

AİHS'İN 10. MADDESİ ÇERÇEVESİNDE ŞİDDET UNSURU İÇEREN İFADE: GÜNEYDOĞU DAVALARINDAN ÖRNEKLER

Ozan Değer

Ankara Üniversitesi
Siyasal Bilgiler Fakültesi
Araştırma Görevlisi



Özet

Bu çalışma, AİHS'nin 10.maddesi çerçevesinde şiddet unsuru içeren ifadelerin konu alındığı kimi Güneydoğu Davalarını ele almaktadır. Güneydoğu Davaları, AİHM'nin geliştirdiği içtihadın geneli bağlamında çok önemli bir yer teşkil etmektedir. Bu davalar, daha sonra *tekrar tekrar* başvuru kaynak olma niteliği taşımışlardır; ayrıca söz konusu davalar, ifade özgürlüğü bakımından hem Türkiye'nin ve AİHM'nin konuya bakış açılarının, hem de bir ulusal mahkeme ile ulusal sınırları aşan bir mahkemenin düşünce ve karar sistematiğindeki olası farklılıkların görülmesi açısından *da* önem teşkil etmektedirler.

Çalışma, incelenen davalar eşliğinde bir yandan AİHM'nin şiddet unsuru içeren ifadeleri değerlendirirken uyguladığı yöntemi, benimsediği yaklaşımı ve geliştirdiği içtihadı konu edinmekte, bir yandan da bu yöntemin ve yaklaşımın tutarlı olarak tüm davalara yansıtılıp yansıtılmadığına, yansıtılmıyor ise bunun nedenlerine değinmektedir.

Anahtar Kelimeler: AİHS, 10. madde, ifade özgürlüğü, şiddet unsuru, içtihat.

The Expression Containing Element of Violence within the Frame of the Article 10 of the ECHR: The Examples from the Southeastern Cases

Abstract

This article comprises the expressions which contain element of violence within the frame of the article 10 of ECnHR (European Convention on Human Rights), under the light of the selected Southeastern Cases. These cases constitute considerable place regarding the general jurisprudence developed by the Court, and also carry the quality of being source applied repeatedly. In addition, cases analysed, have the feature of displaying *both* the perspectives of Turkey and ECHR (European Court of Human Rights), *and* the differences between the reasoning of a national court and an international one.

On the one hand, the article examines the methodology, approach and the developed *opinion* of the Court by evaluating the cases, on the other hand, it inspects the reflection of these methodology and approach on the cases.

Keywords: ECnHR, article10, freedom of expression, element of violence, juris prudence

AİHS'nin 10. Maddesi Çerçevesinde Şiddet Unsuru İçeren İfade: Güneydoğu Davalarından Örnekler*

AİHS ve İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesi ifade özgürlüğü kavramını ve onun sınırlarını şu şekilde düzenlemektedir:

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

2. Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumla gerekli tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması nizamın sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve ahlakının korunması, gizli bilgilerin açığa vurulmasının önlenmesi veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı merasime, koşullara, sınırlamalara veya yaptırımlara bağlanabilir” (Gölcüklü/ Gözübüyük, 2004: 373)

Ulusal makamlarca başvuru, aynı zamanda “özgürlüğün” kapsamını da belirleyen söz konusu sınırlandırmalar AİHM tarafından 10. madde ışığında denetlenmektedir. Koruma altına alınan özgürlüklerin ulusal hukuk düzeni çerçevesinde müdahaleye maruz kalmasının, Sözleşme'nin ilgili maddesinin ihlali niteliği taşıyıp taşımadığı için ise Mahkeme tarafından geliştirilen ve

* Bu çalışma, **Aybay Hukuk Araştırmaları Vakfı**'nın düzenlediği “*Kapani-Savcı İnsan Hakları İnceleme Yarışması*”nda Prof. Dr. Rona Aybay, Prof. Dr. Cem Eroğul, Prof. Dr. Ahmet Mumcu, Prof. Dr. Fazıl Sağlam, Prof. Dr. İlhan Unat, Prof. Dr. Vakur Versan ve Doç. Dr. Serap Yazıcı'dan oluşan jüri tarafından *ikincilik* ödülüne layık görülmüştür.

oldukça katı yorumlanan üç temel koşul söz konusudur: Müdahalenin, i) sınırlı sayımla belirtilen **amaçlara yönelik olması**, ii) hukukun üstünlüğünün sağlanması ve keyfiliğin önlenmesi amacı ile **yasada öngörülmüş olması**, iii) **demokratik topluma aykırı düşmeyen** ve öngörülen amaca ulaşmak için **gereken ölçüde**, bir başka deyişle **orantılı** olması (Gölcüklü/Gözübüyük, 2004: 373).

“Amaçlar” belirlenirken maddenin 1. fıkrası ile tanınan hak ve özgürlüğün doğası ve niteliği göz önünde tutulmuştur. “Yasayla öngörülen” veya “yasaya uygun olarak” koşulunun anlamı ise hak ya da özgürlüğe müdahale teşkil eden önlem veya işlemin ulusal hukukta yasal dayanağının bulunmasıdır; devlet organlarına bu konuda bir takdir yetkisinin tanındığı hallerde ise, söz konusu takdir yetkisinin kapsamının, bu yetkiyi tanıyan yasa ile (keyfi uygulamayı önleyecek şekilde) saptanması gerekmektedir (Gölcüklü/Gözübüyük, 2004: 375). İlk iki koşulun saptanması konusunda fazla sorun yaşanmazken, asıl güçlük, “orantılılık” ve “takdir marjı” değerlendirmesinin söz konusu olduğu “demokratik toplumda gereklilik” koşulunun irdelenmesinde ortaya çıkmaktadır (Gölcüklü/Gözübüyük, 2004: 380). Ancak burada demokratik toplum gerekleri ölçütü *soyut ve genel* bir nitelik arz etmektedir. Bu nedenle Mahkeme, kimi boşluk veya esnekliklerin kaynaklık edebileceği olası zorlukları ve sakıncaları aşabilmek için “zorlayıcı bir toplum-sal gereksinim (*pressing social need*)”¹in varlığını aramaktadır; yani müdahalenin çok önemli nedenlerden kaynaklandığı ortaya konulmalıdır. Aynı zamanda söz konusu ihtiyacı kanıtlayan “uygun, inandırıcı, yeterli gerekçe”lerin ortaya konması, müdahale teşkil eden tedbirin orantılılığı, bireysel ve genel yarar arasındaki denge ve tercih ölçütleri de davalar süresince göz önünde bulundurulmalıdır (Gölcüklü/Gözübüyük, 2004: 380).

Türkiye, AİHM davalarında, deyim yerindeyse “sırtını ‘zorlayıcı bir toplumsal gereksinim’ ilkesine dayayıp”, savunmalarını *bu olgunun varlığı* tezine dayandırmaktadır. Bu da, “zorlayıcı bir toplumsal gereksinim”in varlığı söz konusu olduğunda, “müdahalenin gerekliliği”nin değerlendirmesi bağlamında, devletlerin Strazburg organlarının denetiminde bulunan “takdir marjı”na sahip olmalarını beraberinde getirmektedir. Türkiye’nin Mahkeme önünde olduğu davalarda *hükümetlerin yaklaşımını-Zana/Türkiye Davası*’ndaki savunu ışığında-toprak bütünlüğünü tehdit eden terör durumuyla karşılaşan bir devletin, sadece bireyler bakımından sonuç doğuran bir terör durumuyla karşılaşan devlete göre daha geniş bir takdir marjına sahip olması gerektiği şeklinde

¹ Bkz. Handyside/İngiltere [(Başvuru no: 5493/72), 7 Kasım 1976], Sunday Times/İngiltere, [(Başvuru no: 6538/74), 26 Nisan 1979].

değerlendirmek mümkün görünmektedir. Nitekim ileriki satırlarda incelenecek olan davalarda bu değerlendirmenin dayanakları sunulacaktır.

Konumuz dâhilinde ele alınacak davalar ve Mahkeme içtihadı, geniş anlamda bazı Güneydoğu Davaları, dar anlamda ise “şiddete teşvik, şiddetin övülmesi ya da mevcut şiddet yaratan durumun pekiştirilmesi” olarak, iç hukuk normlarınca suç teşkil eden ifadelerin, AİHM karar ve içtihadındaki yansımaları olacaktır. Bu bağlamda söz konusu AİHM kararlarının ve içtihadının benzeştiği, ayrıştığı ya da çeliştiği noktalar üzerinde durulacak ve bunlara kaynaklık eden *ana/kilit* davalar örnek olarak incelenecektir. Ayrıca yargıçların karşıoy yazıları arasındaki benzerlikler, ayrılıklar ve çelişkiler de konunun desteklenmesi noktasında ele alınacaktır.

