyle muhalefet etmekle suçlamıştır.

23 Ekim 2003 tarihinde, İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi 3713 sayılı kanunun 6. maddesinin 2 ve 4. fıkraları gereğince başvurunu 218 TRY, yani yaklaşık 120 EUR para cezasına mahkûm etmiştir. Öte yandan, mahkeme söz konusu suçun ulusal güvenliği zayıflatmaya yönelik olduğuna hükmetmiş ve Basın Kanunu'nun geçici 2. maddesinin 1. fıkrasına istinaden aylık derginin on beş gün süreyle kapatılmasına karar vermiştir.

29 Ekim 2003 tarihinde, başvuran kararı temyiz etmiştir.

10 Kasım 2004 tarihinde, Yargıtay ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. Başvuran, bu kararın kendisine tebliğ edilmediğini ve kararı kendi çabasıyla öğrendiğini belirtmiştir.

28 Ocak 2005 tarihinde, Beyoğlu Başsavcısı para cezasının ödenmesi için bir ihbarname düzenlemiştir.

27 Nisan 2005 tarihinde, başvuran para cezasını ödemiştir.

AİHM Kararı

AİHS'nin 10. maddesinin ihlal edildiği iddiası hakkında¹

AİHM, başvuruyu, 8-11. maddelere ilişkin dördü testi uygulayarak incelemiştir. Mahkeme, önce başvurucuların ifade özgürlüğüne a) bir müdahale olup olmadığını sorgulamış, daha sonra b) bu müdahalenin yasal dayanağı olup olmadığını değerlendirmiştir. Her iki soruya ilişkin olumlu cevap veren Mahkeme, c) yasada öngörülen sınırlama nedenlerinin Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrası anlamında meşru amaçlar olup olmadığı sorusuna da AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrası anlamında kamu güvenliğinin sağlanması, kamu düzeninin korunması ve suçun önlenmesi gibi meşru nedenlerle hakkın sınırlandığını belirterek olumlu cevap vermiştir. AİHM birçok kararında yaptığı gibi ayrıntılı incelemesini testin son ve dördüncü aşaması olan demokratik toplumda gereklilik ölçüsü açısından yapmıştır.

Demokratik Toplumda Gereklilik

AİHM, ulusal yargıçların başvuru sahiplerini, “terör örgütü açıklamaları” olarak nitelendirilen açıklamaları yayımladıkları için mahkûm ettiğini tespit etmektedir.

AİHM, hâkimlerin, ihtilafli yazıların içeriğini ve hangi bağlamda yazıldığını analiz etmediğini de tespit etmektedir. İfade özgürlüğü kısıtlamasının “gerekliliğinin” inandırıcı bir şekilde ortaya konup konmadığını değerlendirmek için AİHM, ulusal hâkimlerin karar gerekçelerine bakmak gerektiğini belirtmiştir. AİHM, hâkimlerin sadece başvuruların dergilerinin Türk hukukunda terörist olarak nitelendirilen bir örgütün yazılarını yayınladığını dikkate aldığını ve yalnızca bu temelde ilgili şahısların 3713 sayılı kanununun 6. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen suçu işlediklerine hükmettiğini tespit etmiştir.

AİHM içtihadına göre, dava konusu yazının sahibinin kim olduğu terörle mücadele bağlamında değerlendirilmelidir. Bununla birlikte, AİHM'nin kanaatine göre tek başına ne yasaklanmış bir örgütün mensubu olan bir kişinin konuşması ya da açıklama yapması ne de herhangi bir kimsenin

¹ Kararda, Yargıtay Başsavcısının mütalaasının başvurucuya ve vekiline tebliğ edilmemesi nedeniyle 6. maddenin ihlal edildiğine karar verilmiştir. Ayrıca başvurucuların Sözleşmenin 7. maddesiyle Ek 1 Nolu Protokolün 1. maddesinin ihlal edildiğine dair itirazları, konu 10. madde kapsamında incelendiği gerekçesiyle incelenmemiştir. 6. maddeyle ilgili ihlalin kaynağı olan yasal değişiklik yapıldığı ve diğer itiraz konusu hususlarda karar verilmesine yer görülmediği için bu raporda sadece 10. madde ile ilgili sorunlar değerlendirilecektir.

hükümetin politikalarını sert bir şekilde eleştirmesi, ifade özgürlüğü hakkına müdahale edilmesini haklı kılamaz. Metinlerin bütünüyle ele alındığında şiddete teşvik edip etmediğinin belirlenmesi için, kimin konuştuğu kadar metinde kullanılan terimler ve hangi bağlamda yazıldığı da dikkate alınmalıdır. Karşıt görüşler arasındaki dengenin kurulmasını sağlayacak olan bu uygulamada, ulusal yetkililer, kendisi için hiç hoş olmasa da, kamunun çelişik durumlarda muhalif taraflardan birinin farklı görüşleri ile ilgili bilgi edinme hakkını yeterince dikkate almalıdır.

Eğer bir yayının yasaklanmasında sadece yazarın kişiliği ölçüt alınacak olursa bazı kişi ya da gruplar 10. madde tarafından sunulan teminatlardan otomatik olarak yararlanamayacaktır.

Bu konuyla ilgili olarak AİHM'nin içtihadından çıkan sonuca göre, görüşler şiddete tahrik içermediği sürece (yani şiddet eylemlerine ya da kanlı bir intikama başvurmayı savunmuyor, destekçilerinin hedeflerini gerçekleştirme amacıyla terör eylemlerini haklı göstermiyor ve belli kişilere karşı derin ve mantıksız bir nefret duygusunun oluşmasına neden olarak şiddeti yüreklendirdiği şeklinde yorumlanamıyorsa) Sözleşmeciler Devletler, toprak bütünlüğü, milli güvenliğin korunması veya suçların önlenmesi ve kamu düzeninin sağlanmasına atıfta bulunarak medyanın üzerine ceza kanunu yaptırımlarının uygulanması suretiyle halkın bilgi alma hakkına sınırlama getiremez.

AİHM, mevcut davada, ulusal mahkemelerin medya profesyoneli olan başvuranları mahkûm ederken ileri sürdükleri gerekçeler, alakalı olsa bile, ilgili şahısların görüş bildirme ve bilgi verme özgürlüğünü de içine alan ifade özgürlüğü haklarına yapılan müdahaleyi haklı göstermek için yeterli olmadığı kanaatindedir. AİHM, özellikle bu gerekçe eksikliğine neden olan unsurun, «terör örgütlerinin bildiri ve açıklamalarını basan ya da yayınlayan herkesin» mahkûm edilmesini öngören ve ulusal hâkimlere AİHS'nin 10. maddesi kapsamında dile getirilen ve AİHM tarafından uygulanan kısıtları dikkate alarak yazıların içeriğini ve hangi bağlamda yazıldığını inceleme yükümlülüğü vermeyen 3713 sayılı kanunun 6. maddesinin 2. fıkrasının bizzat kendisi olduğunu gözlemlemektedir.

