

GERGER/Türkiye Davası*

(24919/94)

Strazburg

8 Temmuz 1999

USULİ İŞLEMLER

1. Dava, Sözleşme'nin 32 madde 1. fıkra ve 47. maddesinde öngörülen üç aylık süre içinde, 17 Mart 1998 Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ("Komisyon") tarafından Sözleşmenin eski 19. maddesi uyarınca Mahkememize sunulmuştur. Türk vatandaşı olan Sn. Haluk Gerger tarafından 22 Haziran 1994 tarihinde eski Madde 25 kapsamında Türkiye Cumhuriyeti aleyhine Komisyon'a sunulmuş olan başvuruya (No. 24919/94) ilişkindir.

Komisyon'un talebi, Sözleşmenin eski 44 ve 48 (a) Maddeleri ile eski Mahkeme A İçtüzüğü'nün 32. Madde 2. fıkrasına dayanmaktadır. Talebin amacı, davaya ilişkin esasların, davalı Devlet tarafından Sözleşme'nin 10. maddesi ve 6. Maddesi 1. fıkrası ve Madde 5, 1.fıkra ile birlikte ele alınan 14. maddesi kapsamındaki yükümlülüklerin ihlalini ortaya koyup koymadığına ilişkin bir kararın verilmesidir.

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

3. 11 no'lu Protokol yürürlüğe girmeden önce ortaya çıkabilecek, özellikle usule ilişkin hususları ele almak üzere kurulan Heyetin Başkanı sıfatıyla (Sözleşmenin eski 43. Maddesi ve eski 21. İçtüzük Maddesi) ve Sekreter aracılığıyla hareket eden Sn. Bernhardt, Türk hükümeti ("Hükümet") temsilcisi, başvuran avukatı ve Komisyon Delegeesi ile yargılama sürecinin organizasyonu konusunda temasa

geçmiştir (Eski 37. İktüzük Maddesi, 1 ve 38. fıkra). Bunun sonucunda gönderilen talebe ilişkin olarak Sekreter Hükümetin ve başvuranın görüşlerini sırasıyla 24 ve 25 Ağustos 1998 tarihlerinde almıştır. 29 Eylül tarihinde Hükümet görüşüne eklenecek evrakları göndermiştir.

4. 11. No'lu Protokol'ün 1 Kasım 1988 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra ve anılan Protokol'ün 5. Maddesi 5. fıkrası uyarınca, dava Büyük Daireye sunulmuştur. 22 Ekim 1998 tarihinde Sn. Wildhaber bu dava ve Karataş - Türkiye (başvuru No. 23168/94); Arslan - Türkiye (başvuru No. 23462/94); Polat - Türkiye (No. 23500/94); Ceylan - Türkiye (No. 23556/94), Okçuoğlu - Türkiye (No. 24146/94); Erdoğan ve İnce - Türkiye (No. 25067/94 ve

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

25068/94); Başkaya ve Okçuoğlu - Türkiye (No. 23536/94 ve 24408/94); Sürek ve Özdemir - Türkiye (No. 23927/94 ve 24277/94); Sürek - Türkiye, No. 1 (no. 26682/95), Sürek - Türkiye

No. 2 (No. 24122/94); Sürek - Türkiye No.3 (No. 24735/94) ve Sürek- Türkiye No. 4 (No. 24762) olmak üzere, Türkiye'ye karşı açılan on iki emsal davası için adaletin doğru şekilde uygulanmasına yönelik olarak tek bir Heyetin kurulmasına karar vermiştir.

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

19 Kasım 1998 tarihinde Sn. Wildhaber 28. İktüzük Maddesi, 4. Fıkrasına uygun olarak Ogür - Türkiye davasında alınan Heyet kararına ilişkin olarak davadan

çekilmesinden sonra Sn. Türmen'i oturumdan muaf tutmuştur. 16 Aralık 1998 tarihinde Hükümet Sn. F. Gölcüklü'nün *ad hoc* hakim olarak atandığını tebliğ etmiştir (29. İktüzük Maddesi, 1. fıkra).

Bunun sonucunda, davanın ileriki aşamalarında yer alamayacak olan Sn. Botoucharova'nın yerine Sn. K. Traja getirilmiştir (24. İktüzük Maddesi, 5 (b) fıkrası).

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

7. 1 Mart 1999 tarihinde Hükümet Sözleşme'nin 41. Maddesi altında başvuranın iddialarına yönelik görüşlerini bildirmiştir ve Sn. Gerger'in avukatı harcamalarına ilişkin belge delili sunmuştur.

8. Başkanın kararına uygun olarak duruşma halka açık olarak 1 Mart 1999 tarihinde Erdoğan ve İnce - Türkiye davası ile eş zamanlı olarak Strazburg'daki İnsan Hakları Mahkemesinde gerçekleştirilmiştir.

Mahkeme huzurunda hazır bulunanlar:

(a) *Hükümet adına*
Sn. D. TEZCAN

Sn. ÖZMEN

Ortak Ajanlar,

Sn. B. ÇALIŞKAN

Sn. G. AKYÜZ

Sn. A. GÜNYAKTI

Sn. F.POLAT

Sn. A.EMÜLER

Sn. I.BATMAZ KEREMOĞLU

Sn. B.YILDIZ

Danışmanlar

Sn. Y.ÖZBEK

- (b) *Komisyon adına*
Sn. D.ŠVÁBY *Delege*
- (c) *Başvuran adına*
Ankara Barosu'ndan Sn. *Avukat*
E.SANSAL

Mahkeme, üyelerinden biri tarafından sunulan soruya ilişkin olarak Sn. Šváby, Sn. Sansal, Sn. Tezcan ve Sn. Özmen'in beyanlarını dinlemiştir.

DAVA ESASLARI

I. DAVA KONUSU OLAYLAR

9. Sn. Haluk Gerger 1950 doğumlu olup Türk uyrukludur. Ankara'da yaşamaktadır ve gazeteci olarak çalışmaktadır.

10. 23 Mayıs 1993 tarihinde Ankara'da Deniz Gezmiş ve iki arkadaşı Yusuf Aslan ve Hüseyin İnan adına bir anma töreni düzenlenmiştir. Anılan kişiler 1960'ların sonunda üniversite öğrencileri arasında uç sol kanat hareketi başlatmışlardır. Şiddet yoluyla anayasal düzene zarar vermeyi amaçlamak suçuyla idam cezasına çarptırılmışlar ve Mayıs 1972 tarihinde idam edilmişlerdir.

Başvuran törende konuşma yapmak üzere davet edilmiş ancak törene katılamamış ve halka okunması için organizasyon komitesine aşağıdaki mesajı göndermiştir:

“Sevgili dostlar,

Hastalığımdan dolayı sizinle birlikte olamasam dahi sizi selamlama ve devrimci mücadelemizde sizinle birlikte olduğumu belirtme fırsatını kaçırmak istemedim.

Türkiye Cumhuriyeti işçi ve Kürt haklarının inkarına 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. Kurulu düzenin yapısal krizi derinleştikçe, yönetici sınıflar kendi tutkularını sonuçlandırmak için emperyalizmden ve militarizmden daha fazla yararlanmışlardır.

Ülkenin siyasi ve sosyal topraklarını verimsiz bir çoraklığa mahkum eden ve kitlelerin herhangi bir direnişini kırmak ya da herhangi bir isyanını bastırmak için toplumun boynuna bir bağımlılık zinciri dolayan ve ezici bir tek tiplilik uygulayan yöneticiler uzun yıllar halkımızı derin bir sessiz karanlıkta tutmayı başarmışlardır.

Ancak, 1960'lardaki yeniden canlanma, dinamik sosyal tabakalar tarafından düzenlenen eylem işçiler, entelijans ve gençler gibi ülkenin siyasi hayatından hariç tutulmuştur ve son olarak, 1970'lerin başındaki devrimci demokratik direniş hareketi ulus tarihinin biçiminin değiştirilmesine yardım etmiştir ve bunların derin etkileri bugün bile hala hissedilmektedir.

İşçilerin yorgun çorak yüreklerinde kızıl bir umut doğmaktadır. Ezilenlerin uzun bozgun tarihinde bir efsane doğmaktadır.

Bundan sonra, hiçbir şey ve hiç kimse aynı olmayacak!

Kurulu düzenin uzun süredir var olan krizi karşısında, o zamanlar toplum bilincine, çalışkan kitlelerin ortak hafızasına, genç ve entelektüellerin hafızasına ve işçilerin bilincine yerleşmiş olan bağımsızlık ve özgürlük arayışı toplum için bir sığınak oluşturmuştur. Yöneticilerin kabusu olan ve o kahraman yılların isyan ve direniş ruhu yirmi yılı aşkın süredir ülke ile birlikteydi. O zaman yukarı çekilen ve zorunlu kapitalist sistemi değiştirebilecek tek sistemin temsilcisi olan sosyalist bayrak halen dalgalanmaktadır. *O günlerde ekilen Kürt halkının özgürlük tohumlarından Kürdistan dağlarındaki gerilla savaşı doğmuştur.*

O yıllarda hızla ilerleyen sulardan doğan nehirler, akıntılar, seller ve şelaleler olan bize gelince, şimdi sınıfımız, halkımız ve demokrasiden oluşan ovalardan sınıfsız bir toplumun özgürlük okyanusunda insanoğlunun son özgürlüğüne kavuşmasına doğru akıyoruz. Pek çok Deniz gibi (ismi Türkçe'de "Deniz" anlamına gelen Deniz Gezmiş'e gönderme yapılmaktadır) özgürlük denizlerine doğru ilerliyoruz.

Bugün, Özgürlük Okyanusu önünde, direniş dayanışmamız ve birliğimizden oluşan bu verimli alüvyonlar üzerinde, harika bir şölene davet edilenleri selamlıyoruz.

Selam, dostlar!