Mahkeme kararlarında, ifade özgürlüğünün aleyhte, çarpıcı, rahatsız edici haber ve düşünceleri de kapsadığı, bunların çoğulculuk, hoşgörü ve açık görüşlülüğün gerekleri olduğu, bunlar olmaksızın demokratik bir toplumun olamayacağını altı çizilmektedir; ayrıca sınırlamanın gerekli ve orantılı olma hususunun, olay hakkında *zaman ve şartlar bütünlüğü* çerçevesinde yapılacak bir değerlendirme ile netleştirilebileceği *de* vurgulanmaktadır. Bu bağlamda incelenen davalar sonucunda görülmüştür ki Mahkeme, denetim yetkisini kullanırken şikâyet konusu müdahaleyi, başvurucağın aleyhinde görülen *ifadelerin içeriği* ile bu ifadelerin sarfedildiği *bağlam* da dâhil olmak üzere, *olayın bütünlüğü* içerisinde incelemektedir. Mahkeme, geliştirdiği kimi ölçütler ışığında, bir davada söz konusu ifadenin muhalefet estetiği dâhilinde ele alınıp alınmayacağını tartışırken şu unsurlara dikkat etmektedir:

- Şiddetin tahrik ve teşvikinin, ayaklanma, isyan ve/veya silahlı direnişe kaynaklık edip etmediği,
- İfadenin sarfedildiği an ve/veya dönemdeki koşullar, ifadenin etki derecesi ve alanı (ülkenin hassas ve gergin bir bölgesinde yapılan bir açıklama, Mahkeme’ye göre bu bölge bağlamından bağımsız ele alınamaz),
- Kişinin konumunun, unvanının ve tanınmışlık düzeyinin ifadenin etki derecesine katkısı,
- İfadenin aldığı şekil (kitap, bildiri, konuşma vs.) ve büründüğü edebi “kılık”.

Bu ölçütlerin ilk üçünün içtihatla belirlendiği dava *Zana Davası*’dır; bu dava, konu ele alınırken düzlem teşkil edecek, diğer davalar bu dava sonucunda varılan içtihadın belirlenimleri doğrultusunda irdelenecektir.

BAŞVURUCU ALEYHİNE SONUÇLANAN DAVALAR ZANA/TÜRKİYE DAVASI

Mehdi Zana (Başvurucu), Diyarbakır Askeri Cezaevi'nde mahkum olarak bulunurken Ağustos 1987'de gazetecilerle yaptığı bir röportajda, aşağıdaki görüşlerini dile getirmiştir:

"... PKK'nin ulusal kurtuluş hareketini destekliyorum. Katliamlardan yana değiliz, yanlış şeyler her yerde olur. Kadın ve çocuklar yanlışlıkla öldürülüyorlar..." (Zana Davası, 1997: par. 12).

Bu açıklama ulusal bir günlük gazete olan Cumhuriyet Gazetesi'nde 30 Ağustos 1987'de yayımlanmıştır. Devlet Güvenlik Mahkemesi (DGM), Mehdi Zana'nın, gazetecilere yaptığı açıklamanın eski Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 312. maddesinde düzenlenen suç oluşturduğunu kabul etmiş ve Zana'yı mahkum etmiştir. Zana, kararı temyiz etmiş, fakat temyiz sonuç vermemiş ve Yargıtay DGM'nin verdiği kararı onamıştır. Bu arada, kendisine daha önce verilmiş olan cezaları çeken Mehdi Zana, 16 Nisan 1991'de tahliye edilmiştir.² Zana, 30 Eylül 1991'de Komisyon'a başvurmuş, Sözleşmenin 6/1. ve 3., 9 ve 10. maddelerine dayanarak, ceza yargılamasının uzun olduğunu, kendisini mahkum eden mahkeme önüne çıkarılmadığını ve anadilinde (Kürtçe) savunma yapamadığını, dolayısıyla adil yargılanma hakkına ve düşünce ve ifade özgürlüğüne müdahale edildiğini iddia ederek şikâyetçi olmuştur.

Bu davada Mahkeme, müdahalenin yasayla öngörüldüğünü saptadıktan sonra, Mehdi Zana'nın sarfettiği ifadeleri yukarıda maddelenen ölçütler dâhilinde ele almış ve ulusal mercilerin aldığı tedbirleri, davaya konu olan koşulların *özgüllüğü* ve devletin sahip olduğu varsayılan *takdir marjını* da göz önünde bulundurarak incelemiş, terörle savaşında alınan tedbirler ile ifade özgürlüğünün korunması ihtiyacı arasında adil bir dengenin sağlanıp sağlanmadığını, müdahalenin gerekli ve güdülen meşru amaçla orantılı olup olmadığını, denetim görevi gereği araştırıp değerlendirmiştir.

Mahkeme bu davaya kaynaklık eden ifadenin *yalnız başına* ele alınamayacağına kanaat getirmiş ve demecin, PKK'nin sivillere yönelik olduğu ileri sürülen eylemlerinin *yoğun olduğu döneme* rast gelmesini de bizzat PKK'ye verilen destek olarak değerlendirmiştir; dolayısıyla Mahkeme, ifadenin, "bölgedeki patlamak üzere" olduğu ileri sürülen durumu daha da vahim hale getirebileceğini savlamıştır. Mahkeme tarafından davacıya verilen cezanın "zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca cevap

² Daha sonra, 26 Şubat 1992'de, Diyarbakır Cumhuriyet Savcısı başvurucudan, beşte birini hapiste geçireceği ve geri kalanı için şartlı tahliye edileceği hapis cezasını çekmek üzere Diyarbakır Cezaevi'ne teslim olmasını istemiştir.

verdiği” ve cezanın yerinde olduğu saptamasının yapılmasının ardından 10. maddenin ihlal edilmediğine karar verilmiştir.

Bu davanın can alıcı noktaları, varılan içtihadın özgünlüğü ve ifadenin yalnızca basit bir fikir sunumu olarak algılanmamasıdır. Aynı ya da benzer ifadelerin farklı kişiler tarafından dillendirilmesi, görüldüğü kadarıyla aynı ya da benzer sonuçları doğurmayabilmektedir.

Mahkeme içtihadından anlaşılacağı üzere, bir ifadenin sokaktaki sıradan vatandaş tarafından dillendirilmesi ile belli bir üne, konuma ve toplumu etkileme potansiyeline sahip bir kişi tarafından, o potansiyeli hayata geçirebilecek şekilde dile getirilmesi arasında bariz farklar vardır. Yine aynı karardan anlaşıldığı üzere *dönemin şartları* da, ifadenin değerlendirilmesi noktasında çok önemli rol oynamaktadır. Yani,

- Zana'nın Kürt kimliği ve eski Diyarbakır Belediye Başkanı olması,
 - Dönemin, PKK'nin etkin olduğu ve eylem düzeyinin yoğun olduğu döneme rast gelmesi,
 - Verilen demecin Cumhuriyet Gazetesi gibi önemli sayılan ve kitlelere birebir hitap etme olanağına sahip bir yayının organında yer alması,
- gibi unsurlar, kararın dayanaklarını oluşturmuştur.

Çok önemli olduğu savlanabilecek bir diğer konu ise, Türkiye ile Mahkeme'nin “terör” kavram ve olgusuna yükledikleri anlamların oldukça örtüşür nitelikte olması, Zana'nın PKK'yi bir “ulusal kurtuluş hareketi” olarak kodlamasının her iki özneyi de (Devlet ve Mahkeme) “ikna etmiş” görünmemesi, örgütün “terör örgütü” olarak algılanmasının ve kodlanmasının bir veri (*postula*) olarak kabul edilmesidir. Nitekim kararda geçen ve aşağıda alıntılan bazı cümleler, tespit ya da analizin *ötesinde*, öznellikler içermektedir; ki bu da kararın Hükümet lehine cisimleşmesinin anlaşılır olmasına yardımcı olmaktadır. Mahkeme,

“...çünkü bir kimsenin amaçlarına ulaşmak için şiddete başvuran bir *terör örgütü* olan PKK'yi desteklemesi...” (par. 58).

“...Mahkeme'nin daha önce de not ettiği gibi röportaj, söz konusu dönemde aşırı gerilimin bulunduğu Türkiye'nin güneydoğusunda, PKK'nin sivillere yönelik *kanlı saldırıları* ile aynı döneme rastlamaktadır...” (par. 53).

gibi ifadeler kullanmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (uluslararası hukukta olduğu gibi) terörizmle ilgili bir tanımlama bulunmadığı gibi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kendi içtihadında da yeterince nesnel bir tanımlama geliştirmiş değildir. Yani Mahkeme, tanımlanmamış bir terörizm kavramı ile çalışmalarını sürdürmüştür. Buradaki sorunlu olarak nitelendirilebilecek nokta, “terörist” ya da “terörizm” gibi kavramların kullanımının ve yorumlanışının “*a priori*” itham edici işlevidir; ki böylece “şiddeti kullanan”ın fikirleri ile paralel ifadeler

sarfeden kişiler, siyasal ve hukuksal meşruiyet dışına düşürülebilmektedirler. Bu, genelde insan hakları, özeldense ifade özgürlüğü ile ilgili iki endişeyi beraberinde getirmektedir:

- i) Meşruiyet dışına düşürme süreci, terörist olduğundan *şüphelenilenlerin dahi* insan haklarının *gayr-i meşru* olarak sayılıp inkâr edilmesine yol açabilecektir.
- ii) Şiddet kullanımına karşı olup, şiddeti kullanan ile paralel fikirlere sahip kimseler de terörist olarak damgalanıp aynı şekilde muamele görebileceklerdir³ (<http://www.khrp.org/documents/turkish/legalreview2.doc>)

Yargıç Thor Vilhjalmsson'un karşıoy yazısında da yukarıdaki iki madde halinde sıralanan endişeleri paylaşan benzer ifadeler yer almaktadır. Yargıç Vilhjalmsson, karşıoy yazısında şunları ifade etmiştir:

“...Bu sözlerin *yalın anlamı*, başvuruçunun Türkiye’de Kürtlerin yaşadığı toprakların statüsü sorunu ile ilgili olarak *PKK ile aynı fikri paylaştığı*, fakat bu örgüt tarafından kullanılan metotları *onaylamadığıdır...*” (Karakuş, 2001: 263).