AİHM, Türkiye'nin benzer birçok davada Sözleşmenin 10. maddesini ihlal ettiğini tespit etmiştir. Türk mahkemeleri bu davalarda, başvuru sahiplerini sadece terör örgütünün açıklamalarını yayımladıkları için mahkûm etmiş, söz konusu açıklamanın hangi bağlamda yazıldığını ve içeriğini denetleme gereği duymamıştır. Bu davalara konu olan olayların hiçbirinde şiddet kullanmaya bir çağrı veya bir nefret söylemi de yoktur.

AİHM Gözel ve Özer kararında şu somut sonuçlara ulaşmıştır:

AİHM'nin gözünde, sadece 3713 sayılı kanunun 6. maddesinin 2. fıkrasında hedef alınan açıklamaların yayınlanmasını gerekçe göstererek dergi sahipleri, editörleri ya da yazı işleri müdürlerinin tekrar tekrar mahkûm edilmesi ve buna ek olarak dergilere yayın yasağı getirilmesi, - elbette doğrudan ve dolaylı olarak terör suçlarını savunmadığı sürece - kamuoyu gündeminde bir yere sahip olan medya profesyonellerinin kısmen sansürlenmesi ve bir görüşün kamuoyuna açıklanmasının sınırlandırılması anlamına

gelebilecektir. Üstelik, mevcut davada görüldüğü gibi, «terör örgütlerinin bildiri ve açıklamalarında» kullanılan terimler belirsiz bir biçimde yorumlanmıştır. Özellikle, amaçları ya da kamuoyunun çelişik durumlara farklı bir görüş açısıyla bilgilendirilme hakkı göz önüne alınmadan medya profesyonellerine yukarıda belirtilen hüküm gereği mekanik bir baskı uygulanması (Jersild, ilgili bölüm, prg. 36 ile karşılaştırınız), bilgi ve fikir alma ya da verme özgürlüğü ile bağdaşmaz.

Bu değerlendirmeler ışığında ve söz konusu mevzuatın incelenmesi sonrasında AİHM, başvuranların 3713 sayılı yasanın 6. maddesinin 2. fıkrası gereğince mahkûm edilmesine ve dergiye yayın yasağı getirilmesine neden olan müdahalenin «demokratik bir toplumda gerekli» olarak nitelendirilemeyeceği ve meşru amaçların gerçekleştirilmesi için de zaruri olmadığı sonucuna varmaktadır. Bu itibarla, AİHS'nin 10. maddesi ihlal edilmiştir.

46. Madde Uygulaması

Bireysel ve Genel Önlemler

Kararda özel olarak bir bireysel önlem öngörülmemiştir. AİHM tarafından öngörülen tazminatın ödenmesi ve başvuruçunun tercih etmesi halinde yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilmesi yeterli olacaktır.

Gözel ve Özer kararı, karar uyarınca alınması gerekli genel önlemler açısından önemli ve AİHM'nin Sözleşme'nin 46. maddesini uyguladığı yarı-pilot niteliğinde bir karardır. Bilindiği gibi Gözel ve Özer davası, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 6. maddesinin 2. fıkrasından kaynaklanan ilk karar değildir. Mahkeme hem Gözel ve Özer öncesi hem de sonrasındaki davalarda, suç konusu haber ve makalelerin şiddete, silahlı direnişe veya isyana teşvik etmediği ve nefret söylemi niteliği taşımadığı durumlarda sadece terör örgütü üyesinin görüşlerini aktarmanın yaptırım konusu olamayacağını karara bağlamıştır.² TMK'nın 6. maddesinin 2. fıkrasına ilişkin kararlarda, ayrıca, sözü söyleyenin kimliği dışında, sözün hangi bağlamda söylendiği ve içeriğinin değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.³

Gözel ve Özer kararında da Mahkeme hükümete, alınması gereken önlem konusunda kesin bir talimat vermemiş ama bizzat yasa metninden kaynaklanan sistemik bir sorunun varlığını saptamıştır. Kararın 76. paragrafında şu genel nitelikli saptamaya yer verilmiştir:

² Demirel ve Ateş/Türkiye, no. 10037/03, 12.4.2007, para. 39; Halis Doğan/Türkiye, no. 71984/01, 25.7.2006, para. 38; Çapan/Türkiye, no. 71978/01, 25.7.2006, para. 42; Kanat ve Bozan/Türkiye, no. 13799/04, 21.1.2009, para. 19; Karakoyun ve Turan/Türkiye, no. 18482/03, 11.12.2007, para. 30; Bayar ve Gürbüz/Türkiye, no. 37569/06, 27.12.2012, para. 34; Belek/Türkiye, no. 36827/06 vd., 20.11.2012, para. 28.

³ Örneğin bkz. İmza/Türkiye, no.24748/03, 20.4.2009, para. 25.

AİHM, diğer taraftan mevcut davada 3713 sayılı yasanın 6. maddesinin 2. fıkrasının uygulanması sonucu ortaya çıkan ihtilaflı mahkûmiyetin görüş ve bilgileri açıklama özgürlüğünü de içine alan ifade özgürlüğü ile bağdaşmadığına karar verdiğini hatırlatmaktadır. AİHM, özellikle 3713 sayılı yasanın 6. maddesinin 2. fıkrasında kaleme alınan «terör örgütünün bildiri ve açıklamalarını» hedef alan hükümlerin ulusal hâkimlere AİHS'nin 10. maddesi kapsamında dile getirilen ve uygulanan kıstaslarını dikkate alarak yazıların içeriğini ve hangi bağlamda yazıldığını inceleme yükümlülüğü vermediğinin altını çizmektedir. Varılan bu sonuçlar, başvuranların AİHS'nin 10. maddesinde güvence altına alınan haklarının ihlalinin söz konusu hükmün kaleme alınışı ve uygulanmasıyla ilgili bir sorundan kaynaklandığını göstermektedir. Bu konuyla ilgili olarak AİHM, ilgili iç hukuk ile AİHS'nin yukarıda belirtilen hükmüne uygun hale getirilmesinin tespit edilen ihlale son verilmesini mümkün kılan uygun bir telafi yöntemi oluşturacağı kanaatine varmaktadır.

AİHM'nin 46.madde değerlendirmesi ve genel önlem önerisi:

Gözel ve Özer kararı, AİHM'nin konuya ilişkin daha önceki içtihadı da dikkate alındığında ihlalin tekrar etmemesi için hükümete biri iki koşul içeren iki farklı alternatif önlem alma olanağı sunmaktadır.

a) 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 6. maddesinin 2. fıkrası yürürlükten kaldırılacaktır.

b) 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 6. maddesinin 2. fıkrası AİHS ve AİHM içtihatlarında geliştirilen ölçütleri dikkate alacak şekilde yeniden kaleme alınmalı, mahkemeler de bu ölçütlere uygun inceleme yapma yükümlülüğü altına sokulmalıdır.

