

BAŞKAYA VE OKÇUOĞLU/Türkiye Davası

(23536/94 ve 24408/94)

Strazburg

8 Temmuz 1999

USULİ İŞLEMLER

1. Dava, Sözleşme'nin 32 madde 1. fıkrası ve 47. maddesinde öngörülen üç aylık süre içinde, 17 Mart 1998 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ("Komisyon") tarafından Sözleşmenin^[1] 19. maddesi uyarınca Mahkememize sunulmuştur. Türk vatandaşları olan Sn. Fikret Başkaya ve Sn. Mehmet Selim Okçuoğlu tarafından sırasıyla 22 Şubat ve 9 Haziran 1994 tarihlerinde eski Madde 25 kapsamında Türkiye Cumhuriyeti aleyhine Komisyon'a sunulmuş olan başvurulara (No. 23536/94 ve 24408/94) dayanmaktadır.

Komisyonun talebi Sözleşme'nin eski 44. ve 48. Maddelerine ve Türkiye tarafından mahkemenin zorunlu yetkisinin tanındığı bildirgeye (Eski 46. Madde) dayanmaktadır. Talebin amacı, dava esaslarının, davalı Devlet tarafından Sözleşme'nin 6. Maddesinin 1. Fıkrası ve 10. Maddesi kapsamındaki yükümlülüklerin ihlalini ortaya koyup koymadığına ilişkin bir kararın verilmesidir.

2. Mahkeme'nin Eski A^[2] İçtüzüğü'nün 33. Maddesinin 3. Fıkrasının (d) bendi uyarınca yapılmış olan soruşturmaya cevaben başvuranlar, adli takibata katılmak istediklerini belirtmiş ve kendilerini temsil etmek üzere bir avukat tayin etmişlerdir (İçtüzük 30. madde).

3. 11 nolu Protokolün yürürlüğe girmesinden önce meydana gelebilecek usul hususlarına ilişkin işlemleri yürütmek üzere kurulmuş olan (Sözleşme'nin 43. Maddesi ve eski İçtüzük 21. madde) Dairenin Başkanı sıfatıyla, Türkiye Cumhuriyeti ("Hükümet") Temsilcisi, başvuranların avukatları, Sn. A. Erdoğan ve Sn. E. E. Keskin, ve Komisyon Delegatesinden takibatın organizasyonu hakkındaki görüşlerini bildirmelerini istemiştir (Eski İçtüzük 37. Madde 1 fıkrası ve 38. Maddesi). Bunun sonucunda gönderilen talebe ilişkin olarak Sekreter, başvuranların ve Hükümetin görüşlerini 14 Ekim 1998 tarihinde almıştır. 6 Aralık 1998 ile 5 Mart 1999 tarihleri arasında başvuranlar ve Hükümet, başvuranların adil tazmin taleplerine ilişkin ek görüşlerini sunmuşlardır. Başvuranların avukatlarına başkan tarafından mahkeme huzurundaki yazılı prosedürde Türkçe dilini kullanma izni verilmiştir.

4. 11 Nolu Protokolün 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra ve

anılan Protokolün 5. Maddesinin 5. Fıkrası uyarınca dava Büyük Daireye sunulmuştur.

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

22 Ekim 1998 tarihinde Sn. Wildhaber adaletin doğru şekilde tecelli edebilmesi için, mevcut dava ile Türkiye aleyhinde diğer on iki dava olan: Karataş - Türkiye (Başvuru no. 23168/94); Arslan - Türkiye (no. 23462/94); Polat - Türkiye (no. 23500/94); Ceylan - Türkiye (no. 23556/94); Okçuoğlu - Türkiye (no. 24246/94); Gerger - Türkiye (no. 24919/94); Erdoğan ve İnce - Türkiye (no. 25067/94 ve 25068/94); Sürek - Türkiye no. 1 (no. 26682/95); Sürek ve Özdemir - Türkiye (no. 23927/94 ve 24277/94); Sürek - Türkiye no. 2 (no. 24122/94);

Sürek - Türkiye no. 3 (no. 24735/94) ve Sürek - Türkiye no. 4 (no. 24762/94) davalarına bakmak üzere tek bir Büyük Daire teşkil edilmesine karar vermiştir.

5. Bu amaca yönelik olarak oluşturulan Heyet, Türkiye adına re'sen seçilen Sn. R. Türmen (Sözleşmenin 27. Maddesinin 2. Fıkrası ve Mahkeme İktüzüğü'nün 24. Maddesinin 4. Fıkrası), Mahkeme Başkanı Sn. Wildhaber, Mahkeme Başkan Yardımcısı Sn. E. Palm ve Bölümlerin Başkan Yardımcıları Sn. J.-P. Costa ve Sn. M. Fischbach (Sözleşmenin 27. Maddesinin 3. Fıkrası ve İktüzüğü'nün 24. Maddesinin 3 ve 5 (a) Fıkrası) katılımı ile oluşmuştur. Heyetin tamamlanması 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. Greve, Sn. A. B. Baka, Sn. R. Maruste ve Sn. S. Botoucharova (İktüzüğü'nün 24. Maddesinin 3. Fıkrası ve 100. Maddesinin 4. fıkrası).

19 Kasım 1998 tarihinde Sn. Wildhaber İktüzüğü'nün 28. Maddesinin 4. Fıkrası uyarınca Heyet tarafından verilen Oğur - Türkiye kararı ile ilgili olarak davadan çekilen Sn. Türmen'i duruşmaya katılmaktan muaf tutmuştur. 16 Aralık 1998 tarihinde Hükümet ad hoc hakim olarak Sn. F. Gölcüklü'nün atandığını Sekreteryaya'ya bildirmiştir (29. Maddenin 1. Fıkrası).

Ardından davanın ileri aşamalarına katılmayacak olan Sn. Botoucharova'nın yerine

Sn. K. Traja atanmıştır (İçtüzüğün 24. Maddesinin 5. Fıkrasının (b) bendi).

6. Mahkeme'nin daveti üzerine (İçtüzük 99. madde) Komisyon, heyet nezdindeki takibata katılmak üzere üyelerinden biri olan Sn. D. Svaby'yi atamıştır.

7. 7 Ocak 1999 tarihinde Hükümet'in Ajan Yardımcısı Sn. D. Akçay, Komisyon Delegesi ve başvuran temsilcileri Sn. A Erdoğan ve Sn. E. E. Keskin'e danışılmasından sonra, Sözleşme'nin 38. Maddesinin 1 (a) Fıkrası uyarınca görevlerinin ifasının bir duruşma yapılmasını gerektirmediği kanaatine vararak (İçtüzük Madde 59, Fıkra 2) Heyet davanın duruşmasız görülmesini kararlaştırmıştır.

8. 22 Ocak 1999 tarihinde, rapor sunan Hakimin talebi üzerine birinci başvuran tarafından bazı dokümanlar sunulmuştur (İçtüzük Madde 49, fıkra 2 (a)).

DAVA ESASLARI

I. DAVA İLE İLGİLİ OLAYLAR

A. Başvuranlar

9. Başvuranlar, Sn. Fikret Başkaya ve Mehemet Selim Okçuoğlu, Türk vatandaşlarıdır. Birinci anılan başvuran 1940 doğumlu olup, Ankara'da yaşamaktadır. Kendisi iktisat ve gazetecilik profesörüdür. İkinci anılan başvuran 1964 doğumlu olup, İstanbul'da yaşamaktadır. Kendisi *Doz Basın Yayın Ltd. Sti* yayınevinin sahibidir.

B. Dava Konusu Makaleler

10. 1991 yılı Nisan ayında *Doz Basın Yayın Ltd. Sti* birinci başvuran tarafından yazılmış olan ve “*Batılılaşma, Çağdaşlaşma, Kalkınma - Paradigmanın İflası / Resmi İdeolojinin Eleştirisine Giriş*” başlığını taşıyan bir kitap yayınlamıştır.

Kitap 219 sayfadan oluşmakta ve 370 referans içermektedir ve 1920'lerden bu yana Türkiye'nin sosyo-ekonomik evrimini ve Devletin “resmi ideolojisinin” bir analizini ve eleştirilerini ele almaktadır. İçindekiler bölümünde listelenen başlıklara göre, yazar aşağıdaki konuları ele almıştır: Entelektüeller ve Resmi İdeoloji; Ulusal

Mücadelenin Özellikleri; Ulusal Mücadelenin Ulusal Özelliği Hususu; Comintern ve Ulusal Mücadelenin Emperyalizm Karşıtı olup olmadığı; Mustafa Kemal ve Tarihteki Rolü; Kemalist Rejimin Özellikleri; bir Orijinal Bonapartçılık Şekli; Üretici Güçler ve İktisadi Politikalar; Bonapartçı Rejim ve Kapital Birikimi; Sınıfsız, İmtiyazsız bir Halkçı Diktatörlük; Yeni Sömürgecilik Döneminde Sosyo-Ekonomik Oluşumun Evrimi; Seksenler: Satelitizasyon Sürecinin Kuvvetlenmesi; Paradigmanın Çöküşü ve İktisat Bilimi: Mevcut Eğilimleri Meşrulaştırma Araçları.

11. Kitabın dava konusu bölümü aşağıdaki paragrafları içermektedir:

“Kürt meselesi, Milli Mücadelenin [Türk Ulusal Kurtuluş Savaşı (1991-1922)] ve Türk sosyal oluşumunun evrimine ilişkin analizde önemli bir rol oynamaktadır. Kürt sorunu ve Kürdistan’ın sömürgeleştirilmesi gerçekten de çok önemlidir ve bu nedenle bir başka kitabın konusunu teşkil etmektedir. Ayrıca, sorun sadece Türkiye ile de ilişkili değildir. Bölgede bulunan dört devletin (Türkiye, İran, Irak, Suriye) yerel politikalarının oluşumu (siyasi rejimlerin türü) ile birlikte bu dört komşu Devlet arasındaki ilişkilerin “özgün” niteliği bunu, karmaşık bir husus haline getirmektedir.

Kısıtlı da olsa, bu kitap planı ve kapsamı dahilinde sorunu ele almak istememizin iki nedeni mevcuttur. Bunlar, resmi ideolojinin mantıksızlığı ve Milli Mücadelenin gerçek özelliğinin ortaya konmasıdır. Bir başka deyişle, Kurtuluş Savaşı olarak sunulan şeyin gerçekte bir “Kurtuluş Hareketi” olup olmadığını tartışmak [istemekteyiz]. Şüphesiz ki, Kürdistan’ın (Sovyetler Birliği sınırları içindeki küçük alanın göz ardı edilmesi halinde) dört farklı Devletin sınırları dahilinde olması, emperyalistlere bu Dört Devlet üzerinde çok kolay “kontrol” sağlamaktadır. Kürt sorunu, bölgedeki emperyalist statükonun korunması açısından önemli olmasına rağmen, sorunun bu açıdan analizine burada girilmeyecektir [sayfa 51]

...