Ancak buradaki ayrışma, yargıçların çoğunluğunun, “...bu sözlerin *yalın anlamı...*” diye başlayan cümlede iddia edilenin aksine, bu sözlerin, *yalın anlamının ötesinde* bir “değer” veya “etkiye” sahip olduğu görüşünde mutabık kalmalarından kaynaklanmıştır. Çünkü “...PKK’nin ulusal kurtuluş hareketini destekliyorum...” ifadesi, varolan çatışmaların taraflarından birinin eylemlerinin [mefhum-u muhalifinden bazıları dışında (çocukların ya da kadınların öldürülmesi)] desteklendiği şeklinde yorumlanmıştır. Nitekim Mahkeme şunu ifade etmiştir:

“...bu açıklamaya tek başına bakılmamalıdır. (Bu açıklamanın) başvuruçunun da farkında olması gereken, *olayın somut koşulları içinde özel bir anlamı* vardır. Mahkeme’nin daha önce belirttiği gibi bu röportaj, o tarihte gerginliğin dorukta olduğu

3 Nitekim Anayasa Mahkemesi’nin, Sosyalist Parti’nin kapatılmasına dair verdiği kararda yer alan ve Parti’nin kapatılmasına yönelik gerekçeler arasında sayılan “...Sosyalist Parti’nin dava konusu faaliyetleriyle, teröristlerin gerçek istek ve savları başka bir biçimde belirtilmektedir...Özellikle, araç farklı olmakla birlikte Sosyalist Parti’nin faaliyetlerindeki amacın teröristlerin amacı ile benzerlik gösterdiği de dikkat çekicidir...” türü değerlendirmeleri, söz konusu endişenin yersiz olmadığını bir göstergesidir. [E. 1991/2, K. 1992/1, K.T. 10.7.1992, RG: 25.10.1992] <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/SPK/K1992/K1992-01.htm> Ayrıca bkz. Reyhan Sunay (der.), **Anayasa Mahkemesi Kararlarında İfade Hürriyeti**, LDT Yayınları, Ankara, 2003, s. 211-219.

Türkiye'nin Güneydoğu bölgesinde PKK'nin sivillere yönelik kanlı saldırılarıyla aynı zamana denk düşmüştür” (par. 59).

Ayrıca Mahkeme,

“ Bu koşullar altında büyük bir *ulusal günlük gazetede* yayımlanan röportajda, *Güneydoğunun en önemli kenti olan Diyarbakır'ın eski belediye başkanının* -"ulusal kurtuluş hareketi" olarak tanımladığı- PKK'ye verdiği desteğin, bu bölgedeki *patlamaya hazır havayı* daha da ağırlaştıracağı düşünülebilir” (par. 60).

şeklinde yorumda bulunulmuştur. Mahkeme'nin bu ifadeleri, yukarıda bahsedilen-Zana'nın Kürt kimliği ve eski Diyarbakır Belediye Başkanı olması, dönemin, PKK'nin etkin olduğu ve eylem düzeyinin yoğun olduğu döneme rast gelmesi, verilen demecin Cumhuriyet Gazetesi gibi önemli sayılan ve kitlelere birebir hitap etme olanağına sahip bir yayın organında yer alması gibi-ölçütlerin ışığında değerlendirmesi, söz konusu ifadenin, karşıoy yazısında iddia edilenin aksi yönünde yorumlanmasının da temelini oluşturmuştur .

Mahkeme'nin “patlamaya hazır hava” diye nitelendirdiği süreç ise, Türkiye’de sıkıyönetimin sona erdiği ve Olağanüstü Hal (OHAL) uygulamasına geçilen *Diyarbakır*, Hakkâri, Mardin ve Siirt illerine, daha önce OHAL uygulanan Bingöl, Elazığ, Tunceli ve Van illeri de eklenerek OHAL Bölge Valiliği'nin oluşturulduğu döneme rast gelmektedir. Bitlis, Muş ve Adıyaman'ın da Bölge Valiliği'ne bağlanması ile Valiliğe bağlanan illerin sayısı 11'e çıkmıştır. OHAL uygulamasına gerekçe gösterilen olayların boyutlarıysa her geçen gün büyümüştür. Örneğin, DGM'nin o dönemde görev alanına giren suçların tamamına yakını OHAL uygulamasına gerekçe gösterilen olaylarla ilgilidir (Yokuş, 1996: 152). Söz konusu *dönemin* en etkin illerinden biri olan Diyarbakır'ın eski belediye başkanı olan Zana, bu ifadeleri Ağustos 1987 yılında, yani sıkıyönetimin bittiği tarih olan 19 Temmuz 1987'den yaklaşık bir ay sonra sarfetmiştir. Bu bağlamda Mahkeme'nin değerlendirme ölçütleri ışığında aslolan, ifadelerin şiddet unsuru içerip içermediğinden çok, şiddete teşvik ettiği varsayılan ifadelerin *etki derecesi* ve ifadelerin “alıcıları” nezdindeki *ikna yetisidir*. Nitekim ileride değinilecek olan davalarda da görüleceği gibi doğrudan şiddete teşvik eden ifadelerin etki derecelerindeki *sınırlılık*, o ifadelere yönelik müdahalelerin Mahkeme tarafından, 10. maddenin ihlali olduğu yönünde değerlendirilecektir.

SÜREK(1)/TÜRKİYE DAVASI

Sürek (1) Davası, Mahkeme'nin AİHS'nin 10. maddesi kapsamında başvuru aleyhine karar verdiği davalardan bir diğeridir.

Başvuran Kamil Sürek, “Haberde Yorumda Gerçek” isimli bir derginin sahibidir. Bu derginin 30 Ocak 1992 tarihli 23. sayısında “Silahlar Özgürlüğü

Engelleyemez” ve “Suç Bizim” başlıklı iki okuyucu mektubu yayımlanmıştır. Bu mektupların içeriğinden dolayı İstanbul DGM Savcısı, başvuran (Dergi'nin sahibi) ve makalelerin editörü aleyhinde devletin bölünmezliğine karşı propaganda yapmak ve halk arasında düşmanlık ve nefreti teşvik etmek eylemlerinden dolayı, TCK'nin 312. maddesi ve 3713 sayılı 1991 tarihli TMK'nin (Terörle Mücadele Kanunu) 8. maddesi uyarınca suç duyurusunda bulunmuştur. Mahkeme başvuranı, TCK'nin 312. maddesi uyarınca *değil*, TMK'nin 8. maddesini ihlal ettiği iddiası ile suçlu bulmuştur. Mahkeme, Türkiye'nin doğu ve güneydoğusundaki sekiz ilçeye bağımsız “Kürdistan” eyaleti şeklinde gönderme yapıldığını, PKK'nin Türkiye Cumhuriyeti'ne karşı bir “ulusal bağımsızlık savaşı” veren bir ulusal kurtuluş hareketi olarak nitelendirildiğini ve bunun da Türkiye Cumhuriyeti'nin bölge bütünlüğüne zarar verilmesine yönelik propaganda şeklinde değerlendirildiğini belirtmiştir. Ek olarak makalelerde ırkçı bazda ayrımcı ifadeler yer verildiği de tespit edilmiştir (Sürek/1 Davası, 1999: par. 15). Başvuran kararı temyiz etmiş fakat Yargıtay verilen kararı onamıştır. Daha sonra Sürek, 25 Şubat 1995 tarihinde Komisyon'a başvurmuş ve AİHS'nin 6/1 ve 10. maddelerinin ihlal edildiğini iddia etmiştir.

Karar, başvuranın mahkumiyetinin, yetkililerin değerlendirme marjı kapsamında bir tepki olan milli güvenlik ve kamu emniyetinin korunması yönünde zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca cevaben gerçekleştirilmiş orantılı işlemler olarak kabul edilebileceği, bu nedenle 10. maddenin ihlal edilmemiş olduğu yönünde şekillenmiştir.