İkinci alternatif söz konusu olduğunda, AİHM'nin TMK 6/2 içtihadından düzenlemeyle ilgili 3 önemli ölçüt çıkmaktadır:

i. Maddi Ölçüt: Şiddete tahrik içermediği sürece (yani şiddet eylemlerine ya da kanlı bir intikama başvurmayı savunmuyor, destekçilerinin hedeflerini gerçekleştirmesi amacıyla terör eylemlerini haklı göstermiyor ve belli kişilere karşı derin ve mantıksız bir nefret duygusunun oluşmasına neden olarak şiddeti yüreklendirdiği şeklinde yorumlanamıyorsa) herhangi bir ifade salt terör örgütü üyeleri tarafından dile getirildiği ve/veya hükümeti sert bir şekilde eleştirdiği için yasaklanmamalıdır.

ii. Yöntemsel Ölçüt: İkinci olarak; yapılacak düzenleme, hâkimlere, AİHS'nin 10. maddesi kapsamında dile getirilen ve AİHM tarafından uygulanan kıstasları dikkate alarak, sadece mesajı verenin kimliğine ve kime verildiğine değil, yazının bütünlüğü içinde yazıların içeriğini ve hangi bağlamda yazıldığını inceleme yükümlülüğü getirmelidir.

iii. Araçsal Ölçüt: Sadece örgütün veya örgüt üyelerinin açıklamalarının aktarıldığı durumlarda, kamunun bilgi alma hakkı da dikkate alınarak ilk iki ölçütü daha sıkı bir denetime tabi tutulmalıdır.

İlk bakışta bir birinden bağımsız gözükse de bu üç ölçüt aslında birbirini tamamlar niteliktedir. İlk ölçütte öngörülen olası bir şiddet eylemiyle söz arasındaki açık ve yakın ilişki ancak hâkimin sözün kime, ne şekilde, hangi bağlamda söylendiği ve gerçekten şiddet tehdidine yol açıp açmadığı değerlendirildiğinde ortaya çıkarılabilecektir. Herhangi bir yorum olmaksızın sadece örgüt veya örgüt üyelerinin açıklamalarını aktaran basın araçlarında bu bağ açıkça ortaya konmalıdır. Bu nedenle yukarıda sayılan ölçütlerden sadece birini karşılayan bir düzenleme AİHM kararınca öngörülen genel önlemler yerine getirmiş olmayacaktır.

Bakanlar Komitesi Önündeki Süreç

Gözel ve Özer/Türkiye kararı, Bakanlar Komitesi önünde standart izleme usulüne göre takip edilmektedir. Karara ilişkin olarak, Bakanlar Komitesinin kararların infazı için oluşturduğu sayfada çok sınırlı bilgi bulunmaktadır. İlgili bölümde henüz hükümetin kararı uygulamak için eylem raporu/planını sunmasının beklendiği ifade edilmiştir.⁴ Yine genel önlemler kapsamında, kararın Türkçeye çevrilip ilgili makamlara dağıtılması istenmektedir. Karar Türkçeye özet halinde ve bazı hatalarla⁵ çevrilmiştir.

Karar Sonrası Ulusal Düzeyde Alınan Genel Önlemler

Yukarıda açıklandığı gibi Gözel ve Özer kararının icrası için iki ihtimal söz konusudur. Aşağıda görüleceği gibi hükümetin bu yöntemlerden ikincisini; yani, hükmü tamamen kaldırmak yerine yeniden düzenleme yöntemini tercih ettiği görülmektedir. Bu bölümde, öncelikle, mevcut kuralın yargı mercileri tarafından nasıl uygulandığına bakılacak; ardından, hükmü değiştirmeye yönelik girişim ve 4. Yargı Paketi ile getirilen öneri değerlendirilecektir.

A. Yargı

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 6/2.maddesi Şubat 2013 tarihi itibarıyla halen yürürlüktedir ve şöyledir:

Terör örgütlerinin bildiri veya açıklamalarını basanlara veya yayınlayanlara bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

Yasa maddesi, görüldüğü üzere, bir bildiri ya da açıklamanın içeriğine ilişkin bir belirlemede bulunmamakta, bildiri ya da açıklamanın “terör örgütü” olarak nitelenen örgütlere ait olduğunun kabulü ile ceza yaptırımına gidileceği hususunu düzenlemektedir. Bununla birlikte, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır*" dediği için, ulusal mahkemelerin Sözleşmeye aykırılığı açıkça tespit edilmiş bulunan TMK 6(2)'yi Sözleşme içtihadına uygun bir şekilde yorumlama yükümlülüğü bulunmaktadır.

⁴

[http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Reports/pendingCases_en.asp?CaseTitleOrNumber=Gozel&StateCode=&SectionCode=\[getir.net/upv7\]](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Reports/pendingCases_en.asp?CaseTitleOrNumber=Gozel&StateCode=&SectionCode=[getir.net/upv7])

⁵ <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/gozelveozer2010.pdf> [getir.net/upz0]

Gerçekten de ifade özgürlüğüne ilişkin davalarda, Türk mahkemelerinin sıkça AİHS ve AİHM içtihatlarına gönderme yaptığı ancak yine de mahkûmiyet kararları verdikleri görülmektedir. Türkiye aleyhine verilen çok sayıda ifade özgürlüğü ihlal kararında, mahkemelerin Türk Ceza Kanunu ve Terörle Mücadele Kanunu'nu uygularken ifade ile eylem arasındaki bağlantıyı analiz etmediği görülmektedir. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Thomas Hammerberg, bu konudaki eksikliği şu ifadeyle saptamıştır:

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin çeşitli kararlarına rağmen, yerel mahkemelerin ifade özgürlüğüne ilişkin davalarda karar verirken, davaya konu gazetecilerin haberlerinin içeriğinin gerçek olup olmadığı, ve doğrusu, kamunun söz konusu bilgileri edinmede meşru bir menfaati ve hakkı olup olmadığını (ifade içeriğinin gerçekliğinin ispatı ve kamu yararını öne sürme hakkı olarak bilinen kavramlar) sistematik olarak değerlendirdiğine dair bir belirti bulunmamaktadır.⁶

Hammarberg'e göre yargıçların yorum yöntemini değiştirmemesi halinde yasal değişiklikler kısıtlı etki doğurmaya mahkûmdur:

Ceza Kanununda ve Terörle Mücadele Kanununda şu ana kadar benimsenen yasal değişikliklerin, yargı erkinin yargılama yaklaşımında kökten bir değişiklik olmadıkça, Türk hâkim ve savcılarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesine ilişkin benzer ihlallerini önlemede tek başına yeterli olmadığı anlaşılmaktadır.⁷

Rapor için toplanan mahkeme kararları, İnsan Hakları Komiserinin saptamalarının Gözel ve Özer kararı sonrasında da geçerliliğini koruduğunu doğrulamaktadır.

1. Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemesi kararları yukarıda verilen maddi ölçüt açısından sorunludur. İncelenen vakaların hiçbirinde şiddete çağrı ölçütü açıkça uygulanmamış ama hep bu ölçüt nedeniyle cezalandırmaya gidildiği ifade edilmiştir. Mahkemeler, hemen her kararda AİHS ve AİHM içtihatlarından söz etmektedir. Bununla birlikte, bu içtihatların sistemli bir şekilde olaya uygulandığı bir tek örneğe bile rastlanmamıştır.

Örneğin İstanbul 9. Ağır Ceza Mahkemesi, Gerçek Demokrasi Gazetesi Sorumlu Yazı İşleri Müdürü aleyhine PKK liderlerinden Bahos Erdal'ın ifadelerinin yayımlanması nedeniyle açılan davada, Gözel ve Özer ve önceki AİHM içtihadında öngörülen ölçütleri hiç değerlendirmeksizin şu sonuca ulaşmıştır:

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yerleşmiş uygulamalarına göre de, terör ve şiddete çağrı içermeyen her türlü düşüncenin açıklanabilmesi ve demokratik tartışma ortamına aktarılabilmesi, düşünce ve düşüncüyü açıklama özgürlüğünün temel koşullarından biri olarak kabul edilmiştir [...]

⁶ Thomas Hammarberg, Türkiye'de İfade Özgürlüğü ve Medya Özgürlüğü, 27-29 Nisan 2011 tarihleri arasında Türkiye'yi ziyaretini müteakiben hazırladığı rapor, CommDH(2011)25, para. 37. <http://www.aihmiz.org.tr/aktarimlar/dosyalar/1361092251.pdf> [getir.net/uptr]

⁷ Hammarberg, para. 39.

Yazılar bir bütün olarak değerlendirildiğinde, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile AİHS hükümlerinde yer alan AİHM'nin şiddet ve silahlı mücadeleyi benimseyen anılan terör örgütünün görüşlerini kamuoyuna aktarılmasını sağladığı ve bu suretle kamuoyunda sempatan kazanmaya ve örgütün fikirlerini üye ve yandaşlarına ulaştırmaya çalıştığı, böylece Demokrasinin vazgeçilmez unsurlarından olan "ifade özgürlüğünü" kötüye kullanmak suretiyle, demokratik yapıya sahip Türkiye Cumhuriyeti Devletinin üniter yapısını ortadan kaldırmayı amaçladığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle bahse konu yazıların ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.⁸

Görüldüğü gibi karar AİHS ve AİHM içtihatlarını dikkate aldığını belirtmekte ama dava konusu ifadelerin şiddetle bağlantısını çok soyut bir şekilde kurarak hiçbir içerik analizi yapmadan salt örgüt açıklaması olmasından yola çıkarak sonuca ulaşmaktadır. Temyiz üzerine Yargıtay 9. Ceza Dairesi, Gözel ve Özer kararından 2 yıl sonra dosyayı incelemiş, kararı aynen onamıştır. Yargıtay, yerel mahkemenin eksik inceleme yaptığını düşünmemektedir.⁹ Yargıtay'ın yine Gözel ve Özer kararından sonra verdiği bir başka onama kararı¹⁰, yerel mahkemenin¹¹ AİHS ve AİHM içtihatlarını dikkate almaksızın yine genel ifadelerle verilen kararları da yeterli gördüğünü göstermektedir.

Yeni açılan davalarda da yargı mercilerinin tavrının değişmediği görülmektedir. İstanbul Cumhuriyet Savcılığı, 18 Mart 2012 tarihli Özgür Gündem gazetesiyle ilgili hazırladığı iddianamede ağırlıklı olarak Newroz kutlamalarına davet niteliğini taşıyan haberlerin, terör örgütünün propagandası niteliğinde olduğunu saptamıştır. Savcılık, Newroza katılmayı destekleyen haberlerin nasıl şiddete davet niteliğinde olduğunu açıklamamış ancak yine benzer bir sonuca ulaşmıştır: "İnsan Hakları Mahkemesi'nin yerleşmiş uygulamaları da dikkate alındığında açıkça terör ve şiddete teşvik içeren görüşlerin açıklanmasının düşünce özgürlüğü içerisinde değerlendirilemeyeceği kanaatine varılmıştır."¹² Dava, çok hızlı bir şekilde İstanbul 15. Ağır Ceza Mahkemesinde incelenmiş, Mahkeme yine alışıldık bir şekilde AİHS ve AİHM içtihatlarına gönderme yapmış ancak somut haberlerle şiddet arasında nasıl bir bağ bulunduğunu incelemek yerine, haberi yapılan PKK'nın Türkiye'de ve tüm demokratik ülkelerde terör örgütü olarak kabul edilmesinden yola çıkarak anılan haberlerin düşüncenin açıklanması ve basın özgürlüğü kapsamında görülemeyeceği sonucuna ulaşmıştır.¹³

⁸ İstanbul 9. Ağır Ceza Mahkemesi, E. 2007/248, K. 2008/136, k.t. 05.06.2008.

⁹ Yargıtay, 9. CD, E. 2010/1679, K. 2012/140, K. 03.01.2012. [getir.net/up5z]

¹⁰ Yargıtay 9. CD, E. 2009/14883, K. 2011/30914, K. 29.12.2011.

<http://www.aihmiz.org.tr/aktarimlar/dosyalar/1364127435.pdf> [getir.net/upqj]

¹¹ İstanbul 9. Ağır Ceza Mahkemesi, E. 2007/226, K. 2008/42, K. 28.2.2008

<http://www.aihmiz.org.tr/aktarimlar/dosyalar/1364125690.pdf> [getir.net/upp5]

¹² İstanbul Cumhuriyet Savcılığı, Soruşturma no. 2012/721, E. no. 2012/248, İddianame no. 2012/188, 06.04.2012 <http://www.aihmiz.org.tr/aktarimlar/dosyalar/1364209900.pdf> [getir.net/upfc]

¹³ İstanbul 15. Ağır Ceza Mahkemesi, E. 2012/54, K. 2012/50, kt. 30.7.2012.