Diğer yandan, Cumhuriyetin kuruluşundan bu yana [1923] takip edilmekte olan ırkçı inkar politikası, Türkiye’deki ırkçı hareketin gelişiminde önemli bir etkeni teşkil etmiştir. Kürt Ulusunun “var olmadığı varsayımının” resmi ideolojinin önemli bir unsurunu teşkil etmesine rağmen bu, aynı zamanda söz konusu ideolojinin en zayıf noktasını da teşkil etmektedir. Var olan bir ulusun “akıl ile yok edilmesi” mümkün değildir ve insanların saçma ve asılsız şüphelerine rağmen tarafsız gerçeklik varlığını sürdürmektedir. Tabi ki bu, saçma ve asılsız şüphelerin herhangi bir etkisi olmadığı anlamına gelmemektedir! Bunlardan faydalananlar, bürokratik, akademik kariyerler, yüksek maaşlar elde eden ve siyasi arenanın basamaklarında yükselenler hiç bir zaman eksik olmamıştır... [sayfa 52]

...

Sömürgelerdeki doğrudan siyasi-askeri-polis kontrolünün kaldırılması ile sömürgeciliğin sona ereceğine inanılmaktaydı. Ancak günümüzde, üçüncü dünyanın [doğal] kaynakları, sömürge dönemindekinden çok daha yüksek

hacimlerde emperyalist ülkelere taşınmaktadır. Bu nedenle, Türk Devleti ile Kürdistan'a arasındaki ilişki bir emperyalizmi bitiren sınıftan değildir. Ayrıca siyasi, askeri, kültürel, ideolojik baskıyı içeren bir durumdan da bahsedilebilir. Bu nedenle, doğrudan bir sömürge durumu yürürlüktedir." [sayfa 59]

12. Kitabın 3 Mayıs 1991 tarihinde yayınlanmasının yargı mercilerine sunulduğu görülmektedir.

C. Başvurana karşı yapılan ilk takibat aşaması

13. 2 Ağustos 1991 tarihinde İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Savcısı, söz konusu kitabın içeriğini dikkate alarak başvuran aleyhinde bir iddianame hazırlamıştır. Kitabın yazarı sıfatıyla birinci başvuran, Terörle Mücadele Yasasının ("1991 Yasası") 8 (1) Maddesi uyarınca Devletin bölünmez bütünlüğü aleyhinde propaganda yapmaktan suçlanmıştır. İkinci başvuran ise yayıncı şirketin sahibi olarak, 1991 Yasasının 8 (2) maddesi uyarınca suçlanmıştır. İddianamede, kitabın yukarıdaki 11. paragrafta belirtilen bölümlerinden alıntılar yapmıştır.

14. Devlet Güvenlik Mahkemesi'nde yapılan takibatta başvuranlar suçlamaları reddetmiş ve beraatlarını talep etmişlerdir.

Birinci başvuran, kitabının bir propaganda olarak kabul edilemeyecek bir akademik çalışma olduğunu savunmuştur. Bir profesör olarak araştırma yapma ve sonuçlarını yayınlama görevinde olduğunu ve "gerçeklerin resmi şeklini" kabul etmeye zorlanamayacağını belirtmiştir. Kitabı mahkemeler tarafından değil ancak akademisyenler tarafından muhakeme edilebilecektir. Bir şahsın görüşlerini ifade etmesi nedeniyle yargılanması ve mahkum edilmesine izin verilmemelidir.

İkinci başvuran da, kitabın sadece bir bölümünden yapılan alıntılar ile tamamına ilişkin bir değerlendirme yapılmasının mümkün olmayacağını öne sürmüştür. 1991 Yasasının 8. Maddesinin Türk Anayasası ve Türkiye'nin uluslararası yükümlülüklerine aykırı olduğunu iddia etmiştir. Türkiye'de bir "Kürt sorunu" vardır ve bu soruna ilişkin yorumlar yapılması ve görüşlerin belirtilmesi bir suç oluşturamaz.

15. 18 Mart 1992 tarihli bir nihai görüşlerinde Cumhuriyet Savcısı birinci başvuranın 1991 Yasasının 8 (1) Maddesi ve ikinci başvuranın ise 8 (2) Maddesi uyarınca mahkum edilmesi ile birlikte kitabın tüm baskılarının toplatılması talebinde bulunmuştur. Cumhuriyet Savcısı suç tarihini 3 Mayıs 1991 olarak tespit etmiştir.

16. 14 Ekim 1992 tarihinde Mahkeme tarafından başvuruların beraatına karar verilmiştir. Kitabın bir bütün olarak, propaganda unsuru taşımayan bir akademik çalışma olduğu sonucuna varmıştır.

17. Karar Cumhuriyet Savcısı tarafından temyiz edilmiştir. Kitabın, Türk topraklarının belli bir bölümünün “Kürdistan” a ait olduğu ve bunun Türkler tarafından istila edilerek sömürge haline getirildiği iddiasını içerdiğini öne sürmüştür. Kitabın gerçekte Devletin bölünmez bütünlüğüne karşı propaganda yaptığı sonucuna ulaşarak, kararın iptali isteminde bulunmuştur.

18. 4 Şubat 1993 tarihinde Yargıtay davaya bakan mahkemenin kararını iptal ederek, davayı görülmek üzere mahkemesine geri göndermiştir. Aşağıdaki gerekçeleri göstermiştir:

“Kitabın 51’den 69’a kadar olan sayfalarındaki yazılarda [...] Türkiye Cumhuriyeti sınırları dahilindeki bir bölgenin, Kürt ulusuna ait olan Kürdistan’ın bir parçası olduğu ve anılan toprakların Türkler tarafından istila edildiği ve sömürge durumuna tabi tutulduğu belirtilmiştir. İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi, eleştiri sınırlarını aşan ve Türkiye Cumhuriyeti Devletinin bölünmez bütünlüğü aleyhinde propaganda yapılmasına tekabül eden bu [yukarıdaki] ifadeyi dikkate almaksızın sanıklar [her ikisini] “suçsuz” bulmuştur.

Karar ... kanunlara aykırı olup, bu nedenle Cumhuriyet Savcısı tarafından gösterilen temyiz gerekçeleri onanmıştır. Bu sebeple, oybirliği ile kararın iptaline karar verilmiştir.

D. Başvuranlar aleyhindeki takibatın ikinci aşaması

19. 5 Ağustos 1993 tarihli kararında, İstanbul Devlet güvenlik Mahkemesi başvuruları söz konusu suçlamalardan suçlu bulmuştur. Birinci başvuruyu iki yıl hapis cezası ve 50,000,000 Türk Lirası (TL) para cezasına ve ikinci başvuruyu altı ay hapis ve 50,000,000 TL para cezasına çarptırmıştır. Başvuranların yargılama sırasındaki iyi halini de göz önüne alarak mahkeme birinci başvuranın cezasını bir yıl sekiz ay hapis ve 41,666,666 TL para cezasına ve ikinci başvuranın cezasını beş ay hapis ve 41,666,666 TL para cezasına indirmiştir. Diğer yandan Mahkeme Cumhuriyet Savcısının kitabın toplatılması istemini reddetmiştir.

Mahkumiyetlerin desteklenmesi için, Mahkeme aşağıdaki gerekçeleri öne sürmüştür:

“Suç konusu kitabın incelenmesi üzerine;

51 ve 59. sayfalarda “*Kürt meselesi, Milli Mücadelenin [Türk Ulusal Kurtuluş Savaşı (1991-1922)] ve Türk sosyal oluşumunun evrimine ilişkin analizde önemli bir rol oynamaktadır. Kürt sorunu ve Kürdistan’ın sömürgeleştirilmesi gerçekten de çok önemlidir ve bu nedenle bir başka kitabın konusunu teşkil etmektedir. Ayrıca, sorun sadece Türkiye ile de ilişkili değildir. Bölgede bulunan dört devletin (Türkiye, İran, Irak, Suriye) yerel politikalarının oluşumu ...*”, *Kurtuluş Savaşı olarak sunulan şeyin gerçekte bir “Kurtuluş Hareketi” olup olmadığını tartışmak. Şüphesiz ki, Kürdistan’ın (Sovyetler Birliği sınırları içindeki küçük alanın göz ardı edilmesi halinde) dört farklı Devletin sınırları dahilinde olması, emperyalistlere bu Dört Devlet üzerinde çok kolay “kontrol” sağlamaktadır...*”,

52. sayfada “*Diğer yandan, Cumhuriyet’in kuruluşundan bu yana [1923] takip edilmekte olan ırkçı inkar politikası, Türkiye’deki ırkçı hareketin gelişiminde önemli bir etkeni teşkil etmiştir... Var olan bir ulusun “akıl ile yok edilmesi” mümkün değildir...*”,

ve 59. sayfada “*Türk Devleti ile Kürdistan arasındaki ilişki bir emperyalizmi bitiren sınıftan değildir. Ayrıca siyasi, askeri, kültürel, ideolojik baskıyı içeren bir durumdan da bahsedilebilir. Bu nedenle, doğudan bir sömürge durumu yürürlüktedir.*”

ifadeleri ile Türkiye Cumhuriyeti’nin belli bir bölümünün Kürdistan olarak tanımlandığı, Türkiye Cumhuriyeti’nin bu bölgeyi sömürge olarak yönettiğinin ilan edildiği ve böylece toprakları ve ulusu ile bölünmezliğine zarar vermeye yönelik

propaganda yapmayı hedeflediği anlaşılmıştır. Bu sebeple, sanığın kanıtlanan eylemlerinin tabi olduğu 3713 Sayılı kanun hükümleri kapsamında aşağıdaki mahkumiyete karar verilmiştir.

20. Başvuranlar kararı Yargıtay’da temyiz etmiş ve bunun üzerine dava duruşmalı olarak görülmüştür. Başvuranlar Devlet Güvenlik Mahkemesi nezdinde yapmış oldukları savunmayı yinelerken, son anılan mahkemenin kitabı bir bütün olarak ele almadığını ve kararını sadece bir bölümün değerlendirilmesi üzerine tesis ettiğini vurgulamıştır. Birinci başvuran, 1991 Yasasının 8. Maddesinin Türk Anayasası ve Sözleşmeye aykırı olduğunu ve bu hüküm uyarınca yargılanarak mahkum edilemeyeceğini iddia etmiştir. Ayrıca, 1991 Yasasının ilgili hükümlerindeki yeterli açıklığın bulunmadığına ilişkin önceki iddialarına da atıfta bulunmuştur. İkinci başvuran, Madde 8 (2)’de sadece bir para cezasının öngörülmüş

olduğu gerekçesiyle mahkumiyetinin kanunlara aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

21. 22 Aralık 1993 tarihinde tebliğ edilen, 16 Aralık 1993 tarihli kararıyla Yargıtay tarafından İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesinin esasları onanmış ve temyiz talepleri reddedilmiştir.