“Birçok Deniz gibi, Geleceğe doğru” ilerleyenlere selam!

Selam sana,

Deniz gülü, Yusuf gülü, Hüseyin gülü...

Tüm kan çiçekleri ile birlikte

Karşıyaka'nın üç gülü

Kalbimin dalına dikili

Karşıyaka'nın üç gülü

Gözyaşımın pınarına dikili”

11. 6 Ağustos 1993 tarihinde, Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Savcısı (“Devlet Güvenlik Mahkemesi”) başvuranı Türk ulusunun birliğine ve Devletin toprak bütünlüğü aleyhine propaganda yapmakla suçlamıştır. Terörle Mücadele Kanunu'nun (3713 sayılı kanun- aşağıdaki paragraf 19'a bakınız) 8 (1) maddesinin uygulanmasını talep etmek için anma töreninde okunduğu zaman kaydedilen Sn. Gerger'in konuşmasından bölümler sunmuştur (bu bölümler yukarıdaki paragraf 10'da italik harflerle belirtilmiştir).

12. Sn. Gerger biri askeri hakim olmak üzere üç hakimden oluşan Devlet Güvenlik Mahkemesi huzurunda suçsuz olduğunu savunmuştur. Mesajı kaleme aldığı konusunda ihtilafta bulunmamış ancak hiçbir zaman bölücülük niyeti taşımadığını ileri sürmüştür.

13. 9 Aralık 1993 tarihinde Devlet Güvenlik Mahkemesi başvuranı 3713 sayılı kanunun 8(1) Maddesi uyarınca suçlu bulmuş ve bir yıl, sekiz aylık hapis cezasına ve 208.333.333 Türk Lirası (TRL) tutarında para cezasına çarptırmıştır.

Karar askeri hakimın muhalefeti ile ikiye karşı bir oyla kabul edilmiştir. Muhalif şerhinde askeri hakim 3713 sayılı kanunun 8(1) maddesi uyarınca bölücü propaganda yapma suçunun gerçekleştirilmediği ancak suç işlemeye yönelik non-public bir teşviğin olduğu ve sonuç olarak Ceza Kanununun 312. maddesinin 2. fıkrasının uygulanması gerektiği yönünde görüş bildirmiştir.

Kurulun diğer iki üyesi “O günlerde ekilen Kürt halkının özgürlük tohumlarından Kürdistan dağlarındaki gerilla savaşı doğmuştur... O yıllarda hızla ilerleyen sulardan doğan nehirler, akıntılar, seller ve şelaleler olan bize gelince, şimdi sınıfımız, halkımız ve demokrasiden oluşan ovalardan..... akıyoruz...” (bkz. Yukarıdaki 10. paragraf) gibi bölümlerin Türk ulusunun birliği ve Devletin toprak bütünlüğü aleyhine bölücü propaganda teşkil ettiğini belirtmiştir. Anılanların görüşlerine göre, başvuranın mahkumiyeti “metni söz konusu olmayan” mesajın bütün olarak ele alınması ile haklı çıkarılmaktadır.

14. 22 Nisan 1994 tarihinde Yargıtay başvuran'ın temyiz başvurusunu ret etmiştir.

15. 23 Eylül 1995 tarihinde, başvuran hapis cezasını tamamlamıştır. Ancak, uygulanan para cezasını ödemediğinden dolayı, her bir 10.000 TL tutarı için bir günlük ek hapis cezasını yerine getirmesi gereken başvuran Cezanın İcrasına İlişkin Kanununun 5. maddesi uyarınca (647 sayılı kanun) tutukluluk süresi devam etmiştir (bkz. Aşağıdaki 21. paragraf).

26 Ekim 1995 tarihinde Sn. Gerger para cezası bakiyesini ödemiş ve serbest bırakılmıştır.

16. 30 Ekim 1995 tarihinde, 27 Ekim 1995 tarih ve 4126 sayılı kanun yürürlüğe girmiştir. Bu kanun 3713 sayılı kanunun 8. maddesi uyarınca uygulanabilecek hapis cezası sürelerini azaltırken para cezalarını artırmıştır (bkz. Aşağıdaki 19. paragraf). 2. maddeye ilişkin geçiş hükmünde, 4126 sayılı kanun 3713 sayılı kanunun 8. maddesi uyarınca uygulanan cezaların otomatik olarak gözden geçirileceği hükmünü getirmiştir (bkz. Yukarıdaki 20. paragraf).

17. Sonuç olarak, Devlet Güvenlik Mahkemesi başvuranın davasını dava esaslarına dayalı olarak yeniden incelemiştir. 17 Kasım 1995 tarihli kararında, mahkeme 84.833.333 TL tutarında ek para cezasına çarptırmıştır ancak ödeme tecil edilmiştir. Karar 15 Mart 1996 tarihinde kesinleşmiştir.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMALARI

A. Ceza Kanunu

1. Ceza Kanunu

18. Ceza Kanununun 312. Maddesi şu şekildedir:

“Kanunun cürüm saydığı bir fiili açıkça öven veya iyi gördüğünü söyleyen veya halkı kanuna itaatsizliğe tahrik eden kimse altı aydan iki yıla kadar hapis ve altmış bin liradan otuz bin liraya kadar ağır para cezasına mahkum olur.

Halkı; sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik eden kimse bir yıldan üç yıla kadar hapis ve dokuz bin liradan altmış iki bin liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Bu tahrik umumun emniyeti için tehlikeli olabilecek bir şekilde yapıldığı takdirde faile verilecek ceza üçte birden yarıya kadar artırılır.

Yukarıdaki fıkralarda yazılı suçları 311 nci maddenin ikinci fıkrasında sayılan vasıtalarla işleyenlere verilecek cezalar bir misli artırılır.”

2. Terörle Mücadele Kanunu (3713 sayılı kanun)

19. 3713 sayılı ve 12 Nisan 1991 tarihli Terörle Mücadele kanunu 30 Ekim 1995 tarihinde yürürlüğe giren 27 Ekim 1995 tarih ve 4126 sayılı kanun ile değişiktir. 8. ve 13. Maddeler şu şekildedir:

Eski 8. Madde, 1.fıkra

“Türkiye Cumhuriyeti Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü

bozmayı hedef alan yazılı ve sözlü propaganda ile toplantı, gösteri ve yürüyüş kullanılan yöntem ve niyet dikkate alınmaksızın yapılamaz. Yapanlar hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis ve elli milyon liradan yüz milyon liraya kadar ağır para cezası hükmolunur. Bu suçun mükerreren işlenmesi halinde, verilecek cezalar paraya çevrilemez.”

Yeni 8. Madde, 1. fıkra

“Türkiye Cumhuriyeti Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı hedef alan yazılı ve sözlü propaganda ile toplantı, gösteri ve yürüyüş yapılamaz. Yapanlar hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yüz milyon liradan üç yüz milyon liraya kadar ağır para cezası hükmolunur. Bu suçun mükerreren işlenmesi halinde, verilecek cezalar paraya çevrilemez.”

Madde 17

“Bu Kanun kapsamına giren suçlardan mahkum olanlardan... diğer şahsi hürriyeti bağlayıcı cezalara mahkum edilmiş olanlar hükümlülük süresinin 3/4'ünü çekmiş olup da iyi halli hükümlü niteliğinde buldukları takdirde talepleri olmaksızın şartla salıverilirler.

....

Bu hükümlüler hakkında,647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanununun 19 uncu maddesinin bir ve ikinci fıkraları ile Ek 2 nci maddesi hükümleri uygulanmaz.”

3. 3713 sayılı Kanunu değiştiren 27 Ekim 1995 tarih ve 4126 sayılı Kanun

20. 27 Ekim 1995 tarihli Kanun bu kanunun 3713 sayılı kanunun 8. maddesinin ceza hükümlerine yaptığı değişiklikler için geçerli olan “2. maddeye ilişkin geçici hüküm” içermektedir. Bu geçici hüküm şu şekildedir:

“Mevcut kanunun yürürlüğe girmesini takip eden ay içinde, kararı veren mahkeme Terörle Mücadele kanununun 8. maddesi uyarınca (3713 sayılı kanun) ve 3713 sayılı Kanununun 8. Maddesine yapılan değişikliğe uygun olarak mahkum edilen kişinin davasını yeniden inceleyecek, kişiye uygulanan hapis cezası süresini yeniden ele alacak ve kişinin 13 Temmuz 1965 tarihli ve 647 sayılı kanunun 4 ve 6. maddelerinden faydalanıp faydalanamayacağına dair bir karara varacaktır.”

4. Cezanın İnfazına İlişkin Kanun (13 Temmuz 1965 tarih ve 647 sayılı kanun)

21. 647 sayılı kanun aşağıda belirtilen hükümler ile para cezalarının tahsili ve talep olmasa dahi şahsi şartla salınmaya ilişkin kuralları öngörmektedir.

Madde 5

“Para cezası kanunda yazılı hadler arasında tayin olunacak bir miktar paranın Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir...”

Hükümlü, tebliğ olunan ödeme emri üzerine belli süre içerisinde para cezasını ödemezse, Cumhuriyet Savcısının kararıyla bir gün on bin lira sayılmak üzere hapsedilir...

Para cezası yerine çektirilen hapis cezası 3 yılı geçemez...”

Madde 19(1)

“...diğer şahsi hürriyeti bağlayıcı cezalara mahkum edilmiş olanlar hükümlülük süresinin 1/2'ni; çekmiş olup da Tüzüğe göre iyi halli hükümlü niteliğinde buldukları takdirde, talepleri olmasa dahi şahsi şartla salıverilirler.”

5. Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu

22. Asliye kararları aleyhine kanun açısından temyiz ile ilgili kabul edilebilir gerekçelerle ilişkin Ceza Muhakemeleri Usul Kanununun ilgili hükümleri şu şekildedir:

Madde 307

“Temyiz ancak hükmün kanuna muhalif olması sebebine müstenit olur. Hukuki bir kaidenin tatbik edilmemesi yahut yanlış tatbik edilmesi kanuna muhalefettir.”