Mahkeme bu davada, kullanılan ifadelerde şiddete teşvik olup olmadığını incelemiş ve şu yargıya varmıştır:

“Mahkeme ilk olarak ‘katliam’ ‘zulüm’ ve ‘cinayet’ gibi göndermelerin yanı sıra, ‘Faşist Türk ordusu’, ‘TC cinayet çetesi’ ve ‘emperyalizmin kiralık katilleri’ gibi etiketlerin kullanılması ile diğer tarafa kara bir leke vurulmasına ilişkin açık bir kasıt olduğunu kabul etmektedir. Mahkeme kanaatine göre söz konusu mektuplar temel duyguların çalkalandırılması ve halen ölümcül şiddet şeklinde kendini göstermiş olan bileşik önyargıların katılaştırılması ile *kanlı bir intikama çağrı* şeklinde değerlendirilebilecektir...güvenlik kuvvetleri ile PKK kuvvetleri arasında ciddi çatışmaların devam etmekte olduğu Güneydoğu Türkiye'deki *güvenlik durumu bağlamında* yayınlanmış olması da dikkate alınmalıdır...Bu bağlamda mektuplar...mantık dışı bir nefret uyandırarak bölgede daha fazla *şiddete sebebiyet* verebilecek şekilde değerlendirilmelidir...Mevcut davada söz konusu olan, *nefret* konuşmaları ve *şiddetin yüceltilmesidir*” (par. 62).

Yazılan mektuplar incelendiğinde, şiddete teşvik unsurlarına rastlanmaktadır. “Silahlar Özgürlüğü Engellemez” başlıklı mektupta Mahkeme tarafından belirtilen ve yukarıda alıntılanan sözlerden sonra, son bölümde şunlar yer almaktadır:

“...Ancak halkımızın Kürdistan’daki ulusal mücadelesi artık kan dökülmesi, tanklar ve toplar ile engellenmeyecek bir seviyeye ulaşmıştır. Türkiye Cumhuriyeti tarafından Kürtlerin ortadan kaldırılması için başlatılan her saldırı, *bağımsızlık mücadelesini yoğunlaştırmaktadır*...Evlerinden ve ana vatanlarından sürülen Kürt halkının kaybedecek bir şeyi yoktur. Ancak kazanacak çok şeyi vardır” (par. 11).

Yine “Suç Bizim” adlı mektupta benzer nitelikte ifadeler yer almaktadır:

“TC cinayet çetesi, ‘Türkiye Cumhuriyeti’nin korunması’ gerekçesi ile cinayetlerine devam etmektedir. Ancak insanlar olanlar karşısında uyanıp, bilinçlenip, haklarını savunmayı öğrendikçe ve *verilmemesi halinde zorla alacağımız*’ fikri halkın aklında filizlenip, gün geçtikçe büyüdüğü sürece cinayetler de sürecektir” (par. 11).

Bu ifadelerin bir “savaşım” çağrısı olduğu ve şiddet unsuru içerdiği kuşkusuzdur; fakat burada önemli olan AİHM’nin ifade özgürlüğü kapsamında davaları ele alış biçimi, yöntemi ve bu yöntemin tutarlı olarak söz konusu davaların tümüne uygulanıp uygulanmadığıdır.

Nitekim Yargıç Palm’ın kısmi karşıoy yazısında bu konuya değinilmiş ve derginin *etki potansiyelinin sınırlılığı* göz önünde bulundurularak 10. maddenin ihlal edildiği iddia edilmiştir. Palm sarfedilen ifadelerin sertliği ve kırılcılığı konusunda hemfikir olduğunu fakat bu ifadelerin *olası etkilerine* yeterli önemin verilmediğini savlamıştır:

“...Mevcut davada mesele, anılan şiddetin ve kırılcı konuşmanın Sözleşme kapsamında korunmaktan çıktığı noktanın Mahkeme tarafından tespit edilmesinde uygulanan *yaklaşımdır*” (Karakuş, 2001: 264).

Ayrıca Palm, Zana Davası’ndaki yaklaşımı, yani ifadelerin incelenmesi sırasında ele alınan *ölçütleri* örnek olarak vermiş ve *bağlamın* incelenmesi gerektiğini vurgulayarak iki davayı niteliksel olarak karşılaştırmıştır. Yargıç, Zana Davası’ndaki yaklaşımın, Sürek (1) Davası’na uygulandığı takdirde birçok unsurun örtüşmediğini iddia etmiş ve aşağıda sıralanan noktalara dikkat çekmiştir:

1. Sürek, Zana’dan farklı olarak TCK’nin 312. maddesi uyarınca şiddete teşvikten *değil*, TMK’nin 8. maddesi uyarınca bölücülükten yargılanmıştır.

2. Başvuran edilgen konumdadır; ve mektupları yazan kişi değildir.

3. Ne başvuru ne de mektupları yazanlar, Zana gibi kamuoyu üzerinde etki sahibi değillerdir.

4. Dergi İstanbul'da, yani çatışma bölgelerinden çok uzakta yayımlanmaktadır.

5. Son olarak ise okuyucular tarafından yazılan mektuplar, bir dergide merkezi veya ana konuma sahip değildir; ki bu da ifadenin sınırlı bir etkiye sahip olduğunun göstergesidir.

Ayrıca Palm, halktan fertlerin yayımlanmak üzere yazdıkları mektuplarında profesyonel muhabirlere göre daha doğrudan ve sert stil kullanacakları gerçeğine de bir pay bırakılması gerektiğini ifade etmiştir.

Yine Yargıçlar Palm, Tulkens, Casadevall, ve Greve'in ortak karşıoy yazılarında ve Yargıç Fichbach'ın kısmi karşıoy yazısında da benzer saptamalar yer almış ve bu davanın Zana Davası'ndan farklı olduğu savı, bağlam ve koşullar örnek gösterilerek temellendirilmiştir.

Yargıç Palm'ın görüşleri bir gerçekliğe temas etmektedir. Mahkeme, Zana Davası'nda ortaya koyduğu ölçütlerin bazılarını Sürek (1) Davası'nda göz önünde bulundurmamış, ya da bu ölçütlerin zaten var olduğunu *veri* olarak kabul etmiştir. Çünkü Mahkeme, mektuplardaki “şiddete teşvik” ve “şiddetin yüceltilmesi” noktalarındaki saptamalarını yapmakla birlikte, kişilerin kimlikleri ile ilgili bir saptama ve derginin ve yazarların etki yetilerini sorgulama gereğini duymamış, kararını yalnızca şiddet unsurunun *varlığı* üzerinden temellendirmiştir. Mahkeme'nin geliştirdiği önceki içtihat düşünüldüğünde, salt şiddet içeren ya da şiddeti yücelten bir ifade, diğer unsurlardan yoksun ise, zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacı karşılaması noktasında yeterli dayanağa sahip değildir. Bu bağlamda, söz konusu mektuplarda şiddetin övülmesinin ve şiddete teşvik unsurlarının var olduğu söylenebilecek olsa da, ifadelerin yaratabileceği *etki* göz ardı edilmiştir.

SÜREK(3)/TÜRKİYE DAVASI

Sürek (3) Davası, AİHS'nin 10. maddesi kapsamında başvuran aleyhinde sonuçlanan bir diğer davadır.

Başvuran Kamil Sürek, bir önceki davada söz konusu olan kişidir ve “Haberde Yorumda Gerçek” isimli derginin sahibidir. Bu dergide 9 Ocak 1993 tarihli 42. sayıda “Botan'da Fakir Köylüler Toprak Ağalarını İstimlâk Ediyor” başlıklı haber yorumu yayımlanmıştır. 10 Ocak 1993 tarihinde ise İstanbul DGM, devletin bölünmez bütünlüğü aleyhinde propaganda yaptığı iddiası ile derginin bu sayısının toplatılmasına karar vermiştir. 28 Ocak 1993 tarihinde İstanbul DGM, başvuruyu devletin bölünmez bütünlüğü aleyhinde propaganda

yapmak eylemi ile 1991 tarihli TMK'nin 8. maddesi uyarınca suçlu bulmuştur. Başvuran ise kararı temyiz etmiş fakat Yargıtay kararı onamıştır. Daha sonra Sürek, 18 Temmuz Şubat 1994 tarihinde Komisyon'a, AİHS'nin 6/1 ve 10. maddelerinin ihlali gerekçeleri ile başvurmuştur.

Söz konusu makale Mahkeme tarafından bağlamı dâhilinde bir bütün olarak ele alınmış, yazarın okuyucular arasında Türkiye aleyhine süren silahlı eylemi *teşvik ettiği* ve hatta okuyucuları *eyleme çağırdığı izlenimini veren ifadeler içerdiğine* ve bölücü amaçlar için *şiddeti desteklemekte* olduğuna kanaat getirilmiştir; dolayısıyla başvuranın mahkumiyetinin, yetkililerin değerlendirme marjı kapsamında bir tepki olan milli güvenlik ve kamu emniyetinin korunmasına yönelik zorunlu bir toplumsal ihtiyaca cevaben gerçekleştirilmiş orantılı işlemler olduğu kabul edilmiştir. Bu nedenle bu davada 10. maddenin ihlal edilmemiş olduğu sonucuna varılmıştır

Bu dava ile Sürek (1) Davası hemen hemen aynı nitelikler taşımaktadır. Kullanılan ifadelerin de yine “şiddete teşvik” ve “şiddetin yüceltilmesi” unsurlarını taşıdıkları söylenebilir. Makalede geçen şu sözler de bu unsurların var olduğunun göstergesidir:

“...Bir havuza atılan taşın meydana getirdiği dalgalar gibi büyüyen ulusal bağımsızlık mücadelesi, şimdiden dalgalar halinde Botan'ı geçmiş olup, *silahlı mücadelenin etkin cephesinde bulunan 8 ilin 50 ilçesini kucaklamaktadır*...Yaklaşık olarak 4,5 ila 5 milyon Kürdün yaşamakta olduğu Botan bölgesinde, *ulusal kurtuluş hareketinin yükselmesi* ile gelişen halk hareketleri... Günümüzde, mücadelemiz Türkiye Cumhuriyeti kuvvetlerine karşı *harici bir savaş* şeklindedir... *Topyekün bir özgürlük mücadelesi başlatmak niyetindeyiz*” (Sürek/3 Davası, 1999: par. 10).