E. Müteakip gelişmeler

22. 18 Mart 1994 tarihi itibarıyla birinci başvuran, Devlet Memurları Kanununun (367 Sayılı Kanun) 98. Maddesinin 2. Fıkrası uyarınca Ankara Üniversitesi'ndeki öğretim görevlisi görevinden atılmıştır. İlgili karar, 1991 Yasası kapsamındaki mahkumiyeti ile 20 ay hapis cezasına çarptırılmasına atıfta bulunmuştur.

23. 3 Ekim 1997 tarihinde Devlet Güvenlik Mahkemesi, söz konusu kitabın altıncı baskısının toplatılması emrine ilişkin savcılık istemini kabul etmiştir.

24. Başvuranlar mahkumiyetlerini hapiste geçirmiş ve para cezalarını ödemiştir. 27 Ekim 1995 tarih ve 4126 Sayılı Kanun ile 1991 Yasasının değiştirilmesinden sonra, İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi ikinci başvuranın davasını yeniden incelemiştir. 19 Nisan 1996 tarihinde, cezasının tamamlanmış olduğu gerekçesiyle Mahkeme, anılan değişikliklerin davada uygulanamayacağı kararına varmıştır.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK

A. Ceza Kanunu

1.Ceza Kanunu (765 Sayılı Kanun)

25. Ceza Kanununun ilgili maddeleri şu şekildedir:

2. Madde, 2. Fıkra

“Bir cürüm veya kabahatin işlendiği zamanın kanunu ile sonradan neşir olunan kanunun hükümleri birbirinden farklı ise failin lehinde olan kanun tatbik ve infaz olunur.”

36. Madde, 1. Fıkra

“Mahkumiyet halinde cürüm veya kabahatte kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan eşya mahkemece zabıt ve müsadere olunur ...”

2. Basın Kanunu (15 Temmuz 1950 Tarih ve 5680 Sayılı Kanun)

26. 1950 Tarihli Basın Kanunu'nun ilgili hükümleri şöyledir:

3. Madde

“Gazetelere, haber ajansları neşriyatına ve belli aralıklarla yayınlanan diğer bütün basılmış eserlere bu Kanunda "mevkute" denir.

Basılmış eserlerin herkesin görebileceği veya girebileceği yerlerde gösterilmesi veya asılması veya dağıtılması veya dinletilmesi veya satılması veya satışa arzı ‘neşir’ sayılır.

Fiilin ayrıca suç teşkil etmesi hali müstesna olmak üzere, basın suçu neşir ile vücut bulur.”

3. Terörle Mücadele Kanunu (12 Nisan 1991 Tarih ve 3713 Sayılı Kanun)^[3]

27. 1991 Tarihli Terörle Mücadele Kanunu'nun ilgili hükümleri şu şekildedir:

8. Madde

(27 Ekim 1995 Tarih ve 4126 Sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki hali)

"[1] Türkiye Cumhuriyeti Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı hedef alan yazılı ve sözlü propaganda ile toplantı, gösteri ve yürüyüş kullanılan yöntem veya amaca bakılmaksızın, yapılamaz. Yapanlar hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis ve elli milyon liradan yüz milyon liraya kadar ağır para cezası hükmolunur.

[2] Birinci fıkrada belirtilen propaganda suçunun 5680 sayılı Basın Kanununun 3' üncü maddesinde belirtilen mevkuteler vasıtası ile işlenmesi halinde, ayrıca sahiplerine de mevkute bir aydan az süreli ise, bir önceki ay ortalama satış miktarının veya suçun mevkuteler haricinde basılı malzemeleri içermesi veya mevkutenin yeni açılmış olması durumunda en büyük tiraja sahip olan günlük gazetenin bir önceki ay ortalama satış miktarının^[4] yüzde doksanı kadar ağır para

cezası verilir. Ancak, bu para cezaları yüz milyon liradan az olamaz. Bu mevkutelerin sorumlu müdürlerine, sahiplerine verilecek para cezasının yarısı uygulanır ve altı aydan iki yıla kadar hapis cezası hükmolunur”

8. Madde

(27 Ekim 1995 tarih ve 4126 Sayılı Kanun ile değişik)

“[1] 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.

[2] Birinci fıkrada belirtilen propaganda suçunun 5680 sayılı Basın Kanununun 3 üncü maddesinde belirtilen mevkuteler vasıtası ile işlenmesi halinde, ayrıca sahiplerine de mevkute bir aydan az süreli ise, bir önceki ay ortalama satış miktarının yüzde doksanı kadar ağır para cezası verilir. Ancak, bu para cezaları yüz milyon liradan az olamaz. Bu mevkutelerin sorumlu müdürlerine, sahiplerine verilecek para cezasının yarısı uygulanır ve altı aydan iki yıla kadar hapis cezası hükmolunur.

[3] Birinci fıkrada belirtilen propaganda suçunun ikinci fıkrada yazılı mevkuteler dışında basılı eser ve sair kitle iletişim araçları ile işlenmesi halinde, sorumluları ve ayrıca kitle iletişim araçları sahipleri hakkında altı aydan iki yıla kadar hapis, yüz milyon liradan üç yüz milyon liraya kadar ağır para cezası hükmolunur...

...”

Hükümet 8. Maddenin uygulanmasına ilişkin içtihatları sunmuş olup, bunlara ilişkin ayrıntılar işbu karar ile aynı tarihli olan süre (No. 1) kararının 29. paragrafında sunulmuştur.

13. Madde

(27 Ekim 1995 Tarih ve 4126 Sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki hali)

“Bu Kanun kapsamına giren suçlardan dolayı verilen cezalar, para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilemez ve ertelenemez.”

13. Madde

(27 Ekim 1995 Tarih ve 4126 Sayılı Kanun ile değişik)

“Bu Kanun kapsamına giren suçlardan dolayı verilen cezalar, para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilemez ve ertelenemez.

Ancak bu madde hükmü, 8’inci madde uyarınca verilen mahkumiyet

kararları için uygulanmaz.”

B. Devlet Güvenlik Mahkemeleri

28. Devlet Güvenlik Mahkemesinin kuruluş ve usullerine ilişkin ilgili yerel kanunun özeti, işbu karar ile aynı tarihte verilmiş olan Sürek – Türkiye (No. 1) kararının 32-36. paragraflarında sunulmuştur.

KOMİSYON HUZURUNDA YAPILAN TAKİBAT

29. Sn. Başkaya ve Sn. Okçuoğlu sırasıyla 22 Şubat ve 9 Haziran 1994 tarihlerinde Komisyon’a başvurmuştur. Her iki başvuran, suçlanan kitabın yayınlanması gerekçesiyle mahkumiyetlerinin Sözleşme’nin 9. Madde (düşünce ve vicdan özgürlüğü hakkı) ve 10. Madde (ifade özgürlüğü hakkı) hükümlerinin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Başvuranlar ayrıca, 7. Madde (geriye dönük cezalandırma yasağı) ve 6. Madde 1. fıkra (bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkı) hükümlerine ilişkin ihlallerden de şikayetçi olmuşlardır. Birinci başvuran, takibatın adil olmaması nedeniyle bu hüküm ile 6. Madde 2. Fıkra (suçu sabit görülene kadar masum sayılma hakkı) hükmünün de ihlal edildiğini iddia etmiştir. Ek olarak ikinci başvuran, mahkumiyetinin 10. Madde bağlamında 14. Maddenin (ayırım yasağı) de ihlalini içerdiğini iddia etmiştir.

30. Komisyon başvuruları (no. 23536/94 ve 24408/94) sırasıyla 2 Eylül ve 14 Ekim 1996 tarihlerinde kabul edilebilir ilan etmiştir. 13 Ocak 1998 tarihli raporunda (eski 31. Madde) Komisyon, (oybirliği ile) başvuranların mahkumiyetlerinin 10. Madde ve (31 oya karşı 1 oy ile) davalarının bağımsız ve tarafsız bir mahkemede görülmemesi nedeniyle 6. Madde 1. fıkra hükümlerinin ihlalini teşkil ettiği şeklinde görüş bildirmiştir. Ayrıca komisyon 7. Madde ihlalinin birinci başvuran açısından mevcut olmadığı (31 oya karşı 1 oy), ancak ikinci başvuran açısından mevcut olduğu (oybirliğiyle) sonucuna ulaşmıştır. 6. Madde kapsamında yapılan diğer şikayetlerin incelenmesine yer olmadığına ve 10. madde bağlamında 14. Madde kapsamındaki ikinci başvuranın şikayetinin ayrı bir husus teşkil etmediği sonucuna varmıştır.

Komisyonun görüşü ile rapor içinde bulunan bir muhalif görüşün tam metni bu kararın ekinde sunulmuştur¹.

MAHKEMEYE YAPILAN NİHAİ SUNUMLAR

31. Başvuranlar, Mahkemeden sunmuş oldukları görüşlerinde muhatap Devletin Sözleşmenin 6. Maddenin 1. fıkrası ile 7, 9 ve 10. Madde kapsamındaki yükümlülüklerini ihlal ettiğine karar verilmesini talep etmiştir. Birinci başvuran ayrıca Mahkeme’den 3. ve 14 maddenin de ihlal edilmiş olduğu kararının verilmesi isteminde bulunmuştur. Her iki başvuran kendilerine 41. madde kapsamında adil tazminin tahsis edilmesini Mahkeme’den istemişlerdir.

Hükümet kendi adına Mahkeme'den başvuruların şikayetlerini reddetmesini istemiştir.

HUKUK AÇISINDAN

I. MAHKEME NEZDİNDEKİ DAVA KAPSAMI

32. Birinci başvuran Mahkeme'ye verdiği dilekçesinde, kanaatine göre hapisaneden yedi ay geç tahliye edildiği gerekçesi ile Sözleşme'nin 3. Maddesi (aşağılayıcı ceza yasağı) ve 14. Maddesinin (ayrım gözetme yasağı) ihlal edildiğini iddia etmiştir.

33. Ancak, bu yeni şikayetler davanın kabulüne ilişkin Komisyon kararı kapsamında değildir. Mahkeme'nin bu nedenle anılan taleplere bakma yetkisi bulunmamaktadır (bakınız örneğin, 27 Kasım 1992 tarihli Olsson – İsveç kararı (no. 2), A serisi, 250, s. 30-31, 75. madde).