Madde 308

“Aşağıda yazılı hallerde kanuna mutlaka muhalefet edilmiş sayılır:

1- 1- Mahkemenin kanun dairesinde teşekkül etmemiş olması,

2 - Hakimlik vazifesine iştirakten kanunen memnu olan bir hakimin hükme iştirak etmesi,

....”

B. İçtihat

23. Hükümet, İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesine bağlı cumhuriyet savcısı tarafından özellikle dini gerekçelerle halkı kin ve düşmanlığa teşvik etmekten (Ceza Kanununun 312. maddesi, bkz. yukarıdaki 19. paragraf) sanık şahısların aleyhine suçlamaların geri çekilmesine ve Devletin bölünmez bütünlüğü aleyhine propaganda yapmaktan sanık (3713 no’lu Kanununun 8. Bölümü- yukarıdaki 19. paragrafa bakınız) şahısın aleyhine suçlamaların geri çekilmesine ilişkin diğer birkaç kararın bazı suretlerini temin etmiştir. Suçların neşir yoluyla işlendiği davaların çoğunluğunda, Cumhuriyet Savcısının kararına yönelik sebeplerin takibatların zaman aşımına uğraması, suç teşkil eden unsurlardan bazılarının tespit edilememesi ya da yetersiz delil olması gibi hususları içermektedir.

Ayrıca, Hükümet yukarıda belirtilen suçlardan sanık davalıların suçlu bulunmadığı içtihatlarda Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından verilen birkaç kararı sunmuştur. Bunlar 19 Kasım (No. 1996/428) ve 27 Aralık 1996 (No. 1996/519), 6 Mart (No.1997/33), 3 Haziran (No.1997/102), 17 Ekim (No. 1997/527), 24 Ekim (No. 1997/541) ve 23 Aralık 1997 (No. 1997/606); 21 Ocak (No. 1998/8), 3 Şubat (No.1998/14), 19 Mart (No. 1998/56), 21 Nisan 1998 (No. 1998/87) ve 17 Haziran 1998 (No.1998/133) tarihli kararlardır.

Kürt sorunu ile ilgili eserlerin yazarları aleyhine olan takibatlar açısından, bu davalarda Devlet Güvenlik Mahkemeleri suç teşkil eden unsurlardan biri olan

“propaganda”nın yapılmadığı gerekçesine dayanarak ya da kullanılan kelimelerin tarafsız özelliklerini dikkate alarak bu kararları vermişlerdir.

C. Devlet Güvenlik Mahkemeleri

24. Devlet Güvenlik Mahkemeleri 1961 Anayasası'nın 136. Maddesine uygun olarak 11 Temmuz 1973 tarih ve 1773 sayılı Kanun ile oluşturulmuştur. Bu kanun 15 Haziran 1976 tarihinde Anayasa Mahkemesi tarafından yürürlükten kaldırılmıştır. Söz konusu mahkemeler daha sonra 1982 Anayasası ile Türk yargı sistemine yeniden dahil edilmiştir. Gerekçenin ilgili bölümü aşağıdaki metni içermektedir:

“İşlendiği zaman uygun kararın verilebilmesi için özel bir yargı gerektiren ve Devletin mevcudiyeti ve istikrarını etkileyen eylemler olabilir. Bu tür davalar için Devlet Güvenlik Mahkemelerinin kurulması gereklidir. Anayasamızın doğasında bulunan ilkeye uygun şekilde, işlendikten sonra belli bir eyleme ilişkin karar verilmesi amacıyla özel bir mahkemenin kurulması yasaklanmıştır. Bu sebeple Devlet Güvenlik Mahkemeleri yukarıda belirtilen suçları içeren davaları yargılamak için Anayasamızda Devlet Güvenlik Mahkemeleri kurulmuştur. Yetkilerini belirleyen özek hükümlerin önceden yürürlüğe sokulduğu ve herhangi bir suç işlenmeden mahkemelerin kurulduğu göz önünde bulundurularak..., anılan türden suçlar işlendikten sonra bu suçların ele alınması için kurulmuş olan mahkemeler olarak tanımlanamazlar.”

Devlet Güvenlik Mahkemesinin yapısı ve işlevi aşağıdaki kurallara tabidir.

1. Anayasa

25. Yargı organlarına ilişkin anayasal hükümler şu şekildedir:

138.Madde, 1 ve 2. fıkra

“Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler.

Hiçbir organ, makam,veya..... kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında

mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.”

139. Madde, 1. fıkra

“Hakimler... azlolunamazlar, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayıramaz...”

143. Madde, 1-5. Fıkraları

“Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü, hür demokratik düzen ve nitelikleri Anayasada belirtilen Cumhuriyet aleyhine islenen ve doğrudan doğruya devletin iç ve dış güvenliğini etkileyen suçlara bakmak üzere Devlet Güvenlik Mahkemeleri kurulacaktır.

Devlet Güvenlik Mahkemesinde bir başkan, iki asil ve iki yedek üye ile savcı ve yeteri kadar savcı yardımcısı bulunur.

Başkan, bir asil ve bir yedek üye ile savcı, birinci sınıfa ayrılmış hakim ve Cumhuriyet savcıları arasından; bir asil ve bir yedek üye, birinci sınıf askeri hakimler arasından; savcı yardımcısı ise Cumhuriyet savcıları ve askeri hakimler arasından özel kanunlarında gösterilen usule göre atanır.

Devlet Güvenlik Mahkemesi Başkanı, üye ve yedek üyeleriyle savcı ve savcı yardımcısı dört yıl için atanırlar, süresi bitenler yeniden atanabilirler.

Devlet Güvenlik Mahkemeleri kararlarının temyiz mercii Yargıtay’dır.

...”

145. Madde, 4. Fıkra

“Askeri yargı

Askeri hakimlerin özlük işleri ve yükümlülükleri ... mahkemelerin bağımsızlığı, hakimlik teminatı, askerlik hizmetinin gereklerine göre kanunla düzenlenir. Kanun, ayrıca askeri hakimlerin yargı hizmeti dışındaki askeri hizmetler yönünden askeri hizmetlerin gereklerine göre teşkilatında görevli buldukları komutanlık ile olan ilişkilerini de gösterir...”

2. Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkındaki 2845 Sayılı Kanun

26. Anayasa’nın 143. Maddesine dayalı olarak, 2845 Sayılı Kanunun Devlet Güvenlik Mahkemeleri ile ilgili hükümleri şu şekildedir:

1. Madde

“Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü, hür demokratik düzen ve nitelikleri Anayasada belirtilen Cumhuriyet aleyhine işlenen ve doğrudan doğruya Devletin iç ve dış güvenliğini ilgilendiren suçlara ilişkin davalara bakmak üzere ... il merkezlerinde, bu illerin adlarıyla anılan Devlet Güvenlik mahkemeleri kurulmuştur.”

3. Madde

“Devlet güvenlik mahkemeleri, bir başkan ile iki üyeden oluşur ve ayrıca iki yedek üye bulunur.”

5. Madde

“Devlet güvenlik mahkemesinin başkan ve bir asıl bir yedek üyesi ... adli yargı hakimler arasından; bir asıl bir yedek üyesi birinci sınıfa ayrılmış askeri hakimler arasından ... tanır.”

6. Madde, (2), (3) ve (6) Fıkraları

“Askeri hakimler arasından üye,yedek üye ve Cumhuriyet savcı yardımcılarının atanmaları, Askeri Hakimler Kanununda gösterilen usule göre yapılır.

Bu Kanun ve diğer kanunlardaki istisnalar saklı olmak üzere Devlet Güvenlik Mahkemeleri başkan, üye ve yedek üyeleri ... muvafakatları alınmadıkça dört yıldan önce başka bir yere veya göreve atanamazlar.

Devlet güvenlik mahkemelerinde görevli başkan, üye, yedek üye, Cumhuriyet savcısı ve Cumhuriyet savcı yardımcılarını hakkında kendi kanunlarına göre yapılacak soruşturma sonunda görev yerlerinin değiştirilmesine dair yetkili kurul veya mercilerce karar verildiği takdirde, ilgili hakiminin ... görev yeri veya görevi, özel kanunlarında gösterilen usule göre değiştirilebilir.”

9. Madde, (1). Fıkrası

“Devlet Güvenlik Mahkemeleri aşağıdaki suçlarla ilgili davalara bakmakla görevlidir.

...

(d) Anayasanın 120'nci maddesi gereğince Olağanüstü Hal İlan Edilen Bölgelerde, Olağanüstü Halin ilanına neden olan olaylara ilişkin suçlar.

(e) “Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü, hür demokratik düzen ve nitelikleri Anayasada belirtilen Cumhuriyet aleyhine işlenen ve doğrudan doğruya devletin iç ve dış güvenliğini etkileyen suçlar.

...”

27. Madde, 1. Fıkra

“Devlet güvenlik mahkemesi kararlarının temyiz mercii Yargıtay’dır.”

34. Madde, 1. ve 2. Fıkra

“Devlet güvenlik mahkemelerinde göreve atanan askeri hakimlerin ... özlük işlerinde, denetimlerinde, haklarında disiplin soruşturması açılması ve disiplin cezası verilmesinde, şahsi ve görevle ilgili suçlarının soruşturma ve kovuşturulmasında bu ... kendi mesleklerine ait kanunların ilgili hükümleri uygulanır. ...

Askeri yargıya mensup hakimler hakkında verilecek Yargıtay notları ve adalet müfettişlerince ... yapılacak soruşturmalara ilişkin evrak Adalet Bakanlığına gönderilir.”