Mahkeme, Sürek (1) Davası'nda Yargıç Palm'ın belirttiği gibi bu davada da kimi ölçütleri inceleme konusu yapmamış, kişinin *kimliğini* ve *derginin etki gücünü* değerlendirme altına almamıştır. Mahkeme her iki Sürek Davası'nda da “...Mahkeme denetim yetkisinin uygulanmasında müdahaleyi, suçlanan ifadeler ve bunların *ifade edildiği bağlam da dâhil olmak üzere*...bir bütün olarak ele alarak incelemelidir...” (Sürek/1, par. 58, Sürek/3, par. 36) demektedir; fakat bağlam, “içinde bulunulan güvenlik koşulları” ile sınırlı kalmış ve diğer unsurlar gözardı edilmiştir. Nitekim Mahkeme kararında yer alan sözler, yalnızca “şiddete teşvik” ve “şiddetin yüceltilmesi” unsurlarının dikkate alındığının göstergesidir.

“...Ayrıca makalelerin 1985'ten bu yana çok ciddi can kayıpları ve bölgenin büyük bir kısmında olağanüstü hal ilan edilmesine sebebiyet verecek şekilde güvenlik kuvvetleri ile PKK kuvvetleri arasında ciddi çatışmaların devam etmekte olduğu Güneydoğu Türkiye'deki güvenlik durumu bağlamında

yayınlanmış olması da dikkate alınmalıdır...Gerçekten de, okuyucuya iletilen mesaj, saldırgan ülke karşısında şiddete başvurmanın gerekli ve haklı bir önlem olduğudur... mevcut davada söz konusu olan, şiddete teşviktir” (par. 40).

Burada tartışılan, Mahkeme'nin saptamalarının yanlış olup olmadığı değil, Yargıç Palm ve diğerlerinin de işaret ettikleri ve *eksikli* olduğu iddia edilen “yaklaşım”dır”. Bu davada da aynı yargıçlar, davaların ve sonuçlarının benzerliğinden dolayı kısmi karşıoy yazıları ile Sürek (1) Davası'na gönderme yaparak görüşlerini temellendirmişlerdir.

İncelenen üç dava, Mahkeme'nin, Zana Davası ile oluşturduğu içtihat doğrultusunda Türkiye'yi haklı bulduğu davalardır. İncelenecek olan sonraki üç dava ise başvuru lehine sonuçlanan davalardır.

BAŞVURUCU LEHİNE SONUÇLANAN DAVALAR

A) GERGER/TÜRKİYE DAVASI

23 Mayıs 1993 tarihinde Ankara'da, Deniz Gezmiş, Yusuf Aslan ve Hüseyin İnan adına bir anma töreni düzenlenmiştir. Davetli Haluk Gerger, törene kendisi katılmayıp yazılı bir mesaj göndermiştir. Bu mesajın içeriğindeki kimi kavramlar ve cümleler Gerger'in Türk ulusunun birliğine ve devletin toprak bütünlüğü aleyhine propaganda yaptığı suçlamasına maruz kalmasına yol açmış ve 9 Aralık 1993 tarihinde Ankara DGM, Gerger'i 1991 tarihli TMK'nin 8. maddesi uyarınca bölücülükten suçlu bulmuş ve mahkum etmiştir. Gerger, kararı temyiz etmiş fakat Yargıtay kararı onamıştır. Daha sonra Gerger, 22 Haziran 1994 tarihinde Komisyon'a başvuruda bulunmuştur. Aynı tarihte sunulan ilk başvurusu ve 25 Ekim 1994 tarihinde değişiklik yaptığı 5 Ağustos tarihli ek başvurusunda Gerger, mahkumiyetinin AİHS'nin' 6/1, 9, 10 ve 14. maddelerini ihlal ettiğini iddia etmiştir.

Mahkeme, başvuranın mesajında Türkiye Cumhuriyeti'ni “Kürtlerin ana haklarını inkar etmekle suçladığını, başvuranın Türkiye'ye yönelik eleştirilerinde *sağlam gerekçelere* sahip olduğunu ve *Kürtlerin özgürlüğünü*” (Gerger Davası, 1999: par. 45) ima ettiğini belirtmiştir. Bu durumun başvurana uygulanan cezaları haklı göstermek için yeterli olmadığı da Mahkeme tarafından vurgulanmıştır. Özellikle mesajın “Kürdistan dağlarındaki gerilla”dan söz etmesi, diğerlerini şiddet içeren eyleme teşvik etmeden “gerçeklere dayanan bir unsur”u belirttiği şeklinde yorumlanmıştır; buna dayanılarak, başvuranın mahkumiyetinin 10. madde gereklerine aykırı şekilde bir tür *sansür* teşkil etmekte olduğuna kanaat getirilmiş ve maddenin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Gerger'in mesajında şu ifadeler yer verilmiştir:

“...Türkiye Cumhuriyeti işçi ve Kürt haklarının inkârına dayalıdır. Bu ülkenin coğrafi sınırları dahilinde, herhangi bir insan eylemi belirtisi, herhangi bir özgürlük isteği, işçi ve Kürtlerin haklarının iddia edilmesine yönelik herhangi bir talep her zaman inkar ve yıkımlarında acımasız olan yöneticilerin açısından tepkiyle karşılanmıştır...Kendi kökenleri ve tarihsel geleneklerinden dolayı, yöneticilerin her zaman vasatlıklarının, geri kalmışlıklarının, ve her zaman daha fazla paraya duydukları açlıklarının ve son olarak, Cumhuriyetin ana özelliği ve emperyalizme boyun eğmesinin ürünü olan zalim bir militarizm ile kendilerini karakterize etmişlerdir....*O günlerde ekilen Kürt halkının özgürlük tohumlarından Kürdistan dağlarındaki gerilla savaşı doğmuştur...*” (par. 10).

Bu bildiriye geçen ifadelerden dolayı başvuran, Türkiye mahkemeleri tarafından-başvuran aleyhine sonuçlanan diğer iki davada [Sürek(1) ve Sürek (3)] söz konusu olan-*aynı kanun maddeleri uyarınca* ceza alırken, AİHM bu kez Türkiye ile aynı görüşü paylaşmamaktadır. Zira Mahkeme'nin nihai kararı, ihlalin varolduğu yönündedir.

Mahkeme kararını şekillendirirken, Zana Davası'ndaki yönetime başvurmuş ve kullanılan ifadeleri içtihatla belirlenen ölçütler dâhilinde değerlendirmiştir. İfadeler, içerisinde bulunulan koşullar, ifadenin hitap ettiği kitle ve yaratılabilecek etkinin boyutu, ifadeyi kullanan kişinin konumu, unvanı gibi unsurlar ışığında ele alınmıştır; yani Zana Davası'nda olduğu gibi, dava, “bütünlüklü” bir bakış açısı ile irdelenmiştir:

“Mahkeme başvuranın yorumlarının ‘isyan’ ve ‘baskı’ gibi kelimelerin kullanılmasının belirli sert duygular eklediği Türk Otoritelerine yönelik *eleştirileri* teşkil ettiği görüşündedir...Aslında, mevcut davadaki olaylar bu çatışma sona erdikten uzun süre sonra meydana gelmiştir...Ayrıca Mahkeme, başvuranın mesajının *bir anma törenine katılan bir grup insana* okunduğu ve bu durumun belirgin bir şekilde ‘devlet güvenliği’, ‘kamu düzeni’ ya da ‘toprak bütünlüğü’ üzerindeki *potansiyel etkisini kısıtladığı* kanaatindedir. Ayrıca, ‘direniş’, ‘mücadele’ ve ‘özgürlük’ gibi kelimeleri içermesine rağmen bu mesaj *şiddete, silahlı direnişe ya da bir isyana teşvik teşkil etmemektedir*, Mahkeme'nin görüşünde bu durum göz önünde bulundurulması zaruri olan bir etkidir...” (par. 50).

Mahkeme içtihadındaki önemli bir saptama, ifadenin sarfedildiği dönemin (1993), PKK'nin 20 Mart 1993 tarihinde tek taraflı ateşkes ilan ettiği, (Erhan/Küçüköğlü, 2003: 558) dolayısıyla *çatışmaların durulduğu* döneme denk geldiğidir. Yani dönemin koşulları, ifadenin değerlendirilişi bağlamında önem teşkil etmiştir; böylece Mahkeme'nin içtihadından çıkabilecek sonuçlardan birisi, 1987 yılında OHAL döneminin başladığı süreçte sarfedilen cümlelerin teşkil ettiği etki/değer ile

1993 yılında (bildiride/mesajda) kullanılan cümleler, *diğer tüm koşullar benzer ya da aynı olsa dahi* aynı sonucu doğurmayacağıdır.

