

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA  
İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ**

Editör  
Yrd. Doç. Dr. Vahit Bıçak

Liberal Düşünce Topluluğu  
Ankara, 2002

Bu kitap Avrupa Komisyonu'nun katkılarıyla gerçekleştirilen  
"Türkiye'de İfade Özgürlüğü" başlıklı proje çerçevesinde hazırlanmıştır.

## **İçindekiler**

Yeni yapısıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

İfade Özgürlüğü Konusunda AİHM Kararlarının Genel Değerlendirmesi

Sunday Times / Birleşik Krallık Kararı

Barthold / Almanya Kararı

Lingens / Austrian Kararı

Castells / İspanya Kararı

Jersild /Denmark Kararı

Vogt /Germany Kararı

Fressoz ve Roire / Fransa Kararı

Ceylan / Türkiye Kararı

Sürek ve Özdemir Kararı

Gerger / Türkiye Kararı

Arslan / Türkiye Kararı

Erdogdu ve İnce / Türkiye Kararı

Öztürk / Türkiye Kararı

Wille / Liechtenstein Kararı

Nilsen ve Johnsen / Norveç Kararı

News Verlags GmbH & CoKG / Avusturya Kararı

Özgür Gündem / Türkiye Kararı

Şener / Türkiye Kararı

Privatfernsehgesellschaft / Avusturya Kararı

## YENİ YAPISIYLA AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

Vahit Bıçak\*

### Giriş

Uzun bir aradan sonra Türkiye Avrupa Birliği ilişkilerinde yeni bir dönem başladı. 10-11 Aralık 1999 tarihinde Helsinki’de toplanan Avrupa Birliği Konseyi, yayınladığı Bin Yıl Bildirgesi ile Türkiye’nin “Avrupa Birliği’ne aday ülke” statüsünde olduğunu kabul etti.<sup>1</sup> “Aday ülke” statüsünden “üye ülke” statüsüne geçişin söz konusu olabilmesi için bazı konularla ilerleme kaydedilmesi ön şartı getirildi. İnsan hakları konusunda ilerleme kaydedilmesi bu önkoşulların başında gelmektedir.

İnsan haklarının iyileştirilmesi önkoşulunun ne oranda gerçekleştiğinin belirlenmesi açısından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kararları hayati öneme sahip olacaktır. İnsan Hakları Mahkemesi verdiği kararlarla halihazırda Türk hukuk uygulamasını ve mevzuatını önemli ölçüde etkilemiştir. *Incal*<sup>2</sup> davasında Devlet Güvenlik Mahkemelerinde askeri hakim görev yapmasının adil yargılama hakkını ihlal ettiğinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından tespit edilmesi üzerine 1999 yılında Anayasa ve yasa değişikliği yapılarak asker hakimin Devlet Güvenlik Mahkemelerinde görev yapması uygulamasına son verilmiştir. *Öcalan*<sup>3</sup> davasında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen yürütmenin durdurulması kararı, verilen cezanın infazı sürecini durdurmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin iş yükü açısından Türkiye ile ilgili davalar önemli bir sayı oluşturmaktadır. 1999 yılı sonu itibariyle Mahkeme önünde bulunan toplam 12454 derdest dosyanın 2369 adeti Türkiye’deki insan hakları uygulamaları aleyhine açılmış dosyalardan oluşmaktadır.<sup>4</sup> Başka bir ifade ile Mahkemedeki derdest dosyaların yaklaşık beşte biri Türkiye ile ilgilidir.

Belirtilen nedenlerden dolayı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türkiye açısından çok büyük bir önem kazanmıştır. Coğrafi olarak Türkiye’nin dışında olmasına rağmen Türk yargı sisteminin önemli bir parçasını oluştururken Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin yakından tanınması ihtiyacı ortadadır. Bu ihtiyacı bir ölçüde karşılamak amacıyla, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yapısının incelenmesi bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 1 Kasım 1998 tarihinde çok önemli yapısal değişiklik geçirmiş olması ve yeni yapının Türkiye’de yeterince bilinmemesi bu çalışmayı zorunlu kılmaktadır.