38. Madde

“Devlet güvenlik mahkemesinin yargı çevresinin tamamını veya bir kısmını kapsayacak şekilde sıkıyönetim ilan edilmesi halinde o yargı çevresinde birden fazla Devlet güvenlik mahkemesi olmak kaydıyla, Devlet güvenlik mahkemesi aşağıdaki esaslara göre sıkıyönetim askeri mahkemesine dönüştürülebilir...”

3. Askeri Hakimler Kanunu (357 Sayılı Kanun)

27. Askeri Hakimler Kanununun ilgili hükümleri aşağıda şekildedir:

Ek Madde 7

“Devlet güvenlik mahkemesi üyeliği veya yedek üyeliği ... görevlerine atanan askeri hakim subayların rütbe terfii, rütbe kıdemliliği, kademe ilerlemesi yapmalarını sağlayacak yeterlikleri, bu Kanunun ve 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununun hükümleri saklı kalmak şartı ile, aşağıda belirtilen şekilde düzenlenecek sicillerle saptanır.

(a) Birinci sınıfa ayrılmış üye ve yedek üye askeri hakimlere subay sicil belgesi düzenlemeye ve sicil vermeye yetkili birinci sicil amiri Milli Savunma Bakanlığı Müsteşarı, ikinci sicil amiri Milli Savunma Bakanıdır.”

...”

Ek Madde 8

“Devlet güvenlik mahkemelerinin askeri yargıya mensup; mahkeme üyeleri ..., Genelkurmay Personel Başkanı, Adli Müşaviri ile atanacakların mensup olduğu Kuvvet Komutanlığının personel başkanı ile adli müşaviri ve Milli Savunma Bakanlığı Askeri Adalet İşleri Başkanından oluşan Kurul tarafından seçilir ve usulüne uygun olarak atanırlar...”

16. Madde, 1. ve 3. Fıkra

“Askeri hakimlerin ... atanmaları bu kanun hükümleri saklı kalmak şartıyla Silahlı Kuvvetler mensuplarının nakil ve tayinleri hakkındaki hükümler esas alınarak Milli Savunma Bakanı ve Başbakanın müşterek kararnamesi ile Cumhurbaşkanının onayına sunulur ve Resmi Gazete ile yayınlanır.”

“Askeri hakimlik kadrolarına yapılacak atamalarda ... Askeri Yargıtay notları, müfettiş raporları ve idari üstlerce düzenlenen siciller göz önünde tutularak işlem yapılır.”

18. Madde, 1. Fıkra

“Askeri hakimler ... maaş dereceleri, maaş yükselmeleri ve diğer özlük hakları subaylar hakkındaki kanun hükümlerine tabidir.”

29. Madde

“Askeri Hakim subaylar hakkında Milli Savunma Bakanı tarafından, savunmaları aldırılarak, aşağıda açıklanan disiplin cezaları verilebilir:

A) Uyarma: Görevde daha dikkatli olması gerektiğinin yazı ile bildirilmesidir.

B) Kınama: Belli bir eylem veya davranışın kusurlu sayıldığıının yazı ile bildirilmesidir.

Bu cezalar kesin olup, ilgilinin kuvvet komutanlığındaki dosyası ile kıta şahsi dosyasına konur, siciline işlenir.”

38. Madde

“Askeri hakimler ... görevlerini yaparlarken eşiti adliye hakimlerinin ve savcılarının özel kıyafetini taşırlar...”

4. Askeri Ceza Kanunu

28. 22 Mayıs 1930 tarihli Askeri Ceza Kanununun 112. Maddesi aşağıdaki hükümleri öngörmektedir:

“Memuriyetinin nüfuzunu suiistimal ile askeri mahkemeler üzerinde tesir yapanlar beş seneye kadar hapsolunur.”

5. 4 Temmuz 1972 tarih ve 1602 Sayılı Yüksek Askeri İdari Mahkemesi Kanunu

29. 1602 sayılı kanununun 22. Maddesi kapsamında Askeri Yargıtay’ın Birinci Dairesi adli kararlara ilişkin başvurular ve başta mesleki terfi olmak üzere subayların kişisel durumu ile ilgili ihtilaflara dayalı zarar taleplerini inceleme yetkisine sahiptir.

KOMİSYON HUZURUNDA YAPILAN TAKİBAT

30. Sn. 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, mahkumiyetinin Sözleşme’nin 9. ve 10. Maddelerinin ihlalini teşkil ettiğini belirtmiştir. Sözleşme’nin 6. Maddesinin 1. Fıkrası uyarınca bağımsız ve tarafsız bir mahkeme olarak kabul edilemeyeceğinden Devlet Güvenlik Mahkemesinde adil bir yargı olduğunu ret ettiğini belirtmiştir. Son olarak, 5. Madde 1. Fıkra ve 6. Madde 1. Fıkra ile birlikte ele alınan 14. Maddeye aykırı olarak kendisine ayrımcılık yapıldığını ve 3713 sayılı kanundaki talep olmasa dahi şartlı serbest bırakılma koşullarının genel kanundakilere kıyasla daha katı olduğunu belirtmiştir.

31. Komisyon başvuruyu 14 Ekim 1996 tarihinde kabul etmiştir (24919/94 sayılı). 11 Aralık 1997 tarihli raporunda (Sözleşme’nin eski 31. Maddesi):

(i) Sözleşme’nin 9. Madde ile birlikte müştereken ele alınan 10. Maddesinin ihlal edildiği (30’a karşı 2 oyla);

(ii) Madde 6, 1. Fıkra ilgili olmaksızın Madde 5, 1. Fıkra ile birlikte ele alınan Sözleşme’nin 14. Maddesinin ihlal edildiği (oy birliği ile);

(iii) Başvuran'ın davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından görülmemesinden dolayı 14. Madde'nin ihlal edildiği ve buna uygun olarak, Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin kararında yetersiz gerekçeler bulunduğuna ilişkin şikayetin ayrı olarak ele alınmasının gerekmediği (31'e karşı 1 oyla) yönünde görüş bildirmiştir;

Komisyon görüşünün ve raporda bulunan kısmi muhalefet şerhinin tam metni bu kararın ekinde sunulmuştur.

MAHKEMEYE YAPILAN NİHAİ SUNUMLAR

32. Görüşlerinde ve duruşmada Hükümet Mahkemeden Sözleşme'nin 6. maddesinin 1.Fıkrası ile 9, 10 veya 14. Maddelerin ihlal edilmediği gerekçesine dayanarak başvuranın başvurusunun reddini talep etmiştir.

33. Komisyon'un 11 Aralık 1997 tarihli raporuna dayanarak, Sn. Gerger Mahkemeden Sözleşme'nin 6. Maddesinin 1. Fıkrası ile 9 ve 10. Maddelerinin ve 5. Madde 1. Fıkra ile birlikte ele alınan 14. Maddenin ihlalin kabulünü ve buna bağlı olarak başvuranın aynı suçtan iki kere mahkum edildiğinin kabulünü talep etmiş. Aynı zamanda başvuran 41. Madde uyarınca adil tazmin talebinde bulunmuştur.

HUKUK AÇISINDAN

I. SÖZLEŞME'NİN 9. VE 10. MADDELERİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

34. Sn. Gerger başvurusunda Terörle Mücadele Kanununun (3713 sayılı kanun) 8. bölümü uyarınca mahkumiyetinin Sözleşme'nin 9. ve 10. Maddesini ihlal ettiğini bildirmiştir.

Ancak, Mahkeme Hükümet ve Komisyon tarafından önerilen şekilde bu şikayetin sadece 10. Madde açısından ele alınmasına yönelik ele alınması gerektiği yönünde görüş bildirmiştir. (bkz., 9 Haziran 1998 tarihli İncal- Türkiye kararı, *Karar ve Hükümler Raporu*, 1998-I, sayfa..., 60. fıkra). 10. Madde şu şekildedir:

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

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

A. Müdahalenin Mevcudiyeti

35. Mahkeme huzurunda bulunanlar, 23 Mayıs 1993 tarihindeki törende mesajın okunmasını takiben başvuranın mahkumiyetinin (bkz. Yukarıdaki 10. paragraf) ifade özgürlüğü hakkının kullanılmasına müdahale teşkil ettiği konusunda mutabakata varmışlardır. Bu tür bir müdahale Madde 10'un ikinci paragrafın gereklerini yerine getirmediği sürece Madde 10'u ihlal etmektedir. Bu sebepten dolayı Mahkeme “kanun tarafından öngörülen şekilde” anılan paragrafta belirtilen bir ya da daha fazla meşru amaca yönelik olup olmadığını ve ilgili amaçların gerçekleştirilmesi için “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığını tespit etmesi gerekmektedir.

B. Müdahalenin Haklı Sebebe Dayanması

1. “Kanunlar Tarafından Öngörülme”

36. Başvuran Terörle Mücadele Kanununun 8. Maddesinde belirtilen

şekilde (3713 sayılı kanun) Devlet'in bölünmezliği ilkesinin bu hüküm altında mahkumiyetini öngörülemez kılacak şekilde belirsiz olduğunu belirtmiştir.

37. Hükümet bu sunuma itiraz etmiştir.

38. Bu davada, Mahkeme maddenin “kanun” olgusunun özünde bulunan öngörülebilirlik gereklerini karşıladığını temel alarak, davayı incelemeye yönelik Komisyon'un yaklaşımını kabul etme niyetindedir.

2. Meşru Amaç

39. Başvuran, mahkumiyetinin 10. Maddenin ikinci paragrafı uyarınca meşru olan amaçların hiçbirine uymadığını iddia etmiştir.

40. Komisyon müdahalenin “ulusal güvenliği” koruma ve “kamu asayişsizliğini” engellemeye yönelik olduğunu kabul etmiştir.