Ayrıca Mahkeme'nin içtihadından çıkabilecek bir diğer sonuç ise, mesajın törene katılan *bir grup insana okunduğu* için, *sınırlı* “alıcısı”na binaen hükümetin iddia ettiği ulusal güvenlik, kamu düzeni ya da toprak bütünlüğünü tehdit etme gibi bir potansiyeli taşımaması ve mesajın *etki düzeyinin zayıf* olmasıdır. Sürek Davalarında gözardı edildiği iddia edilen bu önemli ölçüte, bu dava değerlendirilirken *tekrar* başvurulmuştur. Buna ek olarak mesajda geçen “direnme”, “mücadele”, “kurtuluş” gibi kavramların yukarıda bahsedilen “ayaklanma”, “silahlı direniş” veya “şiddeti tahrik etme” gibi unsurları *içermediği* de Mahkeme tarafından öne sürülmüştür. Sonuç olarak, Gerger'in mahkumiyeti Mahkeme tarafından güdülen amaçla orantısız olarak değerlendirilmiş ve bu nedenle müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığı sonucuna varılmıştır.

Fakat Yargıç Gölcüklü'nün karşıoy yazısı bu dava incelenirken büyük bir önem arz etmektedir. Gölcüklü karşıoy yazısında Zana Davası ile Gerger Davası'nı niteliksel olarak karşılaştırmıştır. Gölcüklü Gerger'in bildirisindeki şu ifadelerin,

“...devrimci mücadeleye olan destek...her türlü direnişi kırmak ve kitlelerin her türlü isyanını bastırmak için...isyan ve direniş ruhu ... Kürdistan dağlarındaki gerilla savaşı... sınıflar savaşı... mücadeledeki dayanışma ve birlikleri...” (par. 10).

açık bir şekilde “şiddeti teşvik” etmekte ve “şiddeti bağışlamakta” olduğunu ve halkı kin ve eyleme davet ettiğini ileri sürmüş ve Mahkeme'nin kararına katılmadığını belirtmiştir. Ancak, Gölcüklü ifadeleri değerlendirirken Zana Davası içtihadındaki kimi unsurları gözardı etmekte, ifadelerin kim tarafından kullanıldığını ve etki derecesini değerlendirme ölçütleri dışında tutmaktadır. Ayrıca Gölcüklü'nün Mahkeme'den ayrıldığı bir diğer nokta ise, Mahkeme'nin 1993 yılını “çatışmaların durulduğu dönem” olarak değerlendirmesine karşın, Gölcüklü'nün, kullanılan ifadeleri “patlayıcı bir durumu şiddetlendirmeye eğilimli” olarak değerlendirmesidir. Fakat sonuç olarak, Gerger'in kimliği, herhangi bir kurumun ya da partinin/örgütün üyesi olmaması, PKK'nin o dönemde etkin olmadığı iddiası ve mesajın büyük bir gazetede ya da yayın organında değil, küçük bir toplantıda sınırlı bir topluluğa hitap etmesi gibi etkenler Mahkeme'nin Gerger lehine karar vermesine neden olmuştur.

B) SÜREK(4)/TÜRKİYE DAVASI

Sürek (4) Davası, Mahkeme'nin AİHS'nin 10. maddesi kapsamında başvuru lehine karar verdiği davalardan bir diğeridir.

Başvuran Kamil Sürek, diğer davalarda adı geçen, “Haberde Yorumda Gerçek” isimli derginin sahibidir. Derginin 13 Mart 1993 tarihli 51. sayısında “*Kawa ve Dehak Bir Kez Daha*”⁴ başlıklı haber yorumu yayımlanmıştır. Makale yaklaşmakta olan Nevruz kutlamalarında çıkabilecek olayları konu edinmektedir. Ayrıca dergide, PKK’nin siyasi kanadı olarak kabul edilen Kürdistan Ulusal Kurtuluş Cephesi’nin bir temsilcisi ile Kürt Haber Ajansı arasında yapılan bir röportaj da yayımlanmıştır. Bu nedenle 22 Nisan 1993 tarihinde İstanbul DGM Savcısı 1991 tarihli TMK’nin 6 ve 8. maddeleri uyarınca başvuru aleyhinde suç duyurusunda bulunmuştur. Daha sonra DGM, eski TCK’nin 79. maddesi uyarınca, TMK’nin 6. maddesi için ayrı bir mahkumiyete yer olmadığına karar vermiş ve başvuru suçlu bulunmuştur. Sürek kararı temyiz etmiş fakat Yargıtay DGM’nin kararını onamıştır. Daha sonra Sürek, 27 Temmuz 1994 tarihinde Komisyon’a, AİHS’nin 6/1 ve 10. maddelerinin ihlal edildiği iddiası ile başvuruda bulunmuştur.

Kararda, söz konusu makalelerde yüksek düzeyde *polemik* içeren bazı ifadelerin mevcut olduğunun kabul edilmesine rağmen, metinlerde daha fazla şiddete teşvik edecek veya şiddeti kışkırtacak herhangi bir bölümün *mevcut olmadığı* görüşüne varılmıştır. Otoritelerin bu bağlamdaki takdir marjı dikkate alınmasına rağmen başvuranın mahkumiyet ve cezasının anılan şartlar altında, milli güvenlik ve kamu düzeninin korunmasına yönelik zorunlu bir toplumsal ihtiyaç için orantılı bir cevap olarak kabul edilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır. Mahkeme’ye göre otoriteler tarafından alınan önlemlerin, kişileri gelecekte Güneydoğu Türkiye’deki duruma ilişkin görüşlerini açıklamaktan caydırması, bir çeşit *sansür* niteliği *de* taşımaktadır. Sonuç olarak davaya ilişkin şartlar altında 10. maddenin ihlal edilmiş olduğu saptanmıştır.

Bu davayı incelerken Zana Davası’nda belirlenen kriterlere bir yenisini eklemek uygun olacaktır; ki o da ifadenin “edebi bir dil”e bürünüp bürünmediğidir. Bu etken Güneydoğu davalarının birkaçında daha mevcuttur.⁵ Makalede çatışmalara *doğrudan değinilmemiş*, çatışmalar ve kişiler, “efsanevi şahısların isimlerinin kullanılması yolu ile” (Karataş Davası, 1998, par. 58) dile getirilmiştir:

4 **Kawa:** Kral Dehak’a karşı ayaklanan köylülere önderlik eden Kürt efsane kahramanı.

Dehak: M.Ö. 6. yüzyılda yaşadığı varsayılan Ortadoğu’nun efsanevi kralı. [Bkz. Gerger Kararı, paragraf 10].

5 Benzer davalar için bkz: Aslan/Türkiye Davası [(Başvuru no: 59237/00), 15 Temmuz 2005], Başkaya&Okçuoğlu/Türkiye Davası [(Başvuru no: 23536/94&24408/94), 8 Temmuz 1999] Polat/Türkiye Davası, [(Başvuru no: 23500/94), 8 Haziran 1999].

“...İsyan geleneği uyanmıştır. *Dehak* ve *Kawa* bir kez daha et ve kemiğe bürünmüştür. Hesapların görülme vaktidir. *Kawa* ile ilgili belirsiz bir husus mevcut değildir. Tüm dağlar, tüm şehirler *Kawa* ile doludur. Milyonlarcası vardır. Pekiyi *Dehak* kim o zaman? Günümüzde *Dehak* 'ı kim temsil etmeye adaydır? Demirel mi? Güreş mi? Bölge valisi mi? Yoksa yeni komutan İlter mi? Günümüzde *Dehak*, her isyan karşıtı şef, her isyan karşıtı fail, her özel tim mensubu, her polis komiseri veya polis memuru tarafından mı temsil edilmektedir? *Dehak* da mı anonim hale gelmiştir? Ne kadar *Dehak* olursa olsun, *Kawa* bir kez daha bunların hesabını görecektir...” (par. 11).

Mahkeme bu davada, Zana Davası ile belirlenen ölçütlerin kimilerine başvurmamıştır. Dönemin koşullarına göndermede bulunmuş fakat bu, karara etki etmemiştir. Mahkeme kararında etkili olan, biraz önce yeni bir ölçüt olarak adlandırılan “ifadenin edebiliği”dir. Nitekim Mahkeme değerlendirmesini yaparken eksenin bu doğrultuda olduğunu vurgulamıştır:

“...Kürt amacının *romanlaştırılması* ve geçmişteki *efsanevi şahısların isimlerinin kullanılması* yolu ile Kürtlük fikrinin uyanışının tanımlandığı şekline yorumlanabileceğine işaret etmektedir. Kabul edilmelidir ki, metin ‘hesaplaşma vaktinin geldiğini’ belirtmektedir. Ancak, Mahkeme bu göndermenin şiddete çağrı yerine *makalenin genel edebi ve benzetme stili* şeklinde değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir...” (par. 58).