<http://www.aihmiz.org.tr/aktarimlar/dosyalar/1364211078.pdf> [getir.net/upsb]

Yakın tarihli başka iddianame¹⁴ ve kararlarda¹⁵ da yine AİHS ve AİHM içtihatlarına gönderme yapıldığı ancak içerik analizi yapılmadığı kolayca görülebilmektedir. İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2011 yılında verdiği bir karar daha doğrudan AİHM ölçütünü ortaya koymaktadır. Mahkeme "AİHM, Sürek (3) kararında "...Kasıtlı ve dolaysız bir ifadenin şiddeti kışkırttığı ve şiddetin gerçekleşmesi bakımından gerçek bir olasılık olan durumlarda şiddet kışkırtıcılığı 10. maddenin kapsamının dışında kalır..." ifadelerini kullanmış ancak yine somut olaya bu ölçütü uygulamamıştır. Mahkeme, ifade ile şiddet arasındaki somut bağı araştırmak yerine şu gerekçeyle sanığın mahkûmiyetine karar vermiştir: "yazılar bir bütün olarak incelendiğinde, silahlı PKK KONGRA/GEL terör örgütünün sempatican ve üyelerine yön vermeyi, örgüte katılım arttırmayı, örgütün dağ kadrosunda yer alan üyelerin ve ülke içinde faaliyette bulunan üyelerin moral motivasyonunu güçlendirmeyi, örgüte bağlılıklarını ve aktivasyonlarını sürekli dinç tutacak şekilde şiddete açık çağrı niteliğinde olduğu açıktır." Görüldüğü gibi ifadelerin hiçbiri somut olarak kullanılan ifadelerin nasıl bir şiddeti tahrik olduğu açıklanmamakta, örgüte ilişkin açıklamaların yayımlanmasının otomatik olarak bu sonucu doğuracağını varsaymaktadır.¹⁶

Mahkemeler, genelde AİHS ve AİHM içtihatları ifadelerini kullanmakla birlikte çoğu zaman hangi kararları kast ettikleri anlaşılamamaktadır. Ancak, AİHM içtihatları arasında özellikle az sayıda Türkiye'nin 10. maddeyi ihlal etmediğinin saptandığı karara ve özellikle Sürek 3 kararına gönderme yapıldığı da gözden kaçmamaktadır.¹⁷

2. Kararlar yönetsel ölçüt açısından da sorunludur. Yukarıda yapılan alıntılardan da görülebileceği gibi yerel mahkemeler AİHM'nin "yazıların bir bütün olarak alınması" ölçütünü lâfzen yerine getirmektedir. Yani kitaptan bir cümleyi bağlamından kopuk değerlendirmedikleri izlenimini vermektedirler. Ne var ki, yakından incelendiğinde, yapılanın aslında bütünden bir anlam çıkarmaktan çok yazı ve kitapların çeşitli bölümlerini alt alta dizmekten ibaret olduğu görülebilmektedir.

Örneğin, Birgün gazetesinde KCK Başkanı Murat Karayılanla yapılan bir röportaja karşı açılan davada, birçok güncel konuda soru sorulmuş olmasına rağmen *"soruların içeriği ve sistematigi dikkate alındığında terör örgütünün açıklamalarının ve gündeme ilişkin konulardaki görüşlerinin*

¹⁴ İstanbul Cumhuriyet Savcılığı, Soruşturma No. 2010/2152, Esas No. 2011/134, 08.02.2011. <http://www.aihmiz.org.tr/aktarimlar/dosyalar/1364144863.pdf> [getir.net/uppx]

¹⁵ İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi, E. 2010/8, K. 2010/238, K. 26.10.2010 http://www.aihmizleme.org.tr/aktarimlar/Ist13AC_E2010-8_K2010-238_26102010_Iddianame_Karar.pdf [getir.net/0v4v]

¹⁶ İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi, E. 2011/33, K. 2011/108, K. 26.5.2011. <http://www.aihmiz.org.tr/aktarimlar/dosyalar/1364146211.pdf> [getir.net/upws]

¹⁷ Diğer örnekler için bkz. İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi, E. 2010/130, K. 2011/69, K. 22.3.2011 http://www.aihmizleme.org.tr/aktarimlar/Ist10AC_E2010-130_K2011-69_22032011_Karar.pdf [getir.net/0vnl]; İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi, E. 2010/98, K. 2011/70, K. 22.3.2011 http://www.aihmizleme.org.tr/aktarimlar/Ist10AC_E2010-98_K2011-70_22032011_Karar.pdf [getir.net/0vb5]

bildirilmesine yönelik önceden belirlenmiş ve yönlendirilmiş sorular olduğu (...) şiddet içeren yasa dışı eylemlerin meşru savunma olarak gösterildiği, suça konu yazılar bir röportaj tarzında gösterilmesine rağmen aslında terör örgütünün görüş ve açıklamalarını yayınlanmasına yönelik bir kurgulama olduğu, (...) bu türdeki yazıların demokratik sistemi ortadan kaldırmaya yönelik ve şiddet içeren terör eylemlerini teşvik eden yazılar olduğu kabul edilerek" sanıklar cezalandırılmıştır.¹⁸ İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi'nin "Ergenekon operasyonu ve parti kapatma davalarını nasıl değerlendiriyorsunuz?", "Sol ve demokrasi güçleri nasıl bir görevle karşı karşıyadır?" sorularını şiddetle ne şekilde bağlantılandığını anlamak gerçekten güçtür.

Yakın tarihli bir iddianamede de, suçlamaya konu kitabın 10, 24, 31, 38, 41, 117 ve 121 sayfalarından alıntı yapılmış ama bu alıntılarının nasıl bir bütün oluşturduğu tartışılmamıştır.¹⁹ Oysa bütünden çıkan anlam, farklı yerlerden alıntı yapılmasıyla değil eserin bütününe şiddete çağrı niteliğinde olup olmadığının saptanması ile gösterilebilir.

Şüphesiz, AİHM içtihatlarına gönderme yapılan ve şiddet övgüsünün kanıtlanamadığını belirten mahkeme kararları da vardır. Ancak farklı mahkeme kararları arasında tutarlılık olmadığı gibi beraat kararı verilen bu dosyalarda belirtilen "şiddete açık çağrı" ölçütünün²⁰ diğer davalarda neden aranmadığını anlamak mümkün olamamaktadır. Örneğin İstanbul 12. Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararına göre 5532 sayılı yasa ile TMK'nın 7. maddesi değiştirildiği için "propagandanın, şiddet veya diğer terör yöntemlerine başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasının yapılmış olması halinde suçun oluşacağı kabul edilmiştir. Dolayısıyla propagandanın varlığı, suçun maddi unsurunun gerçekleşmesi için yeterli görülmüştür."²¹

3. Gözel ve Özer kararı TMK 6. maddenin 2. fıkrasına ilişkindir. Bununla birlikte, aynı yasanın 7 (2) hükmüne göre verilen kararlarda da benzer bir yöntem izlendiğini görülebilmektedir. İlgili hüküm şu şekildedir:

Terör örgütünün propagandasını yapan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır. Ayrıca, basın ve yayın organlarının suçun işlenişine iştirak etmemiş olan