41. Hükümet “toprak bütünlüğünün” ve ulusal birliğin korunmasının da amaçlandığını belirtmiştir.

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

3. “Demokratik Toplum için Zaruret”

(a) Mahkeme huzurunda bulunanların iddiaları

(i) Başvuran

43. Başvuran mesajında ifade edilen görüşleri terörist bir suçla bağlayarak ve kendisini mahkum ederek Devlet Güvenlik Mahkemesinin Kürt sorununa ve resmi ideolojinin eleştirilmesine ilişkin özgür tartışmaları kısıtladığını belirtmiştir. Ayrıca, Devlet Güvenlik Mahkemesi kararında mesajın şiddete teşvik ettiğini ya da başvuranın görüşlerinin “Devletin bölünmezliğini” tehdit edebileceğinin tespit edilmesinde dayandığı nesnel kriterleri kararında belirtmemiştir. Son olarak başvuran 3713 sayılı kanuna 4126 sayılı kanun ile yapılan değişiklikleri takiben aynı suçtan iki kez mahkum edildiğinden şikayetçi olmuştur.

(ii) Hükümet

44. Hükümet 23 Mayıs 1993 tarihindeki törenin 1960’ların sonundaki terör eylemlerine katılan insanların anısına gerçekleştirildiğini vurgulamıştır. Kürt kökenli vatandaşları Türk Devletine karşı silahlı mücadeleye teşvik ettiği, bölücü şiddeti desteklediği ve Kürt bağımsızlık hareketini övdüğü belirtilen başvuranın mesajından alıntılar sunmuşlardır. Mesaj sadece durumun analizi ya da Türk yetkililerin eleştirilmesini değil Kürt terörizmi ile PKK faaliyetlerinin teşvik edilmesini içermektedir.

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

Son olarak, mesaj Körfez Savaşı ile Irak sınırında yaratılan düzensizlikten faydalanarak PKK’nın Güneydoğu Türkiye’deki operasyonlarını artırdığı bir dönemde okunduğundan Hükümet başvuranın mahkumiyetinin hiçbir şekilde öngörülen amaçlarla orantısız olmadığını belirtmiştir.

(iii) Komisyon

45. Komisyon da benzer şekilde hassas siyasi konularda alenen fikir bildiren insanlar tarafından “yasadışı siyasi şiddeti” mazur gösterilmemesini önemli kılan 10. maddenin “görev ve sorumlulukları”na katılmaktadır. İfade özgürlüğü örneğinin durumunun altında yatan sebepleri inceleme ya da olası çözümlere ilişkin fikir bildirme açısından Türkiye’nin karşı karşıya kaldığı zor sorunlara benzer sorunların aleni tartışmalarına katılma hakkını içermektedir.

Komisyon başvuranın mesajında Türk Devleti’ni Kürtlerin ana haklarını inkar etmekle suçladığını; başvuranın Türkiye’ye yönelik eleştirilerinde sağlam gerekçelere sahip olduğunu ve Kürtlerin özgürlüğünü ima ettiğini belirtmiştir. Bu durumun başvurana uygulanan cezaları haklı göstermek için yeterli olmadığını belirtmiştir. Özellikle mesajın Kürdistan dağlarındaki gerilladan söz etmesine karşın, diğerlerini şiddet içeren eyleme teşvik etmeden “gerçeklere dayanan bir unsur” olduğunu belirtmiştir. Buna dayanarak, başvuranın mahkumiyeti Madde 10 gereklerine aykırı şekilde bir tür sansür teşkil etmektedir.

(b) Mahkeme’nin değerlendirmesi

46. Mahkeme, örneğin Zana - Türkiye kararı (yukarıda belirtilmiştir, s. 2547-48, 51. madde) ve 21 Ocak 1999 tarihli Fressoz ve Roire - Fransa Kararında (1999-... Raporları, s. ..., 45. Madde) olduğu üzere, Madde 10 ile ilgili olarak kararlarının dayandığı temel ilkeleri vurgulamaktadır.

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

(ii) 10. Madde’nin 2. Fıkrasında belirtilen anlamda “zaruri” sıfatı “acil bir sosyal ihtiyaç” anlamındadır. Akit Devletler anılan ihtiyacın mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi konusunda belli bir marja sahiptir, ancak bağımsız bir mahkeme tarafından verilenler de dahil olmak üzere, tabii olduğu yasama ve kararları

kapsayacak şekilde Avrupa denetimi ile iç içe olmalıdır. Mahkeme bu sebeple, bir “sınırlamanın” Sözleşme’nin 10. Maddesinin güvencesinde olan ifade özgürlüğü ile bağdaşıp bağdaşmadığı konusunda nihai kararı verme yetkisini haizdir.

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

47. Mahkeme Sn. Gerger’in 23 Mayıs 1993 tarihindeki törene katılanlara hitap eden mesajının 1960’ların sonunda aşırı sol kanat hareketi oluşturan ve anayasal düzeni bozma amacına yönelik olarak şiddet kullanmaktan idam cezasına çarptırılıp Mayıs 1972’de idam edilen Deniz Gezmiş, Yusuf Aslan ve Hüseyin İnan’ın eylemlerini haklı çıkarmayı amaçladığını belirtmiştir.

Marksist çıkışlar içeren kelimeler kullanarak başvuran özellikle Türkiye Cumhuriyeti’nin “işçi ve Kürtlerin haklarının inkarına dayalı” olduğunu ve yöneticilerin vasatlıklarının, geri kalmışlıklarının ve her zaman daha fazla paraya duydukları açlıklarının ürünü olan zalim bir militarizm ile kendilerini karakterize ettiklerini” ileri sürmüştür. Başvuran, ”Dinamik sosyal tabakaların ülkenin siyasi hayatından muaf tutulduğu” 1960’ların ayaklanması ile 1970’lerin başındaki “devrimci demokratik direniş hareketin” “ulusun tarihinin değiştirilmesine” yardım ettiğini ve topluma “direniş ve isyan ruhu” aşıladığını eklemiştir. Sosyalizmin kapitalizmin yerine geçebilecek tek sistem olduğunu belirtmiş ve “ o günlerde ekilen Kürt halkının özgürlük tohumlarından Kürdistan dağlarındaki gerillaların doğduğunu” ileri sürmüştür. (bkz. Yukarıdaki paragraf 10).

Hükümet bu tür yorumların başvuranın Kürt bağımsızlık mücadelesinin meşruluğunu kabul ettiği anlamına geldiği yönünde görüş bildirmiştir. Mahkeme bu görüşe katılmamaktadır: Mahkeme başvuranın yorumlarının “isyan” ve “baskı” gibi kelimelerin kullanılmasının belirli bir sert duygular eklediği Türk Otoritelerine yönelik eleştirileri teşkil ettiği görüşündedir.

48. Mahkeme Sözleşmenin 10. Maddesinin 2. Fıkrasında kamu çıkarlarına ilişkin siyasi konuşmalar veya sorunlara ilişkin tartışmaların sınırlanmasına dair çok dar bir kapsam olduğuna işaret etmektedir (bakınız 25

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

49. Mahkeme özellikle terörle mücadele ile ilgili olan sorunlar olmak üzere kendisine sunulan davaların geçmişini dikkate alacaktır (yukarıda belirtilen Incal kararı, sayfa 1568, 58. fıkra). Bu noktada, Türk yetkililerinin yaklaşık on beş yıldır Türkiye’de devam eden ciddi karışıklığı şiddetlendirebileceğini düşündükleri fikirlerin yayılmasına yönelik endişelerini göz önünde bulundurmaktadır (yukarıdaki paragraf 42’ye bakınız).

Ayrıca, Hükümet görüşü Körfez Savaşı ile Irak sınırında meydana gelen düzensizlikten faydalanarak PKK’nın Güneydoğu Türkiye’deki operasyonlarına hız kazandırdığı bir dönemde mesajın sunulduğu gerçeğine bu davada özel bir önem verilmesi gereğini içermektedir. Aslında, mevcut davadaki olaylar bu çatışma sona erdikten uzun süre sonra meydana gelmiştir.

50. 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.

51. Son olarak, Mahkeme başvurana verilen cezanın ağırlığı karşısında şaşırmıştır. Başvuran Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından 9 Aralık 1993 tarihinde bir yıl, sekiz aylık hapis cezasına ve 208.333.333 TL tutarında para cezasına çarptırılmıştır. Cezasını tamamladıktan sonra aynı suçtan dolayı 84.833.333

TRL tutarında ek para cezası ödeme emri verilmeden önce başvuran Cezanın İcrasına ilişkin Kanunun (647 sayılı kanun) 5. maddesi uyarınca 23 Eylül- 26 Ekim 1995 tarihleri arasında tutuklu kalmıştır.

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

52. Sonuç olarak, Sn. Gerger'in mahkumiyeti hedeflenen amaçlar açısından orantısız olup "demokratik bir toplumda gerekli" değildir. Bu sebepten dolayı Sözleşme'nin 10. Maddesi ihlal edilmiştir.

II. SÖZLEŞMENİN 6. MADDESİNİN 1. FIKRASININ İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

53. Başvuran, Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesinin "bağımsız ve tarafsız bir mahkeme" olmadığını ve davasına ilişkin kararında yeterli gerekçe bulunmadığını ileri sürmüştür. Buna dayanarak başvuran aşağıda metni sunulan 6. Madde, 1. fıkranın ihlal edilmesinin mağduru olduğunu belirtmiştir:

"Herkes, ... kendisine yöneltilen herhangi bir suçlamanın karara bağlanması konusunda, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının ... adil ... olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir."

A. Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin Bağımsız Ve Tarafsız Olup Olmadığı

1. Hükümet'in ön itirazları

54. Hükümet iç hukuk yollarının tüketilmediğini ve Mahkeme'nin Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesinin bağımsızlık ve tarafsızlığını konusunu incelemek için *ratione materiae* yargı yetkisine sahip olmadığını belirtmiştir. Başvuranın şikayetini ulusal mahkemelere ya da Komisyona sunmadığını ve Komisyon'nun bu konuyu yargı yetkisi olmadan res'en ele aldığını belirtmiştir.