II. SÖZLEŞME'NİN 7. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

34. Sn. Başkaya ve Sn. Okçuoğlu, 1991 tarihli Terörle Mücadele Yasasının 8. bölümünün sırasıyla 1 ve 2. fıkraları uyarınca mahkum edilmelerinin ve hüküm giymelerinin, aşağıdaki hükümleri içeren Sözleşme'nin 7. maddesini ihlal ettiğini iddia etmişlerdir:

1. Hiç kimse işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre bir suç sayılmayan bir fiil veya ihmalden dolayı mahkum edilemez. Yine hiç kimseye, suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

2. Bu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir fiil veya ihmalden suçlanan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir.

Başvuru sahipleri, sözkonusu kitabın tamamen bir akademik araştırma olduğundan dolayı uygulanmış olan önlemlerin kanun dışı olduğunu iddia etmişlerdir. 1991 Yasasının 8. bölümündeki hükümlerin açık olmaması ve "Devletin bölünmez bütünlüğüne karşı propaganda yapılması" terimindeki belirsizlik sebebiyle ilgili tarihte anılan yayının bir suç olarak öngörülmesinin mümkün olmadığını savunmuşlardır. Başvuru sahipleri ayrıca yargılamanın birinci aşamasında Devlet Güvenlik Mahkemesinin, kitabın herhangi bir propaganda unsuru içermeyen bir akademik çalışma olduğu gerekçesi ile kendilerine beraat kararı verdiğini belirtmişlerdir.

35. Hükümet anılan iddialara itiraz etmiştir. Komisyon birinci başvuran açısından 7. Maddenin ihlal edilmediğini ancak ikinci başvuran tarafından bir ihlalin söz konusu olduğuna ilişkin görüş bildirmiştir.

36. Mahkeme, emsal kararına göre 7. Maddenin bir suçun ancak kanun tarafından tanımlanıp, cezanın öngörebileceği (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) ilkesini ve ceza kanununun bir analogi ile kapsamlı şekilde sanığın aleyhine yorumlanmaması ilkesini içerdiğini hatırlatmaktadır. Bu ilkelerden, suç ve ilgili yaptırımın kanunlarda açık şekilde tanımlanması gerektiği sonucuna varmaktadır. Bireyin ilgili hükmün metninin ve gerektiğinde mahkemelerin yorumunun yardımı ile kendisinin suçtan sorumlu olmasına neden olabilecek hareket ve ihmallerinin bilinir hale getirilmesi ile bu şart karşılanmaktadır.

“Hukuk”tan bahsederken 7. Madde, Sözleşmenin aynı terimin kullanıldığı başka yerlerinde gönderme yaptığı aynı kavramı ima etmektedir ki, bu kamu hukuku ile birlikte içtihat kararlarını da içerir ve başta erişim ve öngörülebilir olmak üzere nitel gerekleri ima etmektedir (bakınız 15.11.1996 tarihli Cantoni – Fransa kararı, 1998-V Raporları, No. 20, ss. Madde 29; 22 Kasım 1995 tarihli S.W. ve C.R. – Birleşik Krallık kararı, A Serisi, sırasıyla no. 335-B ve 335-C, ss. 41-42, 35. Madde, ve ss. 68-69, 33. Madde).

37. Birinci başvuran açısından Komisyon bölüm 8 (1)’in, gerektiğinde uygun yasal tavsiye sonrasında, konuya ilişkin hareketlerini düzenlemesi açısından yeterli ölçüde açık olduğunu ve böylece öngörülebilirlik şartının yerine getirilmiş olduğu kanaatindedir.

38. İkinci başvuran açısından, Komisyon’un, mahkumiyetin “*nullum crimen sine lege*” ilkesine uygunluğu konusunda şüpheleri mevcuttur. İlgili tarihte yürürlükte olan haliyle bölüm 8 (2) süreli yayınlar dışındaki yayınlara bir gönderme yapmasına rağmen, bu hükmün “propaganda suçunun” Basın Kanununun 3. bölümü anlamında süreli yayınların yayınlanması ile işleneceğine ilişkin bir genel hipotez içeriyor gibi görünmektedir.

Ayrıca, Komisyon bölüm 8 (2)’de ikinci başvuranın hapis cezasına çarptırılmasına ilişkin bir dayanak bulunmadığı ve dolayısıyla “*nulla poena sine lege*” ilkesinin bu davada ihlal edildiği görüşündedir.

39. Mahkeme, sözkonusu alanda kesin bir hassasiyet ile kanunların çerçevelenmesinin zor olabileceğini ve bir yayının Devletin bölünmez bütünlüğüne karşı bölücü propaganda olup olmadığının ulusal mahkemelerce değerlendirilmesi için belli ölçüde bir esnekliğin gerekli olabileceğini kabul etmektedir.

Ancak, net şekilde tasarlanmış bir yasa hükmünde zorunlu bir adli yorumlama unsuru mevcuttur. Her zaman şüpheli noktaların açıklığa kavuşturulması ve değişen şartlara göre uyarlama yapılması gerekli olacaktır.

Başvuru sahipleri tarafından iddia edilenin aksine, 8. bölüm Devlet güvenlik Mahkemesine suçun kapsamının yorumlanması için aşırı kapsamlı bir inisiyatif vermemiştir. Bölüm 8'in birinci alt bölümünde suçun bir tanımı mevcut olup, cezaların öngörüldüğü ikinci alt bölüm suç kapsamında olan yayınların türleri ve bunlardan kimlerin sorumlu olabileceğine ilişkin göstergeler sunmuştur. Komisyon'un görüşünün aksine, Mahkeme yayınların ilgili tarihte açık şekilde "sürelili yayınlar dışındaki baskıları" da belirten bu hüküm kapsamına girdiği konusunda herhangi bir şüphenin mevcut olmadığı görüşündedir.

Ayrıca, Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin 8. bölüme ilişkin yorum ve uygulamalarının istinaf Mahkemesinde bir temyiz konusu teşkil ettiği de dikkate alınmalıdır. Gerçekte, Devlet güvenlik Mahkemesi'nde başvuru sahiplerinin beraatından sonra ilk davalarda dayanak teşkil eden ve başvuru sahiplerinin mahkumiyetine yol açan İstinaf Mahkemesi'nin yorumu olmuştur.

40. Mahkeme'nin kanaatine göre, Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından ikinci dava serisinde başvuru sahiplerinin mahkumiyetine yol açan ve İstinaf Mahkemesi tarafından da onanan ilgili kanuna ilişkin yorumlamanın, anılan durumlar karşısında makul ölçüde öngörülebilenin haricine çıkmamıştır. Mahkeme, 1991 Tarihli Yasanın 8. bölümü kapsamında başvuru sahiplerinin mahkum edilmesinde Sözleşme'nin 7. maddesi bünyesindeki *nullum crimen sine lege* ilkesinin ihlali olmadığı sonucuna varmıştır.

41. Verilen cezaya ilişkin olarak Mahkeme, bölüm 8 (1) kapsamında mahkum edilen birinci başvurana ilgili hüküm kapsamında en düşük cezanın verilmiş olduğunu ve bunun da Sözleşme'nin 7. maddesine ilişkin herhangi bir talebe yol açamayacağına işaret etmektedir.

42. Diğer yandan ikinci başvuran, yayıncıların sadece para cezası ile cezalandırılmasını ve editörlere ilişkin cezaları açıkça öngören bölüm 8 (2)'nin bir hükmü kapsamında hapis cezasına çarptırıldığından şikayetçi olmuştur. Bu bağlamda Hükümet, bölüm 8 (2)'nin yayıncılar açısından uygulanmasının normalde bölüm 8 (1)'e göre ilgilinin lehinde olacağını vurgulamıştır. Durumun anılan şekilde olduğu kabul edilse dahi, bölüm 8 (2)'nin editörler ve yayıncılara verilen cezalarına ilişkin özel bir hükümiçerdiği ve mevcut davada yayıncı başvurana verilen cezanın aynı alt bölümde editörlerin cezalandırılmasına ilişkin kural üzerine aşırı kurguya dayandığı görülmektedir.

Bu şartlar altında, Mahkeme ikinci başvurana uygulanan hapis cezasının 7. Madde bünyesinde bulunan *nulla poena sine lege* ilkesi ile uyumlu olmadığını düşünmektedir.

43. Sonuç olarak, birinci başvuran ile ilgili olarak Mahkeme mahkumiyet ve ceza açısından Sözleşme'nin 7. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

İkinci başvuran ile ilgili olarak Mahkeme mahkumiyete ilişkin olarak 7. Maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

Ancak Mahkeme, hapis süresi ile ilgili kararın anılan Maddeyi ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

III. SÖZLEŞMENİN 9. VE 10. MADDELERİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

44. Başvuru sahipleri, mahkumiyet ve cezaları ile ilgili olarak sırasıyla Sözleşme'nin 9. ve 10. maddeleri ile güvence altına alınmış olan düşünce özgürlüğü ve ifade özgürlüklerine haklı sebep olmaksızın merciler tarafından müdahale edildiğini iddia etmişlerdir.

Mahkeme de, Komisyon'un görüşüne paralel olarak, başvuru sahiplerinin şikayetine ilişkin olayların, aşağıdaki hükümleri öngören 10. Madde kapsamında incelenmesi gerektiği kanaatine varmıştır:

“1. Herkes ifade 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 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.”

45. Hükümet, başvuru sahiplerinin ifade özgürlüklerine yapılan müdahalenin 10. Madde'nin ikinci paragrafı hükümleri uyarınca haklı sebebe dayandırıldığını savunmuştur. Diğer yandan, Komisyon başvuru sahiplerinin iddialarını kabul etmiştir.

A. Müdahalenin Mevcudiyeti

46. Mahkeme başvuruların 1991 Tarihli Yasa'nın 8. bölümü uyarınca suçlu bulunup hüküm giymiş olmaları nedeniyle, başvuru sahiplerinin ifade özgürlüğü hakkına bir müdahalenin yapılmış olduğunun açık olduğunu ve bu konuda bir itirazın sunulmadığını kaydetmiştir.

B. Müdahalenin Haklı Sebebe Dayanması

47. Yukarıda anılan müdahaleler, “kanunlar tarafından öngörüldüğü üzere”, 10. Madde'nin 2. fıkrasında belirtilen haklı sebeplerden bir veya daha fazlasına dayandığı ve anılan hedef veya hedeflerin elde edilmesi için bir demokratik toplumda gerekli olanların haricinde, Madde 10 ihlallerini teşkil etmektedir. Mahkeme bu ölçütleri sırasıyla inceleyecektir.

1. “Kanunlar Tarafından Öngörülme”

48. Mahkeme huzurunda hazır bulunan taraflardan hiç biri, Madde 7 kapsamında talep edilenlere göre önemli ölçüde farklılık gösteren, 10. Maddenin 2. fıkrası kapsamındaki “kanunlar tarafından öngörülme” gereğine ilişkin bir iddia da bulunmamıştır (bakınız yukarıdaki 33-34, 36-37 paragraflar).