¹⁸ İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi, E. 2008/255, K. 2011/78, K. 24.3.2011
http://www.aihmizleme.org.tr/aktarimlar/Ist10AC_E2008-255_K2011-78_24032011_Iddianame_Karar.pdf [getir.net/Ovmo]

¹⁹ İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı, Soruşturma No. 2010/1169, E. 2010/549
http://www.aihmizleme.org.tr/aktarimlar/IstCB_S2010-1169_E2010-549_Iddianame.pdf [getir.net/Ovo1]

²⁰ Örneğin bkz. İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi, E. 2009/229, K. 2010/260, K. 23.11.2010
http://www.aihmizleme.org.tr/aktarimlar/Ist13AC_E2009-229_K2010-260_23112010_Iddianame_Karar.pdf [getir.net/Ov1c]

²¹ İstanbul 12. Ağır Ceza Mahkemesi, E. 2009/48, K. 2010/329, K. 13.10.2010
http://www.aihmizleme.org.tr/aktarimlar/Ist12AC_E2009-48_K2010-329_13102010_Iddianame_Karar.pdf [getir.net/Ovgj]

(...) yayın sorumluları hakkında da bin günden onbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.

Zaman zaman, örgütün bildirimlerini yayınlama iddiasıyla 6. maddenin 2. fıkrasına göre açılan davaların aynı yasanın 7. maddesinin 2. fıkrası hükmü uyarınca sonuçlandırıldığı veya 6 (2)'den ortadan kaldırılan dosyanın 7 (2)'den mahkûmiyet kararıyla sonuçlandırıldığı görülmektedir. Bu davalarda da 6 (2)'de olduğu gibi, ifade ile eylem arasında somut bağlantılar kurulmaksızın salt terör örgütünün övüldüğü iddiasıyla kararlar verildiği gözlemlenebilmektedir. Yine bu davalarda Gözel ve Özer kararında belirtilen içerik analizi yapılmamakta, sadece yayınlarda kullanılan ifade bütünüün içinden alınarak kararda tekrar edilmektedir. Örneğin, "PKK" isminin nasıl telaffuz edileceğine ilişkin "PKK; Pekeke mi, Pekaka mı" yazısı mahkûmiyet konusu olabilmüş, üstelik bu sonuca ulaşılrken "AİHS 10. maddesinde belirtilen hakların kötüye kullanıldığı"nın anlaşıldığı belirtilmiştir.²² 7. maddeye konu olan benzer başka davalarda da AİHS ölçütlerine genel bir gönderme yapıldığı ancak somut içerik denetlemesinin yapılmadığı açık bir şekilde görülebilmektedir. İstanbul 11. Ağır Ceza Mahkemesine ait aşağıdaki ifadeler ifade özgürlüğü konusunun yargı yerleri tarafından ne kadar yanlış anlaşıldığını somut bir şekilde ortaya koymaktadır:

Eğer düşünceyi açıklama özgürlüğü tamamen sınırsız olursa, farklı her düşüncenin açıklanması ve taraftar bulabilmesi için gereklerinin yapılmasına devletçe izin verilmesi gerekir. Toplanma, gösteri yapma, basın-yayın olanaklarının kullanılmasına olanak sağlama gibi. Bu noktada doğal olarak farklı siyasi düşüncelere sahip kişiler özellikle net siyasi görüşü olmayanların inandırılması, yönlendirilmesi ve onların kazanılması çabası içerisinde olacaklar, bu ise karşıt görüşler arasında çıkar çatışmasını doğuracaktır. Söz konusu çatışan çıkarların demokratik düzey ve mecradan çıkartılıp saptırılmak suretiyle ikna dışında empozeye dayalı bir kimliğe büründürülmesi demokrasi ve insan hakları kılıfı içerisinde birbirleriyle ve karşı tarafla ve nihayet tarafsız olanlarla etkileşim ve iletişimi yerine göre kutuplaşmayı doğuracaktır. Sonuçta anarşi nedeniyle kamu düzeni bozulacak ve bu düzensizlik kurum düzenini de doğrudan veya dolaylı mutlak ya da nispi olarak etkileyebilecektir.²³

²² İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesi, E. 2009/194, K. 2010/68, 07.4.2010. Aynı davanın iddianamesinde de Sürek/Türkiye davasına atıfta bulunularak, sanıkların cezalandırılmasının Sözleşmeye de uygun olacağı ileri sürülmüştür. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı, Soruşturma No. 2010/1286, E. No. 2009/726, İddianame no. 2009/544. Karar ve iddianame için bkz. http://www.aihmizleme.org.tr/aktarimlar/Ist14AC_E2009-194_K2010-68_0742010_Iddianame_Karar.pdf [getir.net/OvIk]

²³ İstanbul 11. Ağır Ceza Mahkemesi, E. 2010/4, K. 2010/190, K. 04.06.2010 http://www.aihmizleme.org.tr/aktarimlar/Ist11AC_E2010-4_K_2010-190_04062010_Iddianame_Karar.pdf [getir.net/Ova2]

Görüldüğü gibi Mahkeme, salt farklı görüşlerin sayısının artmasını kamu düzenine tehdit olarak algılamaktadır. Şiddetle ifade arasındaki ilişkinin bu kadar dolaylı bir şekilde kurulması çok açık bir şekilde bizzat düşünceyi suç haline getirmektedir.

Yargıtay 9. Ceza Dairesinin, TMK 6 değil ve fakat 7. maddede düzenlenen terör örgütünün propagandasını yapma suçuna ilişkin yakın tarihli bozma kararları bulunmaktadır. Bu kararlarda Yargıtay, yerel mahkeme kararlarını dava konusu ifadenin Yargıtay ve AİHM kararları ile desteklenen ifade hürriyetinin kullanılması kapsamında kaldığı gerekçesi ile bozmuştur. Ancak kararlar, yerel mahkeme kararlarının hangi nedenle bu ölçütlere aykırı karar verdiğini sistemli bir şekilde açıklamaktan uzaktır.²⁴ Hatta aynı dosyada bir kişi hakkında davanın bozulmasına, diğerlerinin ise onanmasına karar verirken de aradaki fark açıklanmamıştır.²⁵

Yargı Kararlarına İlişkin Değerlendirme

Gözel ve Özer kararında geliştirilen ölçütlere bakıldığında inceleme konusu kararlarda şu sorunların varlığı dikkat çekmektedir:

Hem yerel mahkeme hem de temyiz aşamasında mahkemeler AİHS ve AİHM içtihatlarına gönderme yapmalarına ve bu ölçütleri dikkate aldıklarını belirtmekle birlikte, somut vakanın incelenmesinde bu ölçütlerin nasıl kullanıldığı anlaşılammaktadır. Davaların hemen tümü, sadece terör örgütü veya üyelerinin açıklamalarını aktaran gazeteciler aleyhine açılmaktadır. Bu nedenle, mahkemeler başka bir gerekçe aramaksızın hüküm inşa edebilmektedir. Vakaların hiçbirinde somut olarak ifade ile olası şiddet eylemi arasındaki illiyet bağı kurulmamıştır. Bunun yerine, örgütün propagandasının yapılmasının uzun vadede örgüt üyelerini cesaretlendireceği, yeni üye katılımlarını artıracığı gibi genel bir varsayımdan yola çıkmıştır.