55. Hem başvuran hem de komisyon bu iddialara itiraz etmiştir.

56. Mahkeme kabul edilebilirliğin başlangıç aşamasında, Komisyon huzurunda öz olarak ve yeterli açıklıkla söz konusu Devlet tarafından sunulan ön itirazları göz önüne aldığını onaylamıştır. (Bkz., Aytekin - Türkiye davası 23 Eylül 1998 tarihli karar, *Raporlar*, 1998-VII, sayfa ..., 77.fıkra).

Mevcut davada, Mahkeme başvuranın Komisyon'a yaptığı başvurusunda Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesinin tarafsız veya bağımsız olmadığına ilişkin olarak bir iddiada bulunmamasına rağmen, sunduğu görüşünde başvuranın şikayetin

bulduğuna ilişkin Komisyon raporuna genel bir gönderme yaptığı görüşündedir. Ayrıca, başvurunun ele alınmasında, Komisyon Hükümeti (27 Şubat 1995 tarihinde) “başvuru sahibinin Sözleşme’nin 6. Maddesinin 1. Fıkrası uyarınca bağımsız ve tarafsız bir mahkemede adil bir şekilde yargılanıp yargılanmadığını” belirtmeye davet etmiştir. Cevaben verilen gözlemlerinde, Hükümet bu konuya değinmemiştir ve Komisyon’un bu konuyu res’en ele almasına herhangi bir itirazda bulunmamıştır. Ayrıca, 31 Ekim 1996 tarihinde Komisyon başvurunun kabulüne ilişkin kararını Hükümete göndermiş ve Hükümeti ek gözlemlerde bulunmaya davet etmiştir. Kabul edilebilirlik kararının metninde Komisyon’un şikayeti res’en ele aldığı belirgin olmasına rağmen Hükümet cevap vermemiştir.

Yukarıda belirtilenleri takiben Hükümet takibatın bu aşamasında itirazda bulunma hakkını kaybetmiştir.

2. Şikayetin Esasları

57. Başvuran’ın sunumunda Devlet Güvenlik Mahkemesinin, üyelerinden birinin askeri hakim olduğu göz önünde bulundurularak, Madde 6, 1. Fıkra uyarınca “bağımsız ve tarafsız mahkeme” olarak kabul edilemeyeceği belirtilmiştir.

58. Hükümet, Devlet Güvenlik Mahkemelerine askeri hakimlerin katılımına ilişkin kuralları ve anılan mahkemelerin 6. Maddenin 1. Fıkrası anlamında bağımsızlık ve tarafsızlık gereklerine tam uygunluğunun sağlanması için adli işlevlerin yerine getirilmesinde hak sahibi oldukları teminatları sunmuştur. Askeri hakimlerin amirlerine karşı sorumlu oldukları yönündeki başvuranın iddiasına itiraz etmiştir. İlk olarak, resmi bir görevlinin bir askeri hakim adli işlevlerini yerine getiriş şeklini etkilemeye çalışmasının Askeri Kanununun 112. maddesi uyarınca bir suç teşkil ettiğini belirtmiştir. İkinci olarak, adli kapasitede hareket ederken, bir askeri hakim tam olarak bir sivil hakim şeklinde değerlendirilmektedir.

Hükümet Devlet Güvenlik Mahkemelerinin özel mahkemeler değil uzman ceza mahkemeleri olduğunu belirtmiştir. Silahlı kuvvetlerin terörle mücadele kampanyası konusundaki deneyimi de dikkate alınarak, yetkililerin güvenlik ve Devlet bütünlüğüne ilişkin tehditler ile başa çıkabilmesi için olan gerekli uzmanlık ve bilginin sağlanması için bir askeri hakim katılımı ile anılan mahkemelerin güçlendirilmesinin gerekli olduğunu düşündüklerini belirtmiştir.

Hükümet mevcut davada ne başvuranın davasına katılan askeri hakim üstlerinin ne de anılan hakimi atayan kamu yetkililerinin takibatlara ya da davanın sonucuna ilişkin herhangi bir çıkarlarının bulunmadığını eklemiştir. Aslında, askeri hakim muhalif şerhi davaya ilişkin görüşünün diğer iki hakim görüşlerine kıyasla Sn. Gerger açısından daha olumlu olduğunu göstermektedir. Ayrıca, Devlet Güvenlik Mahkemesinin kararı sadece sivil hakimlerin katıldığı Yargıtay tarafından

onaylanmıştır.

59. Komisyon, Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesinin Sözleşme'nin 6. Maddesinin 1. Fıkrası uyarınca "bağımsız ve tarafsız bir mahkeme" olarak kabul edilemeyeceği sonucuna varmıştır. Komisyon bu görüşü ile ilgili olarak 25 Şubat 1997 tarihinde benimsenen İncal – Türkiye davası raporunun 31. Maddesi ve görüşünü destekleyen nedenlere gönderme yapmıştır.

60. Mahkeme, 9 Haziran 1998 tarihli İncal - Türkiye kararı (1998-IV Raporları, s. 1504) ve 28 Ekim 1998 tarihli Çıraklar - Türkiye kararında (1998-Raporları, s. ...) mevcut dava için Hükümet tarafından öne sürülen hususlara benzer hususların ele alınmış olduğunu vurgulamaktadır. Anılan kararlarda Mahkeme, Devlet Güvenlik Mahkemesinde bulunan askeri hakimlerin durumunun bağımsızlık ve tarafsızlık açısından belli teminatları içerdiğini belirtmiştir (bakınız yukarıda anılan İncal kararı, s. 1571, madde 65 ve yukarıda anılan 32. paragraf). Diğer yandan Mahkeme, bu hakimlerin statüsünün bazı hususlarının bağımsızlık ve tarafsızlıklarını tartışma konusu yaptığı kararına varmıştır (aynı yerde, Madde 68) : örneğin, orduya ait görevliler olduğundan ve dolayısıyla amirinden emirler aldığı; veya askeri disipline tabi kaldıkları; ve atamalarına ilişkin kararların büyük ölçüde idari yetkililer ve ordu tarafından alındığı gerçekleri (bakınız yukarıdaki 25-29. paragraf).

61. İncal kararında olduğu üzere Mahkeme görevinin, Devlet Güvenlik Mahkemelerinin kuruluşunun gerekliliğinin Hükümet tarafından *in abstracto* tespit edilmesi olmadığı düşüncesindedir. Görevi, Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesinin işleyiş şeklinin Sn. Gerger'in adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediği, özellikle de tarafsız olarak incelendiğinde kendilerin yargılayan mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin haklı bir korkunun mevcut olup olmadığının tespit edilmesidir (bkz. yukarıda anılan İncal Kararı, s. 1572, Madde 70; ve yukarıda anılan Çıraklar kararı, s. ..., Madde 38).

Bu soruya ilişkin olarak, Mahkeme mevcut başvuru sahibi gibi sivil olan Sn. İncal ve Sn. Çıraklar'ın davasında varılan sonuca varılmaması için herhangi bir neden görmemektedir. Devletin toprak bütünlüğünü ve ulusal birliği zedelemeye yönelik propaganda yapma suçundan bir Devlet Güvenlik Mahkemesinde yargılanan başvuranın, Askeri Hakimler üyesi olan bir düzenli askeri görevlisinin katılımını içeren bir heyet tarafından yargılanma konusunda endişe içinde olmaları anlaşılır bir husustur. Bu itibarla, yargılamada Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin davanın özü ile herhangi bir ilişkisi olmayan hususlardan gereksiz yere etkilenebileceğini düşünmek için yeterli sebepleri mevcuttur. Bir başka deyişle, başvuranın mahkemenin bağımsızlık ve tarafsızlığına ilişkin korkularının haklı sebebe dayandığı kabul edilebilir. Yargıtay'daki yargılama da, ilgili mahkemenin tam yetkili olmaması nedeniyle bu korkuların bertaraf edilmesini sağlayamamıştır (bakınız yukarıda anılan İncal kararı, s. 1573, Madde 72 sonu).

62. Yukarıda anılan nedenlerden dolayı Mahkeme 6. Maddenin 1. Fıkrasının ihlal edildiği tespitinde bulunmuştur.

B. Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi Kararında Gerekçelerin Bulunmadığı İddiası

63. Başvuran Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin kararına ilişkin yeterli gerekçe göstermediğini ve bu şekilde adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

64. Hükümet şikayetin asılsız olduğunu belirtmiştir.

65. Komisyon ile aynı şekilde, Mahkeme Sn. Gerger'in bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma hakkının ihlalinin tespiti açısından (bkz. Yukarıdaki 62. paragraf) bu şikayetin incelemesinin gerekli olmadığını kabul etmiştir.

III. MADDE 5, 1. FIKRA İLE BİRLİKTE ELE ALINAN SÖZLEŞME'NİN 14. MADDESİNİN İHLALİ İDDİASI

66. Başvuran 3713 sayılı kanun uyarınca hapis cezasına çarptırılmasının cezalarının yarısını yerine getirdikten sonra şartlı tahliye hakkına sahip olan ve olağan caza kanunu uyarınca mahkum edilen mahkumlardan farklı şekilde cezasının üç çeyreğini yerine getirmediği sürece kendisinin talep olmasa dahi şartlı serbest bırakılma hakkına sahip olmadığı anlamına geldiğini belirtmiştir. Bu farkın Sözleşme'nin 14. Maddesi uyarınca yasadışı bir ayrımcılık teşkil ettiğini belirtmiştir. Anılan madde şu şekildedir:

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

67. Mahkeme bu sorunun “yetkili bir mahkeme tarafından mahkum edilmesi üzerine usulüne uygun olarak hapsedilmesi” ile ilgili olduğunu ve bu sebeple Sözleşme'nin 5. Maddesi 1(a) fıkrası ile birlikte ele alınan Madde 14 altında incelenmesi gerektiği yönünde görüş bildirmiştir. 1(a) hükmü şu şekildedir:

“1. Herkesin özgürlüğe ve kişi güvenliğine hakkı vardır. Aşağıda belirtilen haller ve kanunda belirlenen yollar dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz.

a. Kişinin yetkili mahkeme tarafından mahkum edilmesi üzerine usulüne uygun olarak hapsedilmesi ;”

68. Hükümet Madde 5, 1(a) fıkrasının hapis cezasına çarptırılmış mahkumlara talep olmasa dahi şartlı serbest bırakılma hakkını vermediğini belirtmiştir. Hükümet, Terörle Mücadele Yasası altında mahkum edilen kişilere uygulanan şartlı tahliye hakkına ilişkin kısıtlamaların bu tür suçların esas ciddiyetleri tarafından öngörüldüğünü eklemiştir.