49. Mahkeme kendi namına, iki hüküm kapsamındaki gereklerin büyük ölçüde benzer olduğunu ve dolayısıyla yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı birinci başvuranın mahkumiyet ve cezasının “kanun tarafından öngörüldüğü” sonucuna varmıştır.

50. İkinci başvuran ile ilgili olarak, Madde 7 ile dava ile ilgili olan 10.

Maddenin 2. fıkrası arasında bir fark mevcuttur. 7. madde kapsamında ilgili hareketin “işleniş tarihinde” bir suç unsuru teşkil etmesi ceza verilmesine yönelik bir şarttır. Bunun aksine 10. maddenin 2. fıkrasında müdahale teşkil eden önlemlerin uygulanma tarihi de söz konusudur ki, bu da meşruluk hususuna ilişkin bir durumdur.

51. Söz konusu davada, iddia edilen suç kitabın yayınlanmasıyla 3 Mayıs 1991 tarihinde işlenmiştir. Yukarıda Mahkeme, suçun işlenir tarihinde yürürlükte olan kanunun bu Madde kapsamındaki meşruluk şartını yeterince yerine getirmiş olduğu gerekçesi ile birinci başvuruda olduğu üzere ikinci başvuranın mahkumiyetinin 7. maddeyi ihlal etmediği sonucuna varmıştır.

Ancak 27 Temmuz 1993 tarihi itibarıyla, ikinci başvuranın mahkumiyetini öngören bölüm 8 (2)’nin yayıncılara ilişkin hükmü Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Dolayısıyla, suçun işleniş tarihinde yürürlükte olan hüküm, ikinci başvuranın mahkum edildiği 5 Ağustos 1993 tarihinde ve bu cezanın İstinaf Mahkemesi tarafından onandığı tarihte yürürlükten kalkmıştır.

Dolayısıyla, yetkili mahkemelerin “failin lehinde olan kanun tatbik ve infaz olunur” hükmünü içeren Ceza Kanunu’nun 2. Maddesinin 2. fıkrasına uygun davranmadığı tespit edilmiştir (bakınız yukarıdaki 25. paragraf).

Bu tarihçe karşısında, Mahkeme ikinci başvuranın ne mahkumiyetinin ne de cezasının kanunlar tarafından öngörüldüğü nedeniyle Sözleşme’nin 10. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

52. Yukarıda varılan sonuç dikkate alındığında, ilke olarak 10. Maddenin 2. paragrafının gereklerinin ikinci başvuranın davasında uygunluğunun incelenmesi gerekmemektedir (bakınız, 24 Nisan 1991 tarihli Huvig ve Kurslin – Fransa davası, A Serisi, No. 176-A ve sırasıyla s. 25, 37. madde ve s. 57, 36. madde). Ancak, sözkonusu şartlara ilişkin iddia edilen uygunsuzluk her iki başvuranın şikayeti açısından temel unsur teşkil ettiğinden, Mahkeme başvuru sahipleri arasında ayırım yapmaksızın bu hususları inceleyecektir.

2. Meşru amaç

53. Başvuru sahipleri, şikayet konusu müdahalenin amacının Devlet’in “resmi

görüşü” ile uyuşmayan tüm fikirlerin susturulması olduğunu iddia etmişlerdir.

54. Hükümet, başvurulara karşı alınan önlemlerin 1991 Tarihli Yasanın 8. bölümüne dayalı olduğunu tekrarlamıştır. Bu hükmün, ülke bütünlüğünün, ulusal birliğin, milli güvenlik gibi hususların korunması ve asayişsizlik ve suçun önlenmesini amaçladığını bildirmiştir. Başvuru sahiplerinin bu hususları tehdit eden PKK'nın eylemlerini haklı çıkarmaya yönelik bölücü propaganda yaptıklarından dolayı başvuru sahiplerinin mahkumiyetinin bu meşru hedefler uyarınca olduğunu savunmuştur.

55. Komisyon, başvuru sahiplerinin mahkumiyetinin, yetkililerin terörist faaliyetler ile mücadele ve ulusal güvenlik ve kamu emniyetinin sağlanmasına yönelik çalışmaların bir parçası olduğunu ve bunun da 10. maddenin 2. fıkrası kapsamında meşru olduğu sonucuna varmıştır.

56. Mahkeme, Güneydoğu Türkiye'deki güvenlik durumunun hassasiyetini (Bakınız 25 Kasım 1997 tarihli Zana – Türkiye kararı, 1997-VII Raporları, s. 2539, 10. Madde) ve yetkililerin gereksiz şiddeti destekleyecek hareketlere karşı tetikte olma gereğini de dikkate alarak, başvuru sahipleri 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. “Bir Demokratik Toplum için Zaruret”

(a) Mahkeme huzurunda bulunanların iddiaları

(i) Başvuranlar ve Komisyon

57. Başvuru sahiplerinin de görüşlerini paylaştığı Komisyon, ifade özgürlüğünün örneğin duruma ilişkin arka plan nedenlerin incelenmesi veya sorunların çözümlenmesine ilişkin fikirlerin ifade edilmesi de dahil olmak üzere, söz konusu röportajın temelde bir analitik özelliğe sahip olduğu kanaatindedir. Röportajı veren kişinin Kürt sorunu ve ilgili hususlara ilişkin görüşlerini ılımlı bir şekilde ifade ettiğini ve herhangi bir şekilde Kürt bölücü çabaları bağlamında şiddet kullanımı ile kendisini bağdaştırmadığını belirtmiştir. Komisyon, başvuru sahiplerinin şiddetin kullanımına ilişkin bağlılıklarını belirten herhangi bir yorumu eklemediğine dikkat çekmiştir. Komisyon, başvuru sahipleri aleyhinde uygulanan önlemlerin etkisinin önemli siyasi hususlar konusunda kamuoyu tartışmalarına

caydırıcılık teşkil etmeye yönelik bir sansür olduğu kanaatindedir.

58. Ayrıca, başvuru sahipleri adli takibatın, bir kitap içinde yayınlanmış bilimsel araştırmaların görüşülmesi için uygun forum olmadığı ve bu hususun entelektüeller, akademisyenler veya genel olarak okuyucuya bırakılması gerektiğini öne sürmüştür. Başvuru sahipleri, Devlet'in "resmi ideolojisi" yerine yazarın kitabı içinde ele aldığı konuya ilişkin gerçeğin tespit edilmesine yönelik görüş ve çabaları yansıtan bir araştırmanın yayınlanması nedeniyle cezalandırılmış olduklarını belirtmişlerdir.

Her iki başvurana de kendilerine karşı uygulanan önlemin Madde 10 kapsamındaki haklarına haksız müdahale teşkil ettiğini öne sürmüşlerdir.

(ii) Hükümet

59. Hükümet kitabın yayınlanmasından sonra başvuru sahiplerinin mahkum edilmesi ile Türk Mahkemelerinin başvuru sahiplerinin ifade özgürlüğü ile halkın, aleni veya örtülü olarak demokratik rejimi yıkmaya yönelik hedefleri olan, silahlı gruplara karşı korunma hakkı arasında adil bir dengenin sağlanmış olduğunu savunmuştur. Türkiye'yi Kürdistan'ı ezen bir sömürgeci olarak tanımlayan kitabın 4. bölümünün Türkiye topraklarında yeni bir devletin oluşturulmasını amaçlayan PKK terörizmini haklı çıkarmaya çalıştığı anlamına gelmektedir. Başka bir deyişle, PKK terör kampanyasına moral desteğinin sağlanması ile kitap şiddete teşvik etmektedir. Bu bağlamda, Hükümet kitaptan birkaç alıntı yapmıştır.

60. Hükümet, başvuru sahiplerine 1991 tarihli kanunun 8. bölümü kapsamında uygulanan yaptırımın çeşitli meşru çıkarlarının korunması için zorunlu bir ihtiyaca tekabül ettiği görüşündedir. Kendilerine karşı alınmış olan önlemler, bu alanda yetkililerin değerlendirme marjı dahilinde olduğunu ve müdahalelerin Sözleşme'nin 10. Maddesinin 2 fıkrasının haklı sebebe dayandığını savunmuştur.

(b) Mahkeme'nin değerlendirmesi

61. Mahkeme, örneğin 25 Kasım tarihli Zana – Türkiye kararı (yukarıda anılan, ss. 2547-48, Madde 51) ile 21 Ocak 1999 tarihli Fressoz ve Roire – Fransa kararında (1999 Raporları, s. ..., Madde 45) belirtildiği üzere 10. Maddeye ilişkin kararların temel ilkesini yinelemektedir.

(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 kırııcı, 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, tabi 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 bağdaşır 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.

62. Mahkeme ayrıca 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 şahıslar 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.

63. Mahkeme, kitabın sözkonusu bölümlerinden kullanılan kelimeler ve bu kelimelerin yayınlanmış olduğu bağlam üzerinde özellikle duracaktır. Bu bağlam açısından, kendisine sunulan davaların tarihçelerine, özellikle terörizmin engellenmesine ilişkin sorunları dikkate alacaktır. (bakınız yukarıda belirtilen Incal – Türkiye kararı, s. 1568, 58. Madde).

64. İlk olarak, ilgili bölümlerin Türkiye topraklarının bir bölümünü “Kürdistan” a ait olarak tanımlayarak ve Türk Devleti tarafından bir sömürge olarak istila edilmiş olduğunu belirttiği dikkate alınmıştır. Türkiye “siyasi, askeri, kültürel ve ideolojik” açılardan “Kürdistan” a baskı uyguluyor şeklinde betimlenmiştir. Kürtlerin karşı karşıya kalmış oldukları “ırkçı inkar politikası” “faşist bir hareketin” geliştirilmesinde bir araç olarak kullanılmıştır.

Söz konusu bölümler, Kürt bölücülüğüne destek veriyor şeklinde görülebilecek şiddetli ifadeler içerse dahi, yazar aynı zamanda Kürt sorununun karmaşık olduğu görüşüne yer vermiştir. Sadece Türkiye’nin değil İran, Irak ve Suriye’nin iç siyasetleri ile birlikte bu dört komşu devlet arasındaki ilişkilerin kendine özgü niteliğine de ilişkindir. Sözkonusu ifadeler, bir akademik araştırma içinde tarihi açıdan Türkiye’nin sosyo ekonomik gelişimi ve bu ülke içindeki baskın siyasi ideolojiye yer vermiştir. Mahkeme, kitapta ifade edilen bu görüşlerin şiddeti teşvik ettiğinin veya şiddeti teşvik etmeye neden olabilecek şekilde yorumlanmasının mümkün olmadığı kanaatindedir.