Görüldüğü gibi Mahkeme, “Kürtlük fikrinin uyanışının” tanımlanmasının edebi bir dil ile anlatılmasını, makalenin genel edebi ve benzetme stili içerisinde “şiddete çağrı” olarak değerlendirmemektedir. İçtihadı göre, suça teşvik unsuru taşıyan bir ifade edebi bir şekilde sunuluyorsa, etki derecesi azalmaktadır. Bunun yanı sıra, bir diğer *kabul* ise ifadenin, makalenin edebi bütünlüğü içerisindeki yerinin *anlamli* olması halinde, diğer ifadelerden *daha farklı bir önem arz etmeyeceğidir*; bu noktada, Mahkeme'nin edebi eserin bütününe bakarak, eseri parçaların oluşturduğundan farklı yeni bir oluşum olarak değerlendirdiği söylenebilir.

Dergide, Türkiye'ye göre suç olarak kabul edilen bir diğer husus ise PKK'nin siyasi kanadı olarak kabul edilen Kürdistan Ulusal Kurtuluş Cephesi'nin bir temsilcisi ile yapılan röportajdır. Türkiye'ye göre yasadışı bir örgüt mensubu ile yapılan bir röportajın sunulması, suç teşkil etmektedir. Röportajın ilgili bölümü şöyledir:

“...Bu bulguyu vurgulamak isteriz, gerçekten de bunun altının çizilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Ve Avrupa ülkelerine çağrıda bulunuyoruz. Ateşkes dâhil olmak üzere, her türlü insani, siyasi çözüme açığız. PKK hareketi ve mücadelesi kesinlikle terör eylemleri değildir. Bu yanlış anlamadan vazgeçilmelidir...ve işbirliği ve destek yönünde bir hareket yapılmalıdır.

Gerçek terörist Türkiye Cumhuriyeti'dir. Bu konudaki tutumların bu yıl içinde açıklığa kavuşturulacağı, olumlu diyalogların geliştirileceği ve Türkiye Cumhuriyeti'nin zamanla daha da dışlanacağına inanmaktayız.” (par. 13).

Mahkeme, bu röportajda kullanılan ifadelerin şiddete teşvik unsuru içermediğini belirtmiştir. Türkiye Cumhuriyeti'nin terörist olarak nitelendirilmesini ise “...bu bir şiddete çağrıdan ziyade taraflardan birinin çatışmaya karşı olan *sertleşmiş tutumunun bir yansımasıdır...*” (par. 58) şeklinde nitelendirmiştir. Ayrıca, röportajda kullanılan “...ateşkes de dâhil olmak üzere, her türlü insani, siyasi çözüme açığız...” cümlesi Mahkeme tarafından “...ton açısından *uzlaşmacı olduğu bile* söylenebilecektir...” (par. 58) şeklinde algılanmış, temsilcinin sözlerinin geneli ise “...Türkiye'deki duruma ilişkin *farklı bir bakış açısı...*” (par. 58) olarak yorumlamıştır.

C) KARATAŞ/TÜRKİYE DAVASI

Karataş Davası, AİHS'nin 10. maddesi kapsamında başvuran lehine sonuçlanan bir diğer davadır.

Hüseyin Karataş, Kasım 1991 tarihinde İstanbul'da “Dersim - Bir İsyanın Türküsü” başlıklı bir şiir antolojisi yayımlamıştır. Ardından 8 Ocak 1992 tarihinde, İstanbul DGM Savcısı tarafından kitabın yazarı ve yayıncısı aleyhinde 1991 tarihli TMK'nin 8. maddesi uyarınca, bölücülükten dolayı suç duyurusunda bulunulmuştur ve eserin toplatılması talep edilmiştir. Karataş, DGM önünde özellikle davaya konu olan şiirin içeriğini benimsemediğini iddia etse de DGM, Karataş'ı suçlu bulmuştur. Karataş, kararı temyiz etmiş fakat Yargıtay kararı onamıştır. Daha sonra Karataş, 27 Ağustos 1993 tarihinde Komisyon'a başvurmuş ve AİHS'nin 6/1, 9, 10, ve 14. maddelerinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Dava, Karataş'ın mahkumiyetinin hedeflenen amaçlar açısından orantısız olduğu ve “demokratik bir toplumda gerekli olmadığı” savı ile Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği yönünde sonuçlanmıştır.

Bu dava da bir önce incelenen Sürek (4) Davası gibi, bir ifadenin sunulmuş biçimi ve büründüğü edebi “kılık” ile ilgilidir. Söz konusu şiirde “şiddeti teşvik eden ve “şiddeti yücelten” birçok açık ve hatta çok keskin-Mahkeme'nin deyişiyle agresif-ifadeler yer almaktadır. Şiir şu tür dizeleri içermektedir:

“...Gün ışığında Munzursuyu kanımızla ala bulanmadıkça/Osmanlı fahişesinin eniklerinin ezmesine izin vermeyeceğiz...ve şimdi zulüm adım adım yayılıyor/kanımız akan kana karışacak/Direnış ve ihanet/Özgürlük ve esaret yan yana...Bir kanun olarak kabul etmedik mi binlerce yıldır/Kan kanla yıkanır diye?...Kürdistanımız için, Dersimimiz için/İsyan ateşle sarhoş kelleimizi veririz...bizi özgürlüğe götürecek yüce dağlar...Yüreğimde sınırsız bir

öfke/Dilsiz bir nefret...Genç Kürtler intikam alacak... Kürdistan şehitlerine katılmak ne mutlu...Sizi çağırıyorum özgürlüğe, ölüme bu dağlarda, bu kutsal baharda/ölümle yürüyoruz/özgürlük ölümle kutsal/Sizi çağırıyorum ölmeye...” (Karataş Davası, 1999: par. 10).

Ancak Mahkeme, bu keskin, şiddeti öven ve insanları şiddete davet eden dizeleri Türkiye’den farklı bir bakış açısı ile ele almıştır. Mahkeme, “...şiirler okuyucuları nefret, isyan ve şiddet kullanmaya teşvik ediyor şeklinde yorumlanabilir...” (par. 49) diyerek şiirlerde suç unsurlarının varlığını tespit etmiştir; fakat belirtildiği üzere 10. maddenin uygulanma ölçütleri, şiddet unsuru içeren bir olgunun var olup olmamasının tespitinden öte bir anlam teşkil etmektedir. Mahkeme tespiti yaptıktan sonra diğer ölçütlere başvurarak, bağlam analizi yapmaktadır. Mahkeme “...başvuran tarafından kullanılan aracın *sadece okuyucuların azınlığına hitap eden bir sanatsal ifade türü olan şiir* olduğu göz önünde bulundurulmalıdır...” (par. 49) diyerek sanatsal bir ifadenin etki gücünün sınırlılığına göndermede bulunmuştur. Ayrıca Mahkeme, “...Sanat eseri yaratanlar, gerçekleştirenler, dağıtanlar ya da sergileyenler demokratik bir toplum için gereklilik olan fikir ve görüş alışverişine katkıda bulunmaktadırlar. Bundan dolayı, Devletin yükümlülüğü anılan kişilerin ifade özgürlüklerine *aşırı derece tecavüz etmemektir...*” (par. 49) diyerek sanat eserlerinin demokratik bir toplumdaki “etkin” ve “olumlu” işlevine vurgu yapmış ve devletin müdahalelerinin bu anlayış ekseninde konumlanması gerektiğini ifade etmiştir. Yine Mahkeme “...Bu davada-Mahkeme’nin onaylamadığı-şiirlerin tonuna ilişkin olarak madde 10’un sadece ifade edilen fikir ve bilgilerin *özünü değil* aynı zamanda *ifade ediliş şekillerini* de koruma altına aldığı göz önünde bulundurulmalıdır...” (par. 49) diyerek ifadenin aldığı şekil ve büründüğü kılığın değerlendirme sırasındaki önemine dikkat çekmiştir; ki aslında bu tür davalarda AİHM’nin en çok gönderme yaptığı ve kararlarını varlığı üzerinden şekillendirdiği olgu budur. Çünkü edebi bir eserin ulaştığı ve hitap ettiği kitlenin sınırlı olduğu Mahkeme tarafından kabul edilmiştir:

“...Mahkeme, ancak, başvuranın görüşlerini ‘devlet güvenliği’, kamu ‘düzeni’ ve ‘toprak bütünlüğü’ üzerindeki potansiyel etkilerini önemli ölçüde sınırlayacak şekilde *kitle iletişim yolu yerine şiir yoluyla* açıklayan bir birey olduğunu göz önünde bulundurmaktadır. Nitekim, şiirlerin bazı bölümlerinin ton açısından gayet *agresif* olmasına ve *şiddet kullanmaya davet etmesine rağmen* Mahkeme, doğası açısından *şiirlerin sanatsal olmalarının ve sınırlı bir etkiye sahip olmalarının* bir ayaklanmaya davetten ziyade zor siyasi konum itibarıyla *derin bir üzüntü ifadesini* içerdiklerini göz önünde bulundurmaktadır...” (par. 52).