69. Mahkeme, ilk olarak, Sözleşme'nin 5. Madde, 1(a) fıkrasının talep olmasa dahi şartlı serbest bırakılma hakkını teminat altına almamasına rağmen, belirlenen ceza politikasının bireyleri ayrımcı bir şekilde etkilemesi halinde Sözleşme'nin 14. Maddesi ile birlikte ele alınan bu hüküm altında bir sorunun ortaya çıkabileceğini belirtmiştir.

Mahkeme ilke olarak 3713 sayılı kanunun amacının terör suçları işleyenleri cezalandırmak olduğunu ve normal kanunlar uyarınca mahkum edilen kişilere kıyasla bu kanun uyarınca mahkum edilen herhangi bir şahsın talep olmadan şartlı serbest bırakılma açısından daha aleyhte işleme tabi olduğunu belirtmiştir. Bu hususa dayalı olarak, ağırlıklarına ilişkin yasama meclisi görüşlerine uygun olarak farklı insan grupları arasında değil de farklı suç türleri arasında ayırım yapıldığını sonucuna varmıştır.

IV. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

70. Başvuran aşağıdaki şekilde Sözleşme'nin 41. Maddesi altında adil tazminat talebinde bulunmuştur:

“Mahkeme tarafından Sözleşme veya protokollerinin ihlal edildiğinin tespit edilmesi ve ilgili Yüksek Akit Tarafın yerel hukukunun sadece kısmi bir tazminatı öngörmesi durumunda, Mahkeme gerektiğinde mağdur olan tarafın adil şekilde tazmin edilmesini öngörebilir.”

A. Maddi Zarar

71. Herhangi bir ayrıntı sunumu yapmadan, Sn. Gerger 1.000.000 Fransız Frankı (FRF) olarak belirlediği zarar için tazminat talebinde bulunmuştur.

72. Hükümet Sözleşme'nin ihlal edildiği iddiası ile maddi zarar asında herhangi bir ciddi ilişkinin bulunmadığını belirtmiştir. Sözleşmenin ihlalinin tespitinin herhangi bir maddi zarar açısından adil tazmin teşkil edeceğini belirtmiştir.

73. Mahkeme davanın sonuçları nedeniyle başvuru sahiplerinin sıkıntı çekmiş olabileceği kanaatindedir. Adil bazda bir değerlendirme yaparak, Mahkeme başvurana manevi zarar tazminatı olarak bu bağlamda 40.000 FRF ödenmesine karar vermiştir

Mahkeme Sn. Gerger'in maddi zarar talebinde bulunma niyetinin olması durumunda anılan talebin desteklenmesine yönelik olarak herhangi bir delilin sunulmadığını ve buna uygun olarak da bu kalem altında herhangi bir tutarın ödenmemesine karar verildiğini belirtmiştir.

B. Masraflar ve Giderler

74. Başvuran masraf ve giderleri için 250.000 FRF talebinde bulunmuştur.

75. Hükümet bu tutarların abartılı olduğunu ve başvuranın yeterli derecede destekleyici delil sunmadığını belirtmiştir.

76. Mahkeme, elde ettiği bilgilere dayanarak, ulusal mahkemeler ve Komisyon ve Mahkeme huzurundaki takibatlar ile ilgili olarak masraf ve giderlerinin geri ödenmesi için başvurana 20.000 FRF tutarının ödenmesinin makul olduğuna karar vermiştir.

D. Temerrüt Faizi

77. Mahkeme işbu kararın düzenlenmiş olduğu tarihte, eldeki verilere göre tespit edilmiş olan yıllık %3.47 oranına tekabül eden Fransa'da uygulanan yasal faiz oranının uygulanmasının yerinde olacağı kanaatine varmıştır.

YUKARIDA BELİRTİLEN GEREKÇELERE DAYANARAK MAHKEME

1. Sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiğinin on altıya karşı bir oy ile *kabulüne*;

2. Sözleşme'nin 6. Maddesinin 1. Fıkrası uyarınca Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesinin "bağımsız ve tarafsız" bir mahkeme olmadığına ilişkin şikayete ilişkin Hükümet ön itirazlarının oybirliği ile *reddine*;

3. Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesinin "bağımsız ve tarafsız" olmadığına dayanarak Sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiğinin on altıya karşı bir oy ile *kabulüne*;

4. Sözleşme'nin 6. Maddesinin 1. Fıkrası altında başvurana ait diğer şikayetin incelenmesinin gerekli olmadığına oybirliği ile *kabulüne*;

5. 5. Madde, 1. Fıkra ile birlikte ele alınan sözleşme'nin 14. Maddesinin ihlal edilmediğinin oybirliği ile *kabulüne*;

6. On altıya karşı bir oy ile;

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

(i) Manevi zarar için 40.,000 (kırk bin) Fransız Frankı;

(ii) Harcama ve masraflar için 20.000 (yirmi bin) Fransız Frankı;

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

7. Başvuranın adil tazminata ilişkin diğer taleplerinin oybirliği ile *reddine*;

ilişkin alınan işbu karar İngilizce ve Fransızca olmak üzere, 8 Temmuz 1999 tarihinde Strazburg'da bulunan İnsan Hakları Binası'ndaki halka açık oturumda tefhim edilmiştir.

İmza: Luzius Wildhaber
Başkan

İmza: Paul Mahoney
Sekreter Yardımcısı

Sn. Wildhaber'in bir bildirgesi ile birlikte Sözleşmenin 45. Maddesinin 2. Fıkrası ile Mahkeme İçtüzüğü'nün 74. Maddesinin 2. Fıkrası uyarınca bu karara aşağıda belirtilen şerhler eklenmiştir:

(a) Sn. Palm, Sn. Tulkens, Sn. Fischbach, Sn. Casadevall ve Sn. Greve müşterek mutabakat şerhi;

(b) Sn. Bonello'nun mutabakat şerhi;

(c) Sn. Gölcüklü'nün muhalefet şerhi.

Paraf: L. W.

Paraf: P.J. M

HAKİM WİLDHABER'İN BİLDİRGESİ

9 Haziran 1998 tarihli İncal - Türkiye (1998 Raporları, s. 1547) davasında Sözleşme'nin 6. Maddesinin 1. Fıkrasının ihlaline ilişkin oylamada karşı oy kullanmış olmama rağmen, mevcut davada Mahkeme'nin çoğunluğu tarafından ulaşılan görüşü benimsemek durumundayım.

HAKİMLER PALM, TULKENS, FISCHBACH, CASADEVALL

VE GREVE'İN MÜŞTEREK MUTABAKAT ŞERHİ

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

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

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

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

HAKİM BONELLO'NUN MUTABAKAT ŞERHİ

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

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

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

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

İfade özgürlüğünün teminat altına alınması, bir devletin güç kullanma taraftarlığını, bu tür taraftarlığın gelecekteki kanunsuzluğu teşkil etme yada teşvik etmeye yönelik olduğu yada bu tür bir eylemi teşvik etme yada meydana getirme eğiliminde olduğu durumlar hariç olmak üzere, yasaklamasına ya da men etmesine izin vermemektedir. Bu bir yakınlık ve derece sorunudur.

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

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

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

HAKİM GÖLCÜKLÜ'NÜN MUHALEFET ŞERHİ

(Geçici

Çeviri)

Sözleşmenin 10. Maddesinin ihlal edildiğine yönelik Mahkeme'nin çoğunluk görüşüne katılmadığımı üzüntü içinde belirtmek isterim. Benim görüşüme göre, bu davadaki müdahalenin demokratik bir toplum için zaruret olmadığı ve özellikle ulusal güvenliğin korunması amacı ile orantılı olmadığını tespit etmek için herhangi bir geçerli sebep bulunmamaktadır.

Aynı zamanda Mahkemede bir askeri hakimin bulunması nedeniyle, ilgili hüküm kapsamında Devlet Güvenlik Mahkemesinin “bağımsız ve tarafsız” olmadığı gerekçesi ile 6. Maddenin ihlal edildiği yönündeki Mahkeme'nin çoğunluk görüşüne katılmamaktayım.

Açıklamak isterim.

1. Zana davasına ilişkin olarak (25 Kasım 1997 tarihli karar) gazeteciler ile yapılan röportajlarda başvuranın değindiği ilgili yorumlar şu şekildedir:

“PKK ulusal özgürlük hareketini destekliyorum; diğer taraftan, katliamları onaylamıyorum. Herkes hata yapabilir, ve PKK kadın ve çocukları yanlışlıkla öldürmektedir...”

Bu ifade ulusal günlük gazete olan Cumhuriyet'te yayınlanmıştır.