Kararlarda maddi, yönetsel ve araşsal ölçütler dikkate alınmamış; ifadelerin kime ait olduğunun ötesinde hangi bağlamda kullanıldığı içerik incelemesi yapılarak açığa çıkarılmamıştır.

B. Yürütme

Rutin yürütme faaliyeti yanında 2011 yılından itibaren Adalet Bakanlığı, Avrupa Konseyi ile birlikte Türkiye'de İfade ve Medya Özgürlüğü Projesini başlatmıştır. 15-17 Kasım 2011 tarihinde Adalet Bakanlığı tarafından düzenlenen "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye Kararları, Sorunlar ve Çözüm Önerileri" Konferansı sırasında ilan edilen proje ifade ve medya özgürlüğüne ilişkin Türk mahkemelerinin içtihat ve uygulamalarının AİHS'nin 10. Maddesi ile AİHM içtihatları ile uyumlaştırılmasını hedeflemektedir. Proje kapsamında en son 5 Şubat 2013 tarihinde Ankara'da, "Türkiye'de İfade ve Medya özgürlüğü Üst Düzeyli Konferans" düzenlenmiştir.²⁶ Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek

²⁴ Bkz. Yargıtay 9. CD., E. 2012/882, K. 2012/6067, K. 10.5.2012 [getir.net/upxk]; Yargıtay 9. CD, E. 2010/5039, K. 2012/3760, K. 21.3.2012 [getir.net/uphi]

²⁵ Yargıtay 9. CD., E. 2010/16268, K. 2012/5801, K. 09.05.2012 [getir.net/up6f]

²⁶ Proje etkinlikleri ile ilgili daha geniş bilgi için Proje sitesi ziyaret edilebilir: <http://www.ifadeozgurlugu.adalet.gov.tr/hakkinda/hakkinda.html> [getir.net/ups7]

Kabulü Hakkında Kanun uyarınca Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü bünyesinde bir İnsan Hakları Daire Başkanlığı kurulmasını öngören 650 sayılı KHK uyarınca kurulan Daire, AİHM kararlarının infazından da sorumludur.²⁷ Bu nedenle, özellikle aşağıda belirtilen ve hükümet tarafından TBMM'ye sunulan TMK değişikliğinin proje kapsamında yapılan çalışmalardan faydalanarak hazırlandığı düşünülmektedir.

C. Yasama

Kamuoyunda "3. Yargı Paketi" olarak bilinen 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Erteleenmesi Hakkında Kanun" 5 Temmuz 2012 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Anılan kanun Terörle Mücadele Kanunu'nun bazı hükümlerinde değişikliğe gitmiş ancak 6. maddenin 2. fıkrası değiştirilmemiştir. Bununla birlikte, 6352 sayılı Yasanın Geçici 1. maddesi, 31/12/2011 tarihine kadar, basın ve yayın yoluyla ya da sair düşünce ve kanaat açıklama yöntemleriyle işlenmiş olup temel şekli itibarıyla adli para cezasını ya da üst sınırı beş yıldan fazla olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı davanın açılmasının, kovuşturmanın ve mahkûmiyet hükmünün infazının ertelenmesini öngörmektedir. Ancak aynı maddenin 3. fıkrasına göre 3 yıl içinde aynı nitelikte bir suç işlenmesi halinde ertelenen soruşturma-kovuşturmayla devam edilecek, infaz edilmemiş ceza infaz edilecektir. Şüphesiz, devamlı tehdit altında olan kişilerin ifade özgürlüğünün etkili bir şekilde korunduğunu söylemek mümkün değildir.

Ancak bu raporun yazılmasından kısa bir süre önce bu kez 4. Yargı Paketi adı altında, ağırlıklı olarak ifade özgürlüğüne ilişkin olanlar olmak üzere, AİHM tarafından verilmiş bir dizi kararın infazı için hükümet yeni bir tasarıyı TBMM'ye sunmuştur.²⁸ Tasarı, bazı insan hakları örgütlerinden eleştiri almıştır.²⁹ Tasarının 5. maddesi, TMK'nın 6. maddesinin 2. fıkrasının değiştirilmesini öngörmektedir. Yeni hüküm, diğer maddelerde yapılan değişikliklere benzer bir şekilde şu şekilde değiştirilmesi önerilmektedir:

Terör örgütlerinin; cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösteren veya öven ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik eden bildiri veya açıklamalarını basanlara veya yayınlayanlara bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

Görüldüğü gibi değişiklik, terör örgütlerinin bildiri ve açıklamalarını cezalandırmaya devam etmektedir. Ancak, önceki düzenlemeden farklı olarak, bu açıklamaların belirli bir nitelik taşıması koşulu getirilmiştir. Bu düzenlemenin, yukarıda açıkladığımız Gözel ve Özer/Türkiye kararı ve diğer AİHM içtihadında öngörülen ölçütleri yerine getirip getiremeyeceği tartışılmalıdır.

²⁷ <http://www.inhak.adalet.gov.tr> [getir.net/upn7]

²⁸ <http://web.tbmm.gov.tr/gelenkagitlar/metinler/189186.pdf> [getir.net/upfb]. Sabit bağlantı: [getir.net/Ov5q]

²⁹ 4. Yargı Paketi Üzerine TİHV'nin Görüşleri, 14 Mart 2013 <http://www.tihv.org.tr/index.php?iv-yargi-paketi-uezerine> [getir.net/upmf]; 4. Yargı Paketi Kanun Tasarısı üzerine İnsan Hakları Derneğinin görüş ve önerileri için <http://ihd.kardaizler.org/index.php/raporlar-mainmenu-86/el-raporlar-mainmenu-90/2634> [getir.net/up5v]

Yukarıda açıklandığı gibi AİHM'nin yayın yoluyla işlendiği iddia edilen tehlike suçlarında temelde iki hususu dikkate aldığı görülmektedir. Birincisi, şiddete ilişkin maddi unsur, ikincisi ise söylemin bütünün, söylendiği bağlamın, kim tarafından, kime söylendiğine ilişkin yönetsel unsurdur. Yeni düzenleme sadece maddi ölçüte ilişkin olduğu gözlenmektedir. Düzenleme cebir, şiddet ve tehditle ilgili üç farklı eylem öngörmektedir: "meşru gösterme", "övme" veya "bu yöntemlere başvurmayı teşvik etme".