65. Mahkeme doğal olarak, yaklaşık olarak 1985 yılından bu yana bölgenin büyük bir çoğunluğunda olağanüstü hal ilan edilmesini gerektiren, çok ciddi can kayıplarına yol açan, güvenlik kuvvetleri ile PKK elemanları arasında ciddi olayların meydana geldiği bölgedeki güvenlik durumunu ciddileştirecek sözler ve eylemler konusundaki otoritelerin endişesinin bilincindedir (bakınız yukarıda anılan Zana kararı, s. 2539, 10-11. Maddeler). Ancak, sözkonusu davada yerel otoritelerin, akademik ifade özgürlük hakkı (bakınız *mutatis mutandis* ile birlikte 25 Ağustos 1998 tarihli Hertel – İsviçre kararı, 1998-VI Raporları, No. 87, ss. 2331-2332, Madde 50) ve kendileri açısından her ne kadar kabul edilemez olursa olsun güneydoğu Türkiye’deki durumun farklı bir bakış açısından bildirilmesine ilişkin kamu haklarını yeterli ölçüde dikkate almadığı anlaşılmaktadır. Mahkeme, ilgili olmasına rağmen başvuru sahiplerinin suçlu bulunarak cezalandırılmasına gerekçe gösterilen nedenlerin anılanların ifade özgürlüğüne müdahaleyi meşru kılmadığı

kanaatindedir.

66. Ayrıca, Mahkeme başvuru sahiplerine uygulanan cezaların ağırlığı – özellikle de Sn. Başkaya ve Sn. Okçuoğlu'nun sırasıyla bir yıl sekiz ay ve beş ay olmak üzere hapis cezası ile cezalandırılmış olması ve önemli düzeylerde para cezalarına çarptırılmalarını şaşırtıcı bulmuştur (bakınız paragraf 20). Ayrıca, kitabın baskıları otoriteler tarafından toplatılmış ve Sn. Başkaya üniversite profesörlüğü görevinden atılmıştır (bakınız yukarıdaki 22-23. paragraflar).

Mahkeme bu bağlamda, müdahalenin orantılı olup olmadığının değerlendirilmesinde uygulanmış olan cezaların niteliği ve ağırlığının da dikkate alınması gerektiği görüşündedir.

67. Yukarıdaki hususlar dikkate alınarak, Mahkeme başvuru sahiplerinin mahkumiyeti ve ceza verilmesinin amaçlanan hedefler açısından orantısız ve bu bağlamda bir demokratik toplumda gereksiz olduğu kararına varmıştır. Bu durumda ve her iki başvurana açısından Sözleşmenin 10. Maddesine ilişkin bir ihlal söz konusudur.

IV. SÖZLEŞME'NİN 6. MADDESİNİN 1. FIKRASININ İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

A. Hükümetin ön itirazı (iç hukuk yollarının tüketilmemesi)

68. Hükümet tarafından Mahkeme'ye sunulan yazıda başvuru sahiplerinin, davalarının bağımsız ve tarafsız mahkemeler tarafından görülmediğine ilişkin şikayeti yerel mahkemeler nezdinde dile getirmemiş olması nedeniyle Sözleşme'nin 35. Maddesinde gerekli görülen başvuru mercilerinin tüketilmemiş olduğunu savunmuştur.

69. Mahkeme Muhatap Hükümetin ön itirazlarını, davanın kabulüne ilişkin ilk inceleme aşamasında en azından, özü açısından ve yeterli açıklıkta dile getirmiş olduğu ölçüde tanıdığına işaret etmektedir (bakınız, örneğin 23 Eylül 1998 tarihli Aytekin – Türkiye Kararı, Kararlar ve Hükümler Raporları 1998-VII, s. ..., Madde 77).

70. Mahkeme, Komisyon nezdinde Hükümetin Sn. Başkaya ile ilgili olarak başvuru yollarının tüketilmediği yönünde bir itiraz da bulunmadığını, ancak Sn. Okçuoğlu'nun davasına kabul aşamasında bir itirazın yapıldığını (21 Şubat 1996 tarihli mütalaa ile) kaydetmektedir. Komisyon kabule ilişkin kararlarında

Hükümet'in başvuru yollarının tüketilmediğine ilişkin itirazını belirtmeksizin, sırasıyla 2 Eylül ve 14 Ekim 1996 tarihlerinde Sn. Başkaya ve Sn. Okçuoğlu'nun başvurularını kabul ettiğini bildirmiştir. Anılan ikinci tarihte Komisyon iki başvurunun birleştirilmesine karar vermiştir.

Hükümet'in ikinci başvuran durumunda itirazda bulunmasına karşı bir estopel bulunmadığı bariz iken, Mahkeme'nin birinci başvuran açısından da durumun böyle olup olmadığına ilişkin şüpheleri mevcuttur. Ancak, Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin bağımsızlık ve tarafsızlığına karşı açılan bir konunun muhatap Devlet içinde ilgili mahkemenin anayasal durumu karşısında başarısızlıkla sonuçlanacağından dolayı, bu hususun tespiti yoluna gitmemiştir (bakınız paragraf 28). Mahkeme'nin içtihat hukukuna göre, yetersiz veya etkisiz başvuru yollarına başvurulmasına ilişkin bir yükümlülük mevcut değildir (bakınız 16 Eylül 1996 tarihli Akdivar ve Diğerleri – Türkiye kararı, Raporlar 1996-IV, s. 1210, Madde 67).

Buna göre, hükümet'in ön itirazının reddedilmesi gerekmektedir.

B. Başvuru Sahiplerinin Şikayetlerinin Esası

71. Başvuru sahipleri, Devlet Güvenlik Mahkemesinde bulunan ve yargılanması ve mahkum edilmesine neden olan askeri hakim nedeniyle Sözleşme'nin 6. Maddesinin 1 Fıkrasına aykırı olarak adil yargılama hakkından mahrum edildiği konusunda şikayette bulunmuştur. İlgili olduğu ölçüde 6. Maddenin 1. fıkrası aşağıdaki hükümleri içermektedir:

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

72. Hükümet bu iddiaya itiraz etmiş, ancak Komisyon tarafından iddia kabul edilmiştir.

73. Başvuru sahipleri dilekçelerinde, İstanbul Devlet güvenlik Mahkemesi gibi Devlet Güvenlik Mahkemelerin atanan askeri hakimlerin, Cumhurbaşkanının onayına tabi olarak Başbakan ile Savunma Bakanının ortak kararı ile atanmış olduğundan idareye bağımlı olduğunu belirtmiştir. Başvuru sahipleri ayrıca, amir yetkililerinin görüşüne ters olan görüşleri benimseyemeyeceği gerekçesiyle askeri hakimlerinin ve dolayısıyla görevde buldukları mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığından ödün verildiğini vurgulamıştır. Başvuru sahipleri sivil olup,

davalarına askeri hakimlerin katılmasının bir sivil davasına askeri müdahale şeklinde kabul edilebileceğini savunmuştur.

Başvuru sahipleri, bu hususların İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesinin bağımsızlık ve tarafsızlığını zedelediğini ve kendilerinin 6. Maddenin 1. fıkrasına aykırı olarak adil yargılama hakkını engellediğini savunmuşlardır.

74. 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. Hükümet askeri hakimlerin amirlerine karşı sorumlu oldukları yönündeki başvuru sahiplerinin iddialarına 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 (bakınız yukarıdaki 28. paragraf). İkinci olarak, değerlendirme raporları sadece askeri hakimlerin adli olmayan görevlerinin yürütülmesine ilişkin olduğunu belirtmiştir. Askeri hakimler sicil raporlarına erişim hakkına sahip olup, bunların içeriği konusunda Yüksek Askeri İdari Mahkeme’de dava açma hakkı verilmiştir (*aynı madde*). Adli kapasitede hareket ederken, bir askeri hakim tam olarak bir sivil hakim şeklinde değerlendirildiğini savunmuştur.

75. Ayrıca Hükümet, mahkemede askeri hakimlerin bulunması nedeniyle başvuru sahiplerinin yargılama sürecinin adil olma özelliğinin önyargıya tabi olmadığını öne sürmüştür. Askeri hakimlerin hiyerarşik yetkilileri ve anılan hakimleri mahkemeye atayan kamu yetkililerinin takibat veya davanın sonucuna ilişkin herhangi bir etkiye sahip olmadığını iddia etmişlerdir. Ayrıca, askeri hakimde dahil olmak üzere Devlet Güvenlik Mahkemesinin üyelerinin çoğunluğunun mahkemenin birinci aşamasında başvuru sahiplerinin beraatı için oy kullanmışlardır. Başvuru sahipleri ancak, bağımsızlık ve tarafsızlığının ihtilaf konusu olmadığı İstinaf Mahkemesinden sonra ikinci aşamada beraatı iptal ettiği ve yeniden incelenmek üzere davayı açtığını belirtmişlerdir (bakınız yukarıdaki 17-20 paragrafları).

76. Hükümet ayrıca, Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Anayasanın 143. maddesi uyarınca kurulmasının öngörüldüğü güvenlik bağlamının özellikle dikkate alınması gerektiğini Mahkeme’ye bildirmiştir. 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.

77. Komisyon, İstanbul 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 Incal – Türkiye davası raporunun 31. Maddesi ve görüşünü destekleyen nedenlere gönderme yapmıştır.

78. Mahkeme, 9 Haziran 1998 tarihli Incal – 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 Incal kararı, s. 1571, madde 65). 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 28. paragraf).

79. Incal kararında olduğu üzere Mahkeme görevinin, Devlet Güvenlik Mahkemelerinin kuruluşunun gerekliliğini Hükümet tarafından öne sürülen haklı sebepler ışığında tespit edilmesi olmadığı düşüncesindedir. Görevi, İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesinin işleyiş şeklinin Sn. Başkaya ve Sn. Okçuoğlu'nun adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediği, özellikle de tarafsız olarak incelendiğinde kendilerini yargılayan mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin haklı bir korkunun mevcut olup olmadığını tespit etmektir (bakınız yukarıda anılan Incal Kararı, s. 1572, Madde 70; ve yukarıda anılan Çıraklar kararı, s. ..., Madde 38).

Bu soruya ilişkin olarak, Mahkeme mevcut başvuru sahipleri gibi sivil olan Sn. Incal 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 başvuru sahiplerinin, Askeri Hukuk Dairesi üyesi olan bir düzenli askeri görevlisinin katılımını içeren bir heyet tarafından yargılanma konusunda endişe içinde olmaları anlaşılır bir husustur (bakınız, yukarıda anılan Sürek 1. nolu kararın 34. paragrafı). Bu itibarla, yargılamanın birinci aşamasında beraat etmelerine bakılmaksızın, yargılamanın ikinci aşamasında İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin davanın özü ile herhangi bir ilişkisi olmayan hususlardan gereksiz yere etkilenebileceğini düşünmek için yeterli sebepleri mevcuttur. Bir başka deyişle, başvuru sahiplerinin mahkemenin bağımsızlık ve tarafsızlığına ilişkin korkularının haklı sebebe dayandığı kabul edilebilir. İstinaf Mahkemesindeki yargılama da, ilgili mahkemenin tam yetkili olmaması nedeniyle bu korkuların bertaraf edilmesini sağlayamamıştır

(bakınız yukarıda anılan Incal kararı, s. 1573, Madde 72 sonu).