2. Davanın (ve pek çok benzer davanın) zemini Zana kararında Mahkeme tarafından açıklanan Türkiye'nin güneydoğusundaki durumdur:

“Yaklaşık olarak 1985'den bu yana, güvenlik güçleri ile PKK üyeleri arasında (Kürdistan İşçi Partisi) Türkiye'nin güneydoğusunda ciddi karışıklıklar şiddetle devam etmektedir. Bu karşı karşıya gelme Hükümete göre 4.036 sivilin ve 3.884 güvenlik gücü üyesinin hayatına mal olmuştur.” (Bkz. 10. fıkra)

Bu rakam 1999 yılında yaklaşık 30.000'dir.

3. PKK Mahkeme (bkz. Zana, 58. fıkra) ve uluslararası kurumlar tarafından Kürt terör örgütü olarak tanınmaktadır.

4. Zana kararında, Mahkeme bir kere daha (kararın 51. fıkrası) Madde 10'a ilişkin kararlarından kaynaklanan ana ilkeleri onaylamıştır:

“(i) İfade özgürlüğü demokratik bir toplumun ana temellerinden birini teşkil etmektedir.

(ii) 10. Madde'nin 2. Fıkrasında belirtilen anlamda “zaruri” sıfatı “acil bir sosyal ihtiyaç” anlamındadır. Akit Devletler anılan ihtiyacın mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi konusunda belli bir marja sahiptir, ancak Avrupa denetimi ile iç içe olmalıdır...

(iii) Denetim yetkisinin uygulanmasında, Mahkeme müdahaleyi, suçlanan ifadeler ve bunların ifade edildiği bağlam da dahil olmak üzere davayı bir bütün olarak ele alarak incelemelidir...”

5. Kararın 55. paragrafında, Mahkeme yukarıda belirtilen ilkelerin “aynı zamanda ... terörizmle mücadelenin bir parçası olarak ulusal yetkililerce devlet güvenliğini ve kamu güvenliğini korumak amacıyla alınan önlemler” için de geçerlidir.

6. Nitekim, yukarıda belirtilen davada, Mahkeme Sn. Zana'nın mahkumiyetinin "acil bir sosyal ihtiyacı" karşılayıp karşılamadığını ve "hedeflenen meşru amaçlar ile orantılı" olup olmadığını değerlendirmek zorunda hissetmiştir. Bu nedenle, o zamanlar Güneydoğu Türkiye'de hüküm süren konumun ışığında başvuranın görüşlerinin içeriğinin incelenmesinin önemli olduğunu belirtmiştir. (Bkz. 56. paragraf)

7. Mahkeme Sn. Zana'nın kelimeleri ile ilgili olarak "pek çok şekilde yorumlanabilir ancak bu kelimeler hem tutarsız hem de belirsizdir. Aynı anda hem amaçlarına ulaşmak için şiddete başvuran bir terör örgütü olan PKK'yı destekleyip hem de kendisinin katliamlara karşı olduğunu bildirmek zor görüldüğünden bu kelimeler tutarsızdır; bu kelimeler aynı zamanda belirsizdir, çünkü Sn. Zana kadın ve çocukların katledilmesine karşı çıkarken aynı zamanda bunları herkesin yapabileceği "hatalar" olarak tanımlamaktadır." Şeklinde görüş bildirmiştir (bkz. 58. fıkra).

8. Bu etkenler göz önünde bulundurulduktan sonra, Mahkeme şu sonuca varmıştır (-aynı yerde, 59-62. fıkra);

"Ancak bu ifade yalıtılarak ele alınamaz. Başvuranın fark ettiği şekilde davanın koşulları açısından özel bir öneme sahiptir. Mahkeme'nin önceden belirttiği şekilde (yukarıdaki 50. paragrafa bakınız), görüşme PKK tarafından aşırı bir gerilimin olduğu Güneydoğu Türkiye'deki siviller üzerinde cinai saldırıların gerçekleştirilmesi ile aynı zamana denk gelmiştir...

Bu koşullar altında – Zana tarafından "ulusal özgürlük hareketi" olarak tanımlanan - PKK'ya verilen destek ... o bölgede patlayıcı bir durumu şiddetlendirmeye eğilimli olarak ele alınabilir.

Buna uygun olarak Mahkeme başvurana uygulanan cezanın makul bir şekilde "acil bir sosyal ihtiyaca" cevap verme olarak ele alınabileceğini ve ulusal yetkililer tarafından örnek gösterilen gerekçelerin "konu ile ilgili ve yeterli" olduğunu belirtmiştir...

Tüm bu etkenler ve bu tür bir davada ulusal yetkililerin sahip olduğu takdir marjı göz önünde bulundurularak, Mahkeme söz konusu müdahalenin hedeflenen meşru amaçlar ile orantılı olduğunu belirtmiştir. Bunun sonucunda, Sözleşme'nin 10. Maddesi ihlal edilmemiştir."

9. Benim kanaatime göre, bu gerekçeler ve nedenler benzer davalarda rehber ilkeler olarak ele alınmalı ve ilgili kelimelerin soyut olarak değerlendirilmesini engellemelidir. Bu değerlendirmeyi gerçektışı buluyorum ve ifade ve demokrasi özgürlüğünden kastedilenin yanlış yorumlanmasına dayalı olduğunu düşünüyorum.

10. Gerger - Türkiye davası şekil itibariyle olmasa dahi en azından içerik olarak Zana davasından farklıdır. Sadece Güneydoğu Türkiye'de değil bütün ülkede PKK terörizminin şiddetle devam ettiği bir zamanda gönderilen ve okunan mesajında başvuran aşağıdaki hususları dile getirmiştir:

(i) "devrimci mücadeleye olan desteği;

(ii) Kürt konusunun düzenlenen tören ile hiçbir bağlantısı olmamasına rağmen "İşçilerin ve Kürtlerin temel haklarının inkarına dayalı olduğunu" belirttiği Türkiye Cumhuriyeti;

(iii) Amacı her türlü direnişi kırmak ve kitlelerin her türlü isyanını bastırmak için" ülkedeki sosyal ve siyasi faaliyetin kökünü silmek ve tek seslilik ve bağımlılık boyunduruğu ile toplumu geriye çekmek olan yöneticiler;

(iv) "Yöneticiler için bir kabus olan o kahraman yılların isyan ve direniş ruhu yirmi yılı aşkın süredir ülke ile birlikte";

(v) “O günlerde ekilen Kürt halkının özgürlük tohumlarından Kürdistan dağlarındaki gerilla savaşı doğmuştur.”;

(vi) Ulusal demokratik savaşı ve “sınıflar” savaşı;

(vii) “Mücadeledeki dayanışma ve birlikleri”.

11. Bu ifadeler açık bir şekilde “şiddet”i teşvik etmekte ve bağışlamaktadır ve halkı kin ve eyleme davet etmeyi içermektedir. Mahkeme (bkz. Kararın 42. paragrafı) başvuranın mahkumiyetinin özellikle “ulusal güvenliğin” korunması, “kamu düzeninin” sağlanması ve toprak bütünlüğünün korunması olmak üzere Sözleşme’nin 10. Maddesinin 2. fıkrasında belirtilen “meşru amaçlara” yönelik olduğunu belirtmiştir ve “bu durumun özellikle bölücü faaliyetlerin şiddet kullanımına dayalı yöntemlere bağlı olduğu, dava konusu olayların cereyan ettiği tarihlerdeki Güneydoğu Türkiye’deki durum için geçerli olduğunu” eklemiştir.

12. Yukarıda belirtilenlerin ışığında, ve Devlet’in bu alandaki takdir marjı göz önünde bulundurularak, başvuranın ifade özgürlüğü üzerindeki kısıtlamanın hedeflenen meşru amaçlar ile orantılı olduğu ve buna uygun şekilde bu meşru amaçların gerçekleştirilebilmesi için demokratik bir toplum için zaruret olduğu kanatındeyim.

13. İkinci olarak, çoğunluk Devlet Güvenlik mahkemelerinin Sözleşme’nin anılan hükmü tarafından gerekli görülen “bağımsızlık ve tarafsızlık” teminatlarını yerine getirmemesi ile 6. Madde, 1. fıkranın ihlal edildiği görüşündedir.

14. 9 Haziran 1998 tarihli İncal - Türkiye kararında sayın hakimler Sn. Thor Vilhjalmsson, Sn. Matscher, Sn. Foighel, Sn. John Freeland, Sn. Lopes Rocha, Sn. Wildhaber ve Sn. Gotchev ile müştereken ve 28 Ekim 1998 tarihli Çıraklar - Türkiye kararında münferiden belirtmiş olduğum muhalefet şerhimde, ikisi sivil olan üç hakimden oluşan bir mahkemede bir askeri hakimin mevcudiyetinin, askeri olmayan (sivil) adli düzeyde bulunan ve kararları Yargıtay’ın incelemesine tabi olan Devlet Güvenlik Mahkemesinin bağımsızlık ve tarafsızlığını herhangi bir şekilde etkilemediğini açıkladım. Tekrar etmekten sakınmak için, yukarıda belirttiğim muhalefet şerhlerime gönderme yapmaktayım.

15. (1) Çoğunluğun kararının dıştan görünüşler kuramının haklı olmayan bir uzantısından kaynaklandığını;

(2) kararın 79. paragrafında çoğunluk tarafından belirtildiği üzere, “... bir Devlet Güvenlik Mahkemesinde yargılanan başvuru sahiplerinin, Askeri Hakimler üyesi olan bir askeri görevlinin katılımını içeren bir heyet tarafından yargılanma konusunda endişe içinde olmaları anlaşılır bir husustur” demesi ve bunu basitçe önceki İncal kararına dayandırmasının (Çıraklar kararı, İncal kararında belirtilenin sadece bir tekrarı niteliğindedir) yeterli olmadığını

(3) çoğunluğun görüşünün soyut olduğu ve bu nedenle haklı çıkarılabilmesi için hem gerçekler hem de hukuk açısından daha iyi desteklenmiş olması gerektiğine ilişkin görüşlerimi vurgulamak isterim.