Ne var ki, yargı bölümünde örnekleriyle göstermeye çalıştığımız gibi, hem yerel mahkemeler hem de Yargıtay hâlihazırda zaten AİHM içtihatlarına gönderme yapmakta ve mahkûmiyet kararlarını zaten söz konusu ifadelerin şiddeti övdüğü, şiddet ve cebir yöntemlerine başvurmayı teşvik ettiği için vermektedirler. Dahası bu mahkeme kararları örneğin, yapılan bir röportajda sorulan sorular veya Newroz çağrısı şiddeti övme veya meşru gösterme olarak değerlendirilebilmektedir. Bu nedenle, eğer hükümet ikinci yolu takip ederek bu suçu TMK'da tutacaksa, asıl AİHM'nin tespit ettiği yönetsel ve araçsal unsurları dikkate almalıdır. Bunun için de hâkimlerin söz ile eylem arasındaki ilişkiyi nasıl tespit edeceği yasada açıkça gösterilmelidir. Gerek AİHM'de incelenen TMK 6 (2) kararlarında, gerekse Gözel ve Özer sonrasında verilen kararlarda asıl sorun, mahkemelerin, hangi sözün, hangi ifadenin şiddet ve cebir hangi nedenle ciddi bir tehlike haline getirmiş olduğunu hiç tartışmamış olmasıdır.

Yeni düzenleme bu sorunu aşmak için yeni bir formül sunmamaktadır. Oysa aynı tasarının TCK'nin 215. maddesini değiştiren 8. maddesi TCK'nin 216. maddesindeki formülü suç ve suçluyu övme suçları açısından da getirmiştir. Buna göre, suç "bu nedenle kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde" işlenmiş olacaktır. Aynı yasada bir başka maddede bu kavramın kullanılmış olmasından çıkarılacak sonuç, TMK'nın yeni 6 (2) hükmünde söz ile eylem arasında açık ve yakın bir ilişki aranmaksızın mahkemelerin soyut ve uzak bağlantılarla hüküm tesis etmeye devam etmeleri olacaktır.

Tüm bu nedenlerle; yapılacak düzenleme, hâkimlere AİHS'nin 10. maddesi kapsamında dile getirilen ve AİHM tarafından uygulanan kıstasları dikkate alarak, sadece mesajı verenin kimliğine ve kime verildiğine değil, yazının bütünlüğü içinde yazıların içeriğini ve hangi bağlamda yazıldığını inceleyerek gerçekten şiddete çağrı niteliği taşıyorsa ceza verilmesini sağlayacak şekilde kaleme alınmalıdır. Mevcut değişiklik teklifi, bu güvenceleri sağlamaktan uzak, keyfi yorumlara açık bir düzenlemedir.

Sonuç ve Tavsiyeler

Hükümete

Gözel ve Özer kararı, AİHM'nin konuya ilişkin daha önceki içtihadı da dikkate alındığında ihlalin tekrar etmemesi için hükümete biri iki koşul içeren iki farklı alternatif önlem alma olanağı sunmaktadır.

a) 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 6. maddesinin 2 fıkrası yürürlükten kaldırılacaktır.

b) 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 6. maddesinin 2. fıkrası AİHS ve AİHM içtihatlarında geliştirilen ölçütleri dikkate alacak şekilde yeniden kaleme alınmalı, mahkemeler de bu ölçütlere uygun inceleme yapma yükümlülüğü altına sokulmalıdır.

İkinci alternatifin yerine getirilmesi hem güç hem de Türkiye'nin içinden geçtiği süreç açısından gereksizdir. Bu nedenle, yıllardır farklı kanun hükümleri ile düzenlenen terör örgütü görüşlerini yayımlama ve örgüt propagandasına ilişkin hükümler mevzuattan ayıklanmalıdır. AİHS standartlarına tam uyum ancak bu şekilde sağlanabilecektir.

Bakanlar Komitesine

Yukarıda açıklandığı gibi hükümet yeni bir yargı paketiyle bir dizi ifade özgürlüğü sorununa çözüm getirmeyi planlamaktadır. Bu düzenlemeler arasında TMK'nın 6 (2). maddesine ilişkin değişiklik de bulunmaktadır.

Bakanlar Komitesi, hükümeti AİHM'nin 10. maddesine ilişkin geliştirdiği tüm ölçütlere uygun davranmaya davet etmelidir. Tasarıdaki yeni suç tanımının TBMM'de yasalaşması halinde Gözel ve Özer davasına ilişkin icra sürecinin izlenmesi yeni kuralın somut sonuçları görülene kadar açık tutulmalı, dosyanın olgunlaşmadan kapatılmasından kaçınılmalıdır.

TEŞEKKÜR...

İnsan hakları hareketinin üniversite ile buluşmasının önemini farkında olan ve kurulduğu günden bu yana özellikle Ankara Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi ile birlikte ortak çalışmalar yürüten İHOP, bu önemli çalışmayı çok değerli iki akademisyenin katkıları ile gerçekleştirmiştir. Çalışmanın yönteminin oluşturulmasından eğitimlerine ve raporların üretimine kadar bütün süreçlerde sahip olduğu eşsiz bilgi birikimini bizimle paylaşmış olan Yrd. Doç Dr. Kerem Altıparmak'a, insan hakları hareketinin bilgi toplama ve analiz etme yöntem ve araç ihtiyacını bu pilot çalışmada gideren ve çalışmanın bel kemiğini oluşturan izleme veri tabanının oluşturulmasını sağlayan Yrd. Doç Dr. Ahmet Murat Aytaç'a derin şükranlarımızı sunmayı borç biliriz.

Türkiye insan hakları hareketi, birbirinden farklı ve son derece önemli deneyimleri olan savunuculardan oluşur. Bu çalışmada, deneyimlerini ve bilgi birikimlerini esirgemeyen, avukatlık mesleklerinin yanında aktif insan hakları savunuculuğunu yürütmekte olan ve izleme raporlarını hazırlayan Hüsnü Öndül, Hülya Üçpınar ve Nalan Erkem'e, raporların basımı sürecinde görünürlük danışmanlığımızı yapan Raul Mansur'a, web sitesinin oluşturulması sürecinde katkıda bulunan Ferruh Erkem'e, çalışmanın amaçlarına ulaşmasında verdikleri çok değerleri katkılardan ötürü ayrı ayrı teşekkür ederiz.

Bu çalışmaya Ankara, İzmir, Mardin, Batman, Diyarbakır, İstanbul 'da faaliyet gösteren pek çok avukat ve insan hakları savunucusu katkıda bulunmuştur. Başta Mesut Beştaş olmak üzere çalışmayı değerli ve önemli bulan ve katkılarını esirgemeyen bütün arkadaşlarımıza İHOP adına teşekkür ederiz.

Nihayet, bu çalışmayı gerçekleştirebilmek için gerekli kaynağı sağlayan Federal Almanya Cumhuriyeti Büyükelçiliğine teşekkür ederiz.

İHOP