80. Yukarıda anılan nedenlerden dolayı 6. Maddenin 1. fıkrasının ihlal edildiği kararına varmıştır.

V. 6. MADDENİN 1. VE 2. FIKRASI İLE 14. MADDENİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİALARI

81. Komisyon huzurunda birinci başvuran, yerel mahkemelerin kitabını tamamen incelememiş olduğu gerekçesi ile 6. Maddenin 1. fıkrası kapsamındaki adil yargılama hakkının ihlal edildiğinden şikayetçi olmuştur. Ayrıca, Madde 7 kapsamındaki şikayetindeki aynı hususa ilişkin olarak, 6. Maddenin 2. fıkrasında öngörülen “suçluluğu kanıtlanana kadar masum kabul edilme” hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Sözleşme ile ilgili öne sürülen diğer Sözleşme hususlarında varılan sonuçlar nedeniyle Komisyon bu iddiaların incelenmesini gerekli görmemiştir.

Mahkeme ayrıca ikinci başvuranın da Komisyon aşamasında, temelde 10. madde kapsamındaki şikayetinde belirtilen aynı durumlar nedeniyle, eski Maddeye ilişkin olarak 14. Maddenin ihlale edildiğini iddia etmiştir. Komisyon bu hükümler birlikte ele alındığında ayrı bir hususun meydana gelmediği sonucuna varmıştır.

Ancak, başvuru sahipleri yukarıdaki şikayetlerini Mahkeme huzurunda dile getirmemişler ve Mahkeme ise bu hususların incelenmesine re'sen karar verilmesine yer olmadığı sonucuna varmıştır.

VI. SÖZLEŞME’NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

82. Başvuru sahipleri iç hukukun ve Sözleşmedeki mahkeme gider ve masraflarının geri ödenmesinin yanı sıra maddi ve manevi zarara ilişkin tazminat talebinde bulunmuştur. Sözleşme’nin 41. Maddesi bu açıdan aşağıdakileri öngörmektedir:

“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

83. Birinci başvuran, görevine son verilmesi ve normal emeklilik yaşından 13 sene önce emekliye ayrılmak zorunda kalması nedeniyle gelir ve emeklilik ikramiyesi kaybının tazmin edilmesi için 500,000 Fransız Frangı (FRF) talep etmiştir.

Ayrıca, 70,000 adet kitap satışı üzerinden tahmini %15 oranında gelir kaybı için 420,000 FRF talebinde bulunmuştur. Kitabın yasaklanarak, toplatılma emrinin verildiği tarihte 30,000 adet basılmış olup, aksi halde 70,000 adedin daha basılabileceği iddia edilmiştir.

84. İkinci başvuran, birinci başvuranın hesaplarına gönderme yaparak, kitabın satışından elde edilecek %20'lik kar kaybının tazminini talep etmiştir. Birinci başvuran tarafından yapılan hesaplamalara göre ikinci başvuranın kaybının yaklaşık 440,000 FRF olduğu hesaplanmaktadır.

85. Ayrıca her iki başvuran, para cezası olarak ödemiş oldukları 41,666,666 TL tutarında bir tazminat talebinde bulunmuştur. Birinci başvurana göre 7,400 FRF'na tekabül etmektedir.

86. Hükümet yukarıdaki taleplere itiraz etmiştir. Başvuranın erken emeklilik nedeniyle herhangi bir ekonomik zarara uğramadığını savunmuştur. 1998'den bu yana emeklilik maaşı aldığını ve Türkiye'de erken emekliler için yaygın olduğu üzere başka bir istihdam şekline başvurmasına engel teşkil eden herhangi bir hususun bulunmadığını belirtmiştir.

Kitap satışına ilişkin iddia edilen satış gelirleri ile ilgili olarak, kitabın 100,000 adet satacağı yönündeki iddianın tamamen dayanaktan yoksun olduğunu belirtmiştir. Türkiye'deki en iyi satan kitapların bile bu kadar yüksek bir satışa ulaşmadığı bildirilmiştir.

87. Komisyon Delegatesi bu hususta herhangi bir görüş bildirmemiştir.

88. Mahkeme, iddia edilen maddi zarar ile birinci ve ikinci başvuranın 10. Madde kapsamındaki haklarının ihlali ile ikinci başvuranın 7. Madde kapsamındaki haklarının ihlali arasında bir neden sonuç ilişkisi olduğu kararına varmıştır. Başvuru sahiplerine uygulanmış olan ve kendileri tarafından ödenmiş olan para cezalarının

kendilerine geri ödenmesi gerekmektedir. Diğer yandan Mahkeme, birinci başvuranın Üniversitedeki görevinden atılması ve birinci başvuran ile ikinci başvuranın söz konusu kitabın gelecekteki satışlarına ilişkin gelir kayıpları konusundaki zararların tespiti için sunulan delillerin yeterli olmadığı görüşündedir. Adil bazda bir değerlendirme yapılarak, Mahkeme maddi zararlar için birinci başvurana 67,400 FRF ve ikinci başvurana 17,400 FRF tutarında bir tazminatı uygun görmüştür.

B. Manevi Zarar

89. Birinci başvuran Sn. Başkaya, mahkum edilmesi ve 15-20 ay hapis yatmış olması nedeniyle meydana gelen mağduriyetin tazmini için 1,000,000 FRF talebinde bulunmuştur. Akademik kariyerinde ilerleme ilişkin meşru beklentileri mevcut iken, bu önlemler Üniversitedeki görevine son verilmesine neden olmuştur. Önlemler, sadece akademik ve entelektüel hayatını etkilemekle kalmamış, aynı zamanda siyasette etkin şekilde rol alma ve seçimlere katılma olanağını da ortadan kaldırmıştır.

90. İkinci başvuran, herhangi bir meblağ belirtmeksizin ceza davası, mahkumiyeti ve hapis yatmasından kaynaklanan zararın tazmin edilmesini talep etmiştir.

91. Hükümet, ihlale ilişkin bir tespitin yapılmasının Sözleşme'nin 41. Maddesi kapsamında adil tazmin teşkil edeceği, mağduriyet iddialarının temelsiz olduğu ve birinci başvuran tarafından talep edilen meblağın çok yüksek olduğu görüşündedir.

92. Komisyon delegesi bu konuda görüş bildirmemiştir.

93. Mahkeme her iki başvuru sahiplerinin, yalnızca Mahkeme tarafından ihlallerin tespit edilmesi ile tazmin edilebilecek düzeyin ötesinde sıkıntı ile karşılaştıkları düşüncesindedir. Mevcut davada tespit edilen ihlallerin özünü de dikkate alıp adil bir bazda karara vararak manevi tazminat kapsamında birinci başvurana 40,000 FRF ve ikinci başvurana 45,000 FRF tutarında bir ödemeyi uygun görmüştür.

C. Yasal Giderler

94. Birinci başvuran yerel takibata ilişkin giderleri için açık şekilde 250,000 FRF ve Sözleşme kurumları nezdindeki giderleri için 100,000 FRF tutarında bir ödeme talebinde bulunmuştur.

95. İkinci başvuran Mahkeme'den, kendisinin avukatı ile 25,000 Amerikan Doları ödenmesine ilişkin sözleşmesini dikkate almasını istemiştir.

96. Hükümet, talep edilen meblağların yerel mahkemelerde Türk avukatları tarafından kazanılan ücretlere kıyasla abartılı olduğunu ve usulüne uygun olarak doğrulanmadığını bildirmiştir.

97. Komisyon delegesi görüş bildirmemiştir.

98. Mahkeme yukarıda anılan talepleri emsal kararında tespit edilen ölçütler ışığı altında özellikle de Sözleşmenin ihlalinin önlenmesi veya düzeltilmesi için anılan masraf ve giderlerin gerçekten ve zorunlu olarak tahakkuk etmiş ve nicelik açısından makul olup olmadığı inceleyecektir. Nicelik açısından, belli ölçüde yardımcı olma ihtimali olmasına karşın Mahkeme kendisinin yerel ölçekler ve uygulamalara bağlı olmadığı görüşündedir. (birçok diğer otoritenin yanı sıra, 13 Temmuz 1995 tarihli Tolstoy – Birleşik Kraliyet kararı, A Serisi, No. 316, s. 83, Madde 77 ve 25 Mart 1999 tarihli Nikolava – Bulgaristan kararı, 1999 Raporları, s. ..., Madde 79). Mahkeme, taleplerin dayanaktan yoksun ve aşırı olduğu yönündeki Hükümet'in görüşüne büyük ölçüde katılmaktadır. Bu durum özellikle de, davanın esasına ilişkin görüşlerini mahkemeye sunmamış olan ikinci başvuran açısından geçerlidir. Adil bazda karara vararak Mahkeme birinci ve ikinci başvuru sahiplerine, masraf ve gideler kalemleri kapsamında sırasıyla 22,000 FRF ve 15,000 FRF ödenmesini kararlaştırmıştır.

D. Temerrüt Faizi

99. 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. Birinci başvuranın Sözleşme'nin 3. Maddesi ve 14. maddesinin incelenmesine ilişkin salahiyyete sahip olmadığına oy birliği ile *kabulüne*;

2. Sözleşme'nin 7. maddesinin birinci başvuran açısından ihlal edilmediğinin oybirliği ile *kabulüne*;

3. Sözleşme'nin 7. maddesinin ikinci başvuran açısından ihlal edildiğinin oybirliği ile *kabulüne*;

4. Sözleşme'nin 10. maddesinin her iki başvuran açısından ihlal edildiğinin oybirliği ile *kabulüne*;

5. Başvuru sahiplerinin Sözleşme'nin 6. Maddesinin 1. fıkrası kapsamındaki şikayetine ilişkin olarak iç hukuk yollarının tüketilmediğine ilişkin Hükümet'in ön itirazının oy birliği ile *reddine*;

6. İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesinin bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin olarak Sözleşme'nin 6. Maddesinin 1. Fıkrasının ihlal edildiğine ilişkin iddianın altıya karşı bir oy ile *kabulüne*;

7. Başvuranlar tarafından Sözleşme'nin 10. Maddesi ile bağlantılı olarak 14. Madde ve 6. Maddenin 1. ve 2. Fıkrası kapsamındaki diğer taleplerin incelenmesine, oybirliği ile *gerek olmadığına*;

8. Oybirliği ile

(a) Üç ay içinde, ödeme tarihinde geçerli olan kur üzerinden Türk lirasına çevirmek üzere, davalı devlet tarafından birinci ve ikinci başvuru sahiplerine:

(i) Maddi zarar için sırasıyla 67,400 (altmış yedi bin dört yüz) ve 17,400 (on yedi bin dört yüz) Fransız Frangının;

(ii) Manevi zarar için sırasıyla 40,000 (kırk bin) ve 45,000 (kırk beş bin) Fransız Frangının;

(iii) yasal giderler için sırasıyla 22,000 (yirmi iki bin) ve 15,000 (onbeş bin) Fransız frangı tutarının *ödenmesine*;

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

9. Adil tazminata ilişkin başvuru sahiplerinin 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

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

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

(b) Sn. Bonello'nun mutabakat şerhi;

(c) Sn. Gölcüklü'nün kısmi muhalefet şerhi.