Ayrıca Mahkeme, “...Karataş’ın Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından şiddete teşvikten ziyade Türkiye’nin belli bir bölgesini “Kürdistan”

olarak adlandırarak *bölücü propaganda yapmak* ve bu bölgedeki *ayaklanma hareketlerini övmek* sebebiyle mahkum edildiğini...” (par. 52) belirtmiştir. Sonuç olarak Mahkeme, bu davada da, ifadeyi bağlamdan kopuk bir şekilde ele almamış ve şiddet unsurlarının amacını ve belli bir amaç mevcut ise, ifadenin bu amacın hayata geçirilmesi noktasındaki etki derecesini dikkate alıp karara varmıştır.

Bu dava ile ilgili bir diğer önemli nokta, başvuru lehine sonuçlanan diğer davaların aksine birçok yargıcın, 10. maddenin ihlali ile ilgili karşıoy yazıdır.

Yargıçlar Pastor, Rıdruejo, Costa ve Baka, kısmi karşıoy yazılarında söz konusu şiirdeki şiddet içeren ve şiddete davet eden dizelerin, *ifadenin aldığı şekilden daha önemli* olduğunu vurgulamışlar ve bunu “...bizim görüşümüze göre Mahkeme, şiirsel şekli özünden yani ton ve içeriğinden daha önemli olarak görmüştür. Mahkeme'nin *sırça bir fanus* yaklaşımını benimsemekten kaçınması gerektiği kanaatindeyiz...” (Karakuş, 2001: 260) diyerek savunmuşlardır. Ayrıca yargıçlar, bu şiirin, herhangi başka bir şiirden farklı olduğunu “...metaforik olmasından öte, yazarın dili dolaysızdır ve anlamı kesin bir şekilde açıktır. Anlaşılabilir bir şekilde kültürel bir seçkin sınıfa özgü değildir. Aksine, itibari kıymeti anlamaya eğilimli halkın büyük bir bölümü tarafından ulaşılabilir...” (Karakuş, 2001: 261) diyerek temellendirmişlerdir. Yani yargıçlar, bu davaya kaynaklık eden şiirin, ifadenin şekli ölçütleri dâhilinde değerlendirilebileceği taraftarı değildirlere. Dolayısıyla yargıçlar, Mahkeme'nin iddia ettiği “edebi anlatımın sınırlı etki gücü” tezinin bu şiirdeki dolaysız ve açık anlatım nedeni ile geçerli olmadığı görüşündedirler; ki gerçekten de bu şiirdeki ifadeler ile Sürek (4) ve diğer davalardaki ifadeler, şiddet unsurları ve üslup açısından oldukça farklıdır.

SONUÇ

Bu çalışmada AIHS'nin 10. maddesi çerçevesinde bazı Güneydoğu Davaları incelenmiş ve bir uluslararası mahkemenin, ulusal bir mahkemeden çok daha farklı bir akli ve muhakeme yöntemi olabileceği söz konusu örnekler eşliğinde ele alınmıştır. Bağımsız bir ulusal mahkemenin “iyi işleyen” siyasal bir demokraside-olağanüstü dönemler dışında-AİHM'nin Zana Davası ile oluşturduğu, “kimliğin” ve “etki gücünün” önemli olduğu varsayımına dayanarak *ayrımcılık* yapması pek mümkün görünmemektedir. Ancak, ulusal sınırları aşan ve bireysel başvuru hakkını tanıyan bir sözleşme ile kurulan bir mahkemenin, her başvuranın iddiasını salt Sözleşme bağlamında ele almadığı-günümüz insan hakları gelişimi de göz önünde bulundurulduğunda-alamayacağı da incelenen davalar sonucunda görülen bir gerçektir. Bu farklılığın nedeni şu

şekilde açıklanabilir: AİHM, ulusal hukukların üzerine yapılandırıldıkları ulusal, etnik, sınıfsal vs. iç çatışmalardan-bu çatışmalar kendi varlık alanlarındaki çatışmalarla örtüşmediği ölçüde-görece *azade*, dolayısı ile daha *esnek* kararlar verebilmekte ve mevcut durumu daha “özgür” yorumlayabilmektedir. Böylece kişinin iktidar ile kurduğu ilişki, bu ilişki sırasında sahip olunan özgürlükler ve bu özgürlüklerin sınırları, yasa koyucunun ve ulusal yargı makamlarının bakış açılarından farklı yorum yöntemleri ve değerlendirme ölçütleri ışığında *tekrar* belirlenmekte ve düzenlenmektedir.

Hukukun, genel olarak toplumsal gelişmeler sonucunda belirlenen (ve daha sonra belirleme yetisine de sahip hale gelen) bir *ifade/dolayım* olduğu kabul edilirse, eski yasaların, yeni toplumsal gelişmelerin temeli yapılamayacağı iddia edilebilir; çünkü söz konusu yasalar, eski toplumsal koşulların “belirlenen”idirler. O halde değişen koşulların ve “egemen” yaklaşımların (*paradigma*), dönemin hukuk yorumunu şekillendirmesi doğaldır. Bunun Güneydoğu Davaları dışındaki en çarpıcı örneklerinden biri, Soğuk Savaş döneminde bir komünist parti kapatma davasının Mahkeme tarafından Sözleşme'nin “Hakların Kötüye Kullanılmasının Yasaklanması” başlıklı 17. maddesi üzerinden değerlendirilirken, Soğuk Savaş sonrası dönemde benzer bir parti kapatma davasının 10. madde üzerinden değerlendirilmesidir. Yani siyasi atmosferin hukukun yorumunu şekillendirmesi benzer nitelikli davaların farklı kararlarla sonuçlanmasına kaynaklık etmektedir.

İncelenen davalar sonunda görülmüştür ki, dönemin siyasi konjonktürü hemen her kararın değerlendirme bölümünde söz konusu edilmiştir. Ayrıca öznelerin dönem siyasi konjonktüründe “oynadıkları roller”e ilişkin değerlendirmeler de kararlara sinmiştir. İfadelerin sunuluş biçimleri de davaların incelenme süreçlerine etki etmişlerdir. Bu son ölçüt de dönemin konjonktürüne etkileri bağlamında Mahkeme tarafından ele alınmıştır; nitekim etki derecelerindeki ağırlık dolayısı ile edebi eserler için ayrıca bir içtihat *dahi* oluşmuştur.

Bu nedenle AİHM'nin-incelenen davalar eşliğinde-şiddet unsuru içeren ifadeler söz konusu olduğunda bir bağlam analizi eşliğinde karara vardığı, “şiddet unsuru içermek” olgusunu ifade özgürlüğü lehine ulusal hukuklardan daha geniş yorumladığı söylenebilir. Bu, insan haklarının ve pozitif hukuk metinlerindeki yansıması olan temel hak ve özgürlüklerin ulus aşırı güvenceler ile iktidarın yetkesinden gittikçe özerkleştiğinin bir göstergesidir; ki bu da “ifade”nin, özgürlük yolunda gerçekleştirdiği savaşımların noktasında önemli bir mihenk taşıdır.

Kaynakça

ERHAN, Çağrı & KÜRKÇÜOĞLU Ömer (2003), "Ortadoğu ile İlişkiler", ORAN, Baskın (ed.), *Türk Dış Politikası: Kurtuluş Savaşından Bugüne Olgular, Belgeler, Yorumlar* (İstanbul: İletişim Yayınları, C. II, 6. Baskı).

GÖZÜBÜYÜK, Şeref & GÖLCÜKLÜ, Feyyaz (2004), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi* (Ankara: Turhan Kitabevi yayınları, 11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 6. Basım).

KARAKUŞ, Hakan (2001), *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Karşılarında Türkiye*, (İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları).

SUNAY, Reyhan (2003), *Anayasa Mahkemesi Kararlarında İfade Hürriyeti* (Ankara: LTD Yayınları).

YOKUŞ, Sevtap (1996), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimine Etkisi* (İstanbul: Beta Yayınları).

İnternet Adresleri

<http://www.khrp.org/documents/turkish/legalreview2.doc>

Davalar için:

Zana/Türkiye Davası: (Başvuru no: 69/1996/688/880), 25 Kasım 1997.

<http://www.yargitay.gov.tr/aihm/tcyazana.html>

Süre(1)/Türkiye Davası: (Başvuru no: 26682/95), 8 Temmuz 1999.

<http://www.yargitay.gov.tr/aihm/tcyasurek.html>

Süre(3)/Türkiye Davası: (Başvuru no: 24735/94), 8 Temmuz 1999.

<http://www.yargitay.gov.tr/aihm/tcyasurek3.html>

Gerger/Türkiye Davası: (Başvuru no: 24919/94), 8 Temmuz 1999.

<http://www.yargitay.gov.tr/aihm/tcyagerger.html>

Süre(4)/Türkiye Davası: (Başvuru no: 24762/94), 8 Temmuz 1999.

<http://www.yargitay.gov.tr/aihm/tcyasurek4.html>

Karataş/Türkiye Davası: (Başvuru no: 23168/94), 8 Temmuz 1999.

<http://www.yargitay.gov.tr/aihm/tcyakaratas.html>

Sosyalist Parti Davası: [E. 1991/2, K. 1992/1, K.T. 10.7.1992, RG. 25.10.1992]

<http://www.anayasa.go.tr/eskisite/KARARLAR/SPK/K1992/K1992-01.htm>