### Sözleşme Sistemi

Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (kısaca Sözleşme) 1950 tarihinde Roma’da imzaya açıldı ve 1953 tarihinde yürürlüğe girdi. Sözleşmeyi hazırlayanların amacı, 1948 tarihli Evrensel İnsan Hakları Beyannamesinde ifade edilen hakların pratiğe geçirilmesinin ilk adımını atmaktı.

Medeni ve siyasi hak ve özgürlükler kataloğu oluşturmasının yanında, Sözleşme, taraf devletler açısından taahhüt edilen yükümlülüklerin hayata geçirilmesinin sistemini oluşturdu. Sözleşmeye taraf olan Devletlerin, bireylerin, birey grupların ve hükümet dışı kuruluşların Sözleşmeye

\* Yrd. Doç. Dr., Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde Stajyer Hukukçu.

<sup>1</sup> Presidency Conclusions, Helsinki European Council, 10 and 11 December 1999, Press Release Nr:00300/99.

<sup>2</sup> Judgment, 9 June 1998 (41/1997/825/1031), <http://www.dhcour.coe.fr/eng/incal>.

<sup>3</sup> Council of Europe, Doc. 8502.

<sup>4</sup> European Court of Human Rights, Pending Applications.

taraf olan herhangi bir devlet aleyhine Sözleşmede korunan değerleri ihlal ettiği gerekçesi ile Sözleşme organlarına başvurabilmesine imkan sağlandı.

Sözleşmede sayılan insan haklarının pratikte uygulanıp uygulanmadığını denetim sorumluluğu ise Strasbourg'da oluşturulan belli organlara verilmiştir. 31 Ekim 1998 tarihine kadar geçen zamanda Sözleşmeye taraf devletlerin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği üç organ tarafından denetlenmiştir. Bunlar, 1954 yılında oluşturulan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (kısaca Komisyon), 1959 yılında oluşturulan Avrupa İnsan Hakları Divanı (kısaca Divan) ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesidir. 1 Kasım 1998 de yürürlüğe giren 11 nolu Protokol ile anılan ilk iki organın yerini, tam zamanlı çalışan tek bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi aldı. Bakanlar Komitesinin yargısal işlevi ise ortadan kaldırıldı.

1 Kasım 1998 tarihinde varlık kazanan yeni Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yapısının, eski sistemle mukayeseli olarak incelenmesi konunun daha iyi anlaşılmasına katkıda bulunacaktır.

## **Yenilik İhtiyacı**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bireyin hak ve özgürlüklerini totaliter anlayışlara karşı korumayı amaçlayan bir yapıdır. Mahkemenin görevini gereği gibi yapabilmesi için Sözleşmeye taraf Devletlerin müdahalelerine ve etkilerine karşı bağımsız olmalıdır. İkinci Dünya savaşı sonrası oluşturulan Komisyon ve Divanın yapıları bu dönemde Sözleşmeye taraf Devletlerce mümkün olabilen uzlaşmanın bir yansımasıdır. Bugünün koşullarında yargı bağımsızlığı açısından oldukça yetersiz olan bu mekanizmalar tarihsel şartlarla birlikte düşünüldüğünde tarihin önemli köşe taşlarından oldukları görülecektir. Ancak, değişen dünya şartlarında bu mekanizmalar yargı bağımsızlığı ilkesi açısından oldukça yetersiz kalmışlardır. Strasbourg mekanizmasının siyasi amaçlardan ve devlet müdahalelerinden arındırılmış bir şekilde sadece hukuka ve sözleşmeye bağlı bir şekilde karar verebilecek bir yapıya kavuşturulması ihtiyacı çok net olarak hissedilmiştir.

Taraf devletlerin birçoğunun yargısal niteliğe sahip bir organı sahip olmak konusunda fazla istekli olmadıkları ortada olan bir gerçektir. Buna rağmen, 1980'lerden sonra dava sayısının düzenli olarak artması, yargılama sürecinin kabul edilebilir sürede tamamlanmasını güçletirdi ve reformu kaçınılmaz kıldı. 1990'ların başında 23 olan Sözleşmeye taraf devletlerin sayısının 1999 yılına gelindiğinde 41'e yükselmesi, adaletin geç işlenmesi probleminin büsbütün artmasına neden oldu. Komisyona 1981 yılında 404 başvuru kaydedilirken, 1993 de bu sayı 2037'ye 1997 de 4750'ye yükseldi. Komisyonca kaydedilmeyen veya geçici dosya açılan başvuru sayısı ise 1997 yılında 12000'e ulaştı. Divan istatistikleri de benzer bir resim ortaya koymaktaydı: 1981 yılında 7 olan Divan önündeki dava sayısı, 1993 de 52'ye, 1997 yılında ise 119'a yükselmiştir.

Dava sayısındaki bu artış, Sözleşmenin denetim organlarının reformunun taraf devletlerce de benimsenmesine yol açtı. Sözleşme sisteminin yeniden yapılandırılması konusunda başlangıçta görüşler farklı olmasına rağmen, netice de tam zamanlı, tek bir mahkeme oluşturulması çözümü benimsendi. Yeni yapı iki temel amacı gerçekleştirmeyi hedeflemektedir. Bunlar, Strasbourg sisteminin yargısal karakterinin güçlendirilmesi ve yapıyı basitleştirerek muhakeme süresinin kısaltılmasından ibarettir.

## **Geçiş Dönemi**

Belirtilen hedefleri gerçekleştirmeyi amaçlayan ve denetim mekanizmasını yeniden yapılandıran 11 nolu Protokol, 11 Mayıs 1994 tarihinde imzaya açıldı. 11 numaralı Protokolün Sözleşmeye taraf tüm devletlerce onaylanması ve en son onayın alınmasından bir yıl sonra yürürlüğe girmesi öngörüldü. Son onayın Ekim 1997 de Avrupa Konseyi'ne teslim edilmesi ile bir yıllık hazırlık dönemi başladı. Bu geçiş dönemi boyunca Mahkemede görev yapacak hakimler seçildi ve yeni Mahkemenin yapısı ve çalışma usulu hakkında birkaç toplantı yapıldı. Özellikle, halen Divanda hakim olupta yeniden hakim olarak seçilen hakimler yeni Mahkeme İçtüzüğü Tasarısını hazırladılar.

Yeni Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 1 Kasım 1988'de 11 nolu protokolün yürürlüğe girmesi ile çalışmaya başladı. Eski Divan işlevine 31 Ekim 1998 de son verdi. Komisyon ise 31 Ekim 1999 tarihine kadar önceden kabul edilebilirlik kararı verilen dosyalarla uğraşmak üzere 1 yıl daha varlığını devam ettirdi. Neticede, 31 Ekim 1999 tarihinde Komisyon da tarihteki yerini aldı.

### **Bakanlar Komitesinin Yargısal İşlevinin Sonu**

Yeni yapı ile Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin yargısal işlevi ortadan kaldırıldı. Bu yenilik, sistemin yargısal nitelik kazanması açısından son derece olumlu olmuştur. Bakanlar Komitesi, Avrupa Konseyinin yürütme organı olmasına rağmen Komisyon tarafından haklı bulunan başvurular eder Divan önüne getirilmezse, Bakanlar Komitesi Sözleşmenin ihlal edilip edilmediğine ve eder ihlal olduğu kanaatinde ise maddura tazminat ödenmesine karar verebilmekteydi.

Bakanlar Komitesinin yargısal işlevini kaybetmesi, yeni mahkemenin kabul edilebilir bulunan her olay hakkında hüküm vermesini gerekli kılmıştır. Bunun anlamı, yeni mahkemeyi çok büyük bir iş yükünün bekliyor olmasıdır. Mahkemenin yargı alanı, 800 milyon kişiyi kapsamaktadır. Mahkeme de görev yapan 41 hakimi bekleyen ortalama yıllık iş yükü ise 18.000-20.000 şikayet, 8.000 kayıt edilen başvuru, 500 son karardır. Mahkeme her gün 700 mektup, 200 ün üzerinde ülkeler arası telefon aramasına muhatap olmaktadır.<sup>5</sup> Yapımının ilk gününde, 1 Kasım 1998 tarihinde, Mahkeme Komisyondan 6.750 kayıt edilmiş başvuru, 40.000 geçici dosya, Divandan ise 89 dosya devralmıştır.

1999 yılı sonu itibariyle mahkemede 12454 kayıt edilmiş başvuru ve 45.303 geçici dosya bulunmaktadır. Kayıt edilen başvuruların yarısı üç ülke, Türkiye, İtalya ve Polonya aleyhine yapılan başvurulardan oluşmaktadır. Türkiye, 2369 başvuru ile birinci sırada bulunmaktadır. Türkiye aleyhine yapılan başvuru sayısı olması gerekenden çok fazladır. Mahkemenin yargı alanında 800 milyon kişi yaşadığı ve Türkiye nüfusunun 60 milyon olduğu dikkate alınacak olursa, Türkiye aleyhine makul başvuru sayısının on üçte bir olmalıdır. Oysa, 1999 yılı sonu itibariyle bu oran beşte birdir.

### **Yarı Zamanlı Divandan Tam Zamanlı Mahkemeye**

Yeni mahkeme tam zamanlı çalışmak üzere yapılandırılmıştır. 1988 öncesi dönemde Divan üyeleri veya Komisyon üyeleri temsil ettikleri Devletlerdeki asıl mesleklerine ek olarak Divan ve Komisyon üyeliğini yarı zamanlı olarak yürütmekteydiler. Bu durum Divan ve Komisyon üyelerinin bağımsızlıklarını olumsuz etkilemekteydi.

Hakimler önceden olduğu gibi sürekli ülkeleri ile Strasbourg arasında seyahat etmekten kurtulmuşlardır. 1998 yılından itibaren Strasbourg'da ikamet etmektedirler. Yeni yapıda bu bir zorunluluktur. Ülkelerin gösterdikleri hakim adaylarından Strasbourg'da ikamet edeceklerine dair bir taahhüt de alınmaktadır.

### **Mali Yapı**

Mahkeme ekonomik bağımsızlığını halen sağlayamamıştır. Avrupa Konseyinden bağımsız bir bütçeye sahip değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin giderleri Avrupa Konseyi tarafından üstlenilmektedir. Avrupa Konseyinin gelirlerine ise üye ülkelerin katkıları olmaktadır. Mahkemenin kararlarından tatmin olmayan ülkeler mali katkıda bulunmakta gönülsüz davranabilmektedirler. Bütçe yoluyla mahkeme etkilenmeye çalışılmaktadır. Bu durumu iyileştirme arayışları devam etmektedir.

---

<sup>5</sup> Luzius Wildhaber, 20 Ağustos 1999 tarihli konuşması, The Human Rights Centre, University of Postdam, Berlin, p.3

Yıleptirme çalybmalarýnda Avrupa Birliði'nin bütçe yönteminin esas alınması önerilebilir. Avrupa Birliði'nin ve Birliðin Lüksemburg'da bulunan yargý organýnýn bütçesi, üye ülkelerin katkılarından deðil, üye ülkelerde geçerli olan Katma Deðer Vergisinin belli bir oranýnýn Birliðe aktarýlması yoluyla oluşturulmaktadır.

Aðyr ip yükünün altýndan Mahkeme sýnýrlý bir bütçe ile kalkmaya çalybmaktadır. Avrupa Konseyinin bir yýllýk bütçesi Avrupa Birliðinin bir günlük bütçesine eþittir. Avrupa Konseyi bütçesinden Avrupa Ýnsan Hakları Mahkemesinin payý ise % 15 dir. Bireysel özgürlükleri geliþtirmek ve hukuk devleti ilkesini yapama geçirilmesini saðlamanýn en önemli köpe tablarından biri olan Avrupa Ýnsan Hakları Mahkemesinin bir yýllýk bütçesi, Avrupa Birliði'nin bir saatlik bütçesine eþittir.<sup>6</sup>

## **Hakimler**

Hem yeni Mahkeme hem de eski Divan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf olan devlet sayısı kadar hakimden oluşmaktadır. 1999 sonu itibariyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine 41 devlet taraf olduğundan dolayı, her bir devletten bir hakim olmak üzere Mahkemede 41 hakim görev yapmaktadır. Bunlardan 10'u eski Komisyon üyesi, 10 tanesi eski Divan hakimi, 21 tanesi ise daha önce Avrupa İnsan Hakları mekanizmasında görev yapmamış olan yeni hakimlerdir.

Bir devletin birden fazla vatandaşının hakim olması eski dönemde mümkün değilken yeni Mahkemede bu mümkün hale getirildi. Örneğin, İtalya, San Marino ve Malta adına görev yapan üç İtalyan hakim mevcut olabilmektedir.

Eski dönemde hakimler 9 yıl süre için seçilirken yeni dönemde bu süre 6 yıla indirilmiştir. Her üç yılda hakimlerin yarısının yenilenmesini sağlamak amacıyla ilk seçimde seçilen hakimlerin yarısının görev süresinin üç yıl sonra sona ermesi öngörülmüştür. Divanda görev yapan Türk Hakim Rıza Türkmen'in görev süresi 2001 yılında sona erecektir. Her iki dönemde de hakimlerin yeniden seçilebilmeleri mümkün kılınmıştır.

Hem yeni dönemde hemde eski dönemde hakimlerde aranılan şartlar ise, yüksek ahlaki karaktere sahip olma ve yüksek mahkeme üyesi olabilme niteliklerini taşımaları olarak ifade edilmiştir. Hem yeni mahkeme'de hemde eski Divanda hakimler kendi devletlerini temsilen değil, kendilerini temsilen görev yapmaktadırlar ve görevlerini yerine getirirken tamamen bağımsız ve tarafsızdırlar.

Yeni yapıda tam zamanlı olarak çalışan hakimler, yaklaşık 100.000 Frank (8 milyar TL) aylık maaş almaktadırlar. Hakimlerin, tam zamanlı hakimlik göreviyle, tarafsızlıkla veya bağımsızlıkla bağdaşmayan herhangi bir iş yapmaları yasaklanmıştır. Yetmiş yaşına ulaşanların hakimlik görevleri sona ermektedir.

Divanda kuruluşundan beri dört Türk hakim görev yapmıştır. Bunlar sırasıyla, 1959- 1965 yılları arasında Kemal Fikret ARIK, 1966-1972 yılları arasında Suat Bilge, 1973-1977 yılları arasında Ali Bozer ve 1977-1988 yılları arasında Feyyaz Gölcüklü'dür. Halihazırda Mahkeme de görev yapan Türk hakim ise Rıza Türmen'dir.

## **Hakimlerin Seçimi**

Hakimlerin Mahkemenin temel unsurunu oluşturmalarından dolayı seçim süreçleri ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

---

<sup>6</sup> *İbid.*p.3

Hem eski dönemde hem de yeni dönemde hakimlerin seçimi, üye ülkelerin göstereceği üç kişilik aday listesi arasından Avrupa Konseyi Parlamentosunda yapılan oylama ile gerçekleştirilmektedir.

Hakimler 6 yıllık süre ile seçilmelerine rağmen, mahkemenin tamamen yenilenmesinden kaçınmak için her üç yılda bir hakimlerin yarısının yenilenmesi öngörülmüştür. Her üç yılda bir yapılacak düzenli seçimler dışında, 70 yaşın doldurulması, ölüm, istifa gibi nedenlerle de yeni hakim seçilmesi durumu gündeme gelebilecektir.

Hukuki Sorunlar ve İnsan Hakları Komitesinin tavsiyesi üzerine Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi hakimlerin seçimi ile ilgili kendi prosedürünü geliştirmeye 1996 yılında karar vermiştir. Bu amaçla hakimlerin seçim sürecine bazı yenilikler getirilmiştir.<sup>7</sup>

### **Özgeçmişlerin Standartlaştırılması**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi hakim adaylarına gönderilmek üzere bir model özgeçmiş geliştirilmesine karar verilmiştir. Eski Divan döneminde de bazen adaylar tarafından, bazen aday gösteren ülkeler tarafından adayların özgeçmişleri Parlamenterler Meclisi'ne sunulmaktaydı. Bu özgeçmişler standart olmaktan öte, kişilerin kendi vermek istedikleri bilgileri içeriyordu. Verilen özgeçmişler tek bir yapıda ve sistematikte olmadığı için adayları mukayese etme imkanı sağlamıyordu. Hatta bazen, en temel bilgiler eksik olan özgeçmişlere rastlanabiliyordu. 1082 sayılı karar ile adayların özgeçmişlerindeki bilgileri sistematik olarak ve benzer hatta aynı yapıda sunmalarının adaylar arasında mukayeseyi kolaylaştıracağı vurgulanmış ve 1082 sayılı kararın bir parçası olarak resmi bir özgeçmiş formatı oluşturulmuştur. Bu özgeçmiş formatı 1999 yılında güncellenmiştir.<sup>8</sup>

Model özgeçmiş formu tüm adaylara gönderilmekte ve adaylardan doldurmaları istenilmektedir. Birçok hakim adayı özgeçmişini ciddiyle ve özenle hazırlarken bazı adayların çok "ayrıntıcı" oldukları görülmüştür.<sup>9</sup> Örneğin bir aday 20 sayfalık eser listesi sunmuştur; özgeçmişin toplam uzunluğu ise 25 sayfayı bulmaktadır. 123 adayın her birinin bu kadar kapsamlı özgeçmiş sunması durumunda Parlamenterlerin gözden geçirmesi gereken bilgi korkunç bir büyüklüğe ulaşmaktadır.

Bazı özgeçmişler eksik bilgi içermekte, diğer bazıları ilgisiz ve gereksiz bilgileri ihtiva etmektedir. Örneğin, Hırvatistan adayı Granic ve İspanya adayı Rodriguez Zapana Perez pasif dinleyici olarak katıldıkları akademik ve diğer toplantıların uzun bir listesini sunmuşlardır.

Özgeçmiş formu ile verilen bilgilerin doğruluğu kontrol edilmemekte doğru oldukları varsayılmaktadır. Özgeçmiş formunun sonunda seçilmeleri durumunda Strasbourg'da ikamet edeceklerine dair adaylardan taahhütte bulunmaları istenilmektedir. Mahkemenin düzenli ve verimli çalışabilmesi açısından hakimlerin Strasbourg'da ikamet ediyor olmaları kuşkusuz önem taşımaktadır.

### **Mülakata Tabi Tutma**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi hakim adaylarının Hukuki Sorunlar ve İnsan Hakları Komitesinin bir alt Komisyonu tarafından mülakata tabi tutulmalarına karar verilmiştir. Parlamenterler Meclisi bu mülakatların Mahkemenin yerleşmiş olduğu Strasbourg yerine ulaşım kolaylığını dikkate alarak Avrupa Konseyinin Paris bürosunda yapılmasına karar vermiştir. Bu karar doğrultusunda 17-19 Aralık 1998, 7-9 Ocak 1998, 6 Nisan 1998 ve 7 Ocak 1999 tarihlerinde mülakatlar İnsan Hakları Alt Komitesi tarafından gerçekleştirilmiştir. Alt Komitede Parlamenterler Meclisindeki siyasi gruplar orantılı olarak temsil edilmiştir.

<sup>7</sup> Council of Europe, Resolution 1082, 1996.

<sup>8</sup> Council of Europe, Resolution 1200, 1999.

<sup>9</sup> Adayların Özgeçmişleri için bk. Parliamentary Assembly, Doc. 7985. 15 January 1998.

Alt Komite Sözleşmeye taraf her bir Devlet adayları için 1 saatlik bir zaman dilimi ayırmıştır. Her bir aday ise 15 dakika mülakata tabi tutulmuştur. Geriye kalan son 15 dakika ise adayların mukayese edilmesi ve değerlendirilmesi için kullanılmıştır. Böylesine önemli bir görev için 15 dakikanın yeterli olup olmadığı tartışma konusu yapılabilir. Ancak, alt komitenin 123 adayı mülakata tabi tutmak durumunda olduğu da gözden uzak tutulmamalıdır.

Mülakatlar sonuçları bir rapora dönüştürülerek Hukuki Sorunlar ve İnsan Hakları Komisyonuna ve Parlamento Sekreterliğine sunulmuştur. Sekreterlik bu raporu tüm Parlamenterlerin bilgisine sunmuştur.

Devletlerin seçim sırasında takındıkları tavır, alt komitenin mülakat sonrası tavsiyeleri doğrultusunda olmuştur. Bu durumun belki tek istisnasını İngiltere oluşturmuştur. Alt Komite tarafından önerilen adayın değil, listesindeki başka bir adayın seçilmesini İngiltere Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinde sağlamıştır.

Parlamenterler Meclisi, 1999 yılında<sup>10</sup> yapılan mülakatların adayların nitelikleri hakkında daha iyi bilgi vermesi ve dolayısıyla adaylar arasında Parlamenterler Meclisinin daha bilinçli karar vermesine katkıda bulunması açısından çok faydalı olduğuna ve devam etmesine karar vermiştir.

### **Seçim Takvimi Geliştirilmesi**

Hakimler altı yıl için seçilmektedirler. 70 yaşına ulaşınca kadar birkaç kez tekrar seçilebilmektedirler. İlk seçimde seçilen hakimlerin yarısının süresi 3 yıl sonunda sona erecektir. Üç yılda görev süresi bitenlerin kimler olacağı, Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğince yapılan kura çekimi ile belirlenmiştir. Dolayısıyla her üç yılda bir mahkemenin kısmen yenilenmesini sağlamak için hakimlerin seçimi gündemde olacaktır.

Her üç yılda bir yapılması gereken düzenli seçime ilave olarak, görev yapan hakim 70 yaşına ulaşması, istifa etmesi, ölmesi gibi durumlarda ara seçim yapılması da gerekebilir. Netice olarak, hakim seçimi sık sık Parlamenterler Meclisinin gündeminde olacaktır. Boşalan hakimlik makamlarını doldurmak için adayların tespiti ve seçilmeleri mümkün olduğu kadar çabuk yapılmalıdır. Bunu sağlamak üzere önceden adayların tespit ve seçimi ile ilgili bir takvim olması oldukça faydalı olacaktır.

Geçmişte, görev yapan hakim 70 yaşına ulaşması, istifa etmesi, ölmesi gibi durumlarda ara seçim yapılması da gerekebilir. Netice olarak, hakim seçimi sık sık Parlamenterler Meclisinin gündeminde olacaktır. Boşalan hakimlik makamlarını doldurmak için adayların tespiti ve seçilmeleri mümkün olduğu kadar çabuk yapılmalıdır. Bunu sağlamak üzere önceden adayların tespit ve seçimi ile ilgili bir takvim olması oldukça faydalı olacaktır.

Geçmişte, görev yapan hakim 70 yaşına ulaşması, istifa etmesi, ölmesi gibi durumlarda ara seçim yapılması da gerekebilir. Netice olarak, hakim seçimi sık sık Parlamenterler Meclisinin gündeminde olacaktır. Boşalan hakimlik makamlarını doldurmak için adayların tespiti ve seçilmeleri mümkün olduğu kadar çabuk yapılmalıdır. Bunu sağlamak üzere önceden adayların tespit ve seçimi ile ilgili bir takvim olması oldukça faydalı olacaktır.

Geçmişte, görev yapan hakim 70 yaşına ulaşması, istifa etmesi, ölmesi gibi durumlarda ara seçim yapılması da gerekebilir. Netice olarak, hakim seçimi sık sık Parlamenterler Meclisinin gündeminde olacaktır. Boşalan hakimlik makamlarını doldurmak için adayların tespiti ve seçilmeleri mümkün olduğu kadar çabuk yapılmalıdır. Bunu sağlamak üzere önceden adayların tespit ve seçimi ile ilgili bir takvim olması oldukça faydalı olacaktır.

---

<sup>10</sup> Council of Europe, Resolution 1200.

İnsan Hakları Mahkemesi hakimlerinin kısmi yenilenmesi 1 Kasım 2001 yılında yapılacağından dolayı, yeni hakimlerin seçim süreci bu tarihten bir yıl önce başlamalıdır. 1 Kasım 2000 yılından önce Avrupa Konseyi Genel Sekreteri Sözleşmeye taraf devletlerin hükümetlerine aday belirleme sürecini başlatmalarını hatırlatan ilk mektubu göndermelidir.

### **Milli Seviyede Aday Tespiti**

Milli seviyede üç hakim adayının seçim süreci ağır eleştirilere konu olmaktadır. Taraf devletlerin kendi ülkelerinde hakim olarak görev yapacak kişilerin seçim kriterlerini katı kurallarla belirledikleri halde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine aday hakim seçiminin milli hukuklar düzeyinde takip edilen kuralları bulunmamakta veya var olan kurallara fazla uyulmamaktadır. Adayların belirlenmesi tamamen milli otoritelerin takdirine bırakılmıştır ve aday belirlenmesinde takip edilen usul ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 22. Maddesi'nde kullanılan "Yüksek Sözleşmeci Taraf" kavramı üç kişilik aday hakim listesinin belirlenmesinin tamamen milli hükümetlere ait bir konu olup olmadığı tartışmasını açmaya elverişli bulunmaktadır.

Avrupa İnsan hakları Mahkemesinde hakim olabilmenin kriterleri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme hakimlerin niteliklerine ve moral kalitesine ilişkindir. Şöyle ki, Sözleşmenin 21 maddesi, "1. Hakimler, yüksek ahlaki vasıflara sahip olan ve yüksek yargısal göreve atanmak için gerekli niteliklere sahip veya ehliyetleri ile tanınmış hukukçulardan olmalıdır. 2. Hakimler mahkemede kendi adlarına görev yaparlar. 3. Görev süreleri içerisinde, hakimler bağımsızlıkları, tarafsızlıkları ve daimi görevin gerekleri ile bağdaşmayan herhangi bir görev üstlenemezler; bu fıkranın uygulanmasından doğan sorunlar Mahkeme tarafından karara bağlanır".

Hakimlerinin seçimine ilişkin milli usullerinin ülkeler arası mümkün olduğu oranda uyumlaştırılması ve geliştirilmesi gerekmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde hakim olarak görev yapacak adayların milli seviyede belirlenmiş usullerini ortaya koymak amacıyla Avrupa Konseyi bünyesinde bir anket çalışması yapılmıştır.<sup>11</sup>

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi üyesi milli delegelere 24 Haziran 1997 tarihinde gönderilen anket formuyla altı 6 soru yöneltilmiştir. Bu sorular sırasıyla;

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine hakim olarak seçilmek üzere sunduğunuz aday listesi nasıl belirlendi? Liste hazırlanırken Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinde görev yapan milli delegeye danışıldı mı, eğer danışıldı ise hangi boyutta? Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi için aday hakim aranıldığı ülkenizde ilan edildi mi?

Ülkenizin Avrupa Konseyine katıldığı tarihten beri sunulan listelerde yer alan adayların mesleki faaliyetleri nelerdi?

Adayların insan hakları alanında tecrübeleri var mı?

Adaylar siyasi görevde bulundular mı? Eğer cevabınız olumlu ise, ne gibi sorumluluklar ve kişisel sorumluluklar taşıdılar?

Adaylarda bulunması gereken "yüksek ahlaki karakter" nasıl değerlendirildi?

Adaylardan kaç tanesi kadınlardan oluşuyordu? Görevleri nelerdi?

Ankete verilen cevapların analizi neticesi ortaya çıkan sonuçlar şunlardır. 40 ülkenin Parlamenterler Meclisinde görev yapan milli delegelerine gönderilen anket sorularına sadece 20 ülkeden yanıt gelmiştir