Paraf: L. W.

Paraf: P. J. M.

HAKİM WILDHABER'İN BİLDİRGESİ

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

HAKİM Palm, Tulkens, Fischbach, Casadevall VE greve'NİN MÜŐTEREK MUTABAKAT ŞERHİ

Sürek - Türkiye (no. 1) davasında Hakim Palm'ın kısmi muhalefet şerhinde öngörülen daha kapsamlı yaklaşımı kullanarak aynı sonuca varsak da, mevcut

davada Mahkeme'nin 10. Maddenin ihlal edildiğine ilişkin kararını paylaşıyoruz.

Bizim görüşümüze göre, muhatap Devlete açılan bu tarz davalarda 10. Madde hususunun değerlendirilmesi sırasında yayında kullanılan kelimeler üzerinde çok fazla durulmakta ancak bu kelimelerin kullanıldığı genel bağlam ve bunların olası etkilerine yeterli dikkat verilmemektedir. Şüphesiz ki söz konusu dil çok sert hatta şiddetli olabilir. Ancak demokrasilerde, Mahkemenin de vurguladığı üzere, "savaşçı" kelimeler bile 10. Madde ile koruma altına alınabilir.

Mahkemenin emsal davalarında ortaya çıkan siyasi konuşmalara daha geniş koruma uygulanmasıyla aynı doğrultuda bir diğer yaklaşım ise kullanılan kelimelerin kışkırtıcı yapısına daha az önem verip bu konuşmanın yapıldığı bağlamsal durumun unsurlarına daha fazla önem vermektir. Kullanılan dil şiddeti kışkırtmak ya da tahrik etmeyi mi amaçlamaktadır? Bu duruma yol açabilecek gerçek ve hakiki bir risk var mıdır? Bu sorulara verilecek yanıtlar her davanın koşullarında genel bağlamı oluşturan çok sayıda farklı aşamanın ölçülü bir şekilde değerlendirilmesini gerektirmektedir. Başka sorular da sorulmalıdır. Suç teşkil eden metnin yazarı toplum içerisinde kendi kullandığı kelimelerin etkisini artırabilecek ve toplumu etkileyebilecek bir kişi midir? Yayına, söz konusu konuşmanın etkisini artırabilecek önemli bir gazetede ya da başka bir ortamda ün sağlayacak şekilde yer verilmiş midir? Kelimeler şiddetin tam ortasında mıdır yoksa şiddete yakın mıdır?

Şok eden ve hakarete bulunan - 10. Maddeyle korunan - dil ile demokratik bir toplumda hoşgörü hakkını azaltan dil arasında ayırım yapabilmek sadece suç teşkil eden kelimelerin ortaya çıktığı bağlamın dikkatli bir incelemesiyle olabilir.

HAKİM Bonello'NUN MUTABAKAT ŞERHİ

Çoğunluk ile birlikte 10. Maddenin ihlal edildiği yönünde oy kullandım, ancak Mahkemenin, yerel yetkililerin başvuruların ifade özgürlüğü hakkına yaptıkları müdahalenin demokratik bir toplumda haklı gösterilip gösterilemeyeceğini belirlemek için uyguladığı ilk ölçütü onaylamıyorum.

Bu dava ve şiddete tahrikin söz konusu olduğu daha önceki Türkiye'de ifade özgürlüğü davaları boyunca, Mahkeme tarafından belirlenen en yaygın ölçüt şudur: başvurular tarafından yayınlanan yazılar şiddet kullanımını destekliyse ya da teşvik ediyorsa başvuruların ulusal mahkemelerce mahkum edilmeleri demokratik bir toplumda haklı sebebe dayanmaktadır.

Ben bu ölçütü yetersiz olarak değerlendiriyorum. Şiddeti tahrik eden kişilerin

ulusal yetkililerce cezalandırılmalarının sadece eğer bu tahrik “açık ve mevcut bir tehlike” yaratıyorsa, demokratik bir toplumda haklı sebebe dayandırılacağı kanaatindeyim. Güç kullanımı soyutsa ve zamanla gerçek veya olası şiddetin merkezinden kalkıyorsa, ifade özgürlüğü hakkı geçerli olmalıdır

Bu noktada gelmiş geçmiş en önemli anayasa hukukçusunun kanunu ve düzeni bozabilecek kelimeler hakkında söylediklerini hatırlatmak istiyorum: “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.”^[5]

İfade özgürlüğünün garanti altına alınması bir devlete güç kullanımını savunmayı yasaklama hakkı vermez; ancak böyle bir savunma olası bir kanunsuzluk yaratıyorsa ya da bunu tahrik ediyorsa ve böyle bir hareketi teşvik ediyorsa durum farklı olacaktır.^[6] Bu bir olasılık ve derece sorunudur^[7].

İfade özgürlüğünün kısıtlanmasını haklı gösteren açık ve mevcut bir tehlike bulunduğu görüşünü desteklemek için, ciddi bir tehlikenin beklenildiği ya da savunulduğu ya da başvuranın geçmişteki hareketlerinin kendisinin şiddet taraftarı olmasının acil ve ağır hareketler doğuracağına inanılması için haklı sebep sağlayacağı gösterilmelidir.^[8]

Bazıları tarafından ölüme gebe oldukları düşünülse de, başvuranların suçlandıkları kelimeler bana göre, kamu düzenini tehdit eden korkunç etkilere sahip değildir. Türkiye'nin kurtulması için bu ifadelerin derhal bastırılmasının kaçınılmaz olduğu görüşü de benim için bir şey ifade etmemektedir. Bu ifadeler ne açık ne de mevcut herhangi bir tehlike oluşturmamaktadır.

Özet olarak, “konuşmalardan doğan hiç bir tehlike açık ve mevcut sayılamaz, korkulan tehlike tam bir değerlendirme yapılmadan ortaya çıkabilecek kadar yakın olmadıkça. Değerlendirme yapılarak yalanlar ve yanlışlıklar ile mücadele için zaman olduğunda, tehlikeyi eğitim yoluyla engellemek için yapılacak şey daha fazla konuşmaktır, zorla susmak değil”^[9].

HAKİM GÖLCÜKLÜ’NÜN KISMİ MUHALEFET ŞERHİ

(Geçici çeviri)

Mahkemede bir askeri hakimin bulunması nedeniyle, ilgili hüküm kapsamında Devlet güvenlik Mahkemesinin “bağımsız ve tarafsız” olmadığı gerekçesi ile 6. Maddenin 1. Fıkrasının ihlal edildiği yönündeki Mahkeme’nin çoğunluk görüşüne katılmadığımı büyük bir üzüntü içinde belirtmek isterim. Bu bağlamda, 9 Haziran 1998 tarihli Incal 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 muhalif görüşüme gönderme yapmaktayım. İki sivil olan üç hakimden oluşan bir mahkemede bir askeri hakimin mevcudiyetinin, askeri olmayan (sivil) adli düzeyde bulunan ve kararları Yargıtayın incelemesine tabi olan Devlet Güvenlik Mahkemesinin bağımsızlık ve tarafsızlığını herhangi bir şekilde etkilemediğine ilişkin görüşüm sabittir.

Şunları tekrar vurgulamak istiyorum: (1) çoğunluğun kararı dış görünüm teorisinin haksız olarak genişletilmesinden kaynaklanmaktadır; (2) kararın 79. paragrafında çoğunluğun yaptığı gibi, “başvuranların Askeri mahkemenin bir üyesi olan bir ordu yetkilisinin yer aldığı bir hakimler kurulu tarafından yargılanmaktan endişe duymaları gerektiğinin anlaşılabilir olduğunu” söylemek ve sonra da sadece Incal örneğini (Çıraklar kararı Incal kararında söylenenlerin tekrarından ibarettir) dayanak göstermek yeterli değildi; ve (3) çoğunluğun şerhi soyuttur ve bu yüzden de hem hakikatlara dayanarak hem de yasal olarak desteklenmelidir.

3. 19. Maddeyi değiştiren 11 No’lu Protokolün yürürlüğe girmesinden itibaren Mahkeme sürekli bazda faaliyet göstermiştir.

^[2] *Sekreteryanın Notu:* A İçtüzüğü, 9 nolu Protokolün yürürlüğe girmesinden önce (1 Ekim 1994) Mahkemeye sunulan davalar ile anılan tarih itibarıyla 31 Ekim 1998 tarihine kadar ilgili Protokole tabi olmayan Devletler ile ilgili davalar için geçerlidir.

^[3] Terörizm faaliyetlerinin engellenmesi amacıyla yürürlüğe girmiş olan bu kanun, Ceza Kanununda “terörizm fiilleri” veya “terörizm amacıyla işlenen fiiller” (3. ve 4. maddeler) olarak tanımlanan ve anılan kanuna tabi olan çeşitli suçlara ilişkindir.

^[4] İtalik yazılı olan bölüm 31 Mart 1992 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı ile çıkarılmış, 23 Ocak 1993 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanmış ve 27 Temmuz 1993’te yürürlükten kaldırılmıştır.

¹ *Sekreteryaya Notu*: Uygulama nedenlerinden dolayı bu ek, sadece kararın baskılı sürümünde verilecek olup (Mahkeme’nin seçkin karar ve hükümlerine ilişkin resmi raporlar), ancak Komisyon Raporunun bir sureti Sekreteryaya’dan temin edilebilecektir.

^[5] *Abrahams - Birleşik Devletler* davası Hakimi Oliver Wendell Holmes, 250 U.S. 616 (1919) 630.

^[6] *Brandenburg - Ohio*, 395 U.S. 444 (1969) 447.

^[7] *Schenck - Birleşik Devletler* 294 U.S. 47 (1919) 52

^[8] *Whitney - California*, 274 U.S. 357 (1927) 376.

^[9] *Whitney - California* davası hakimi Louis D. Brandeis, 274 U.S. 357 (1927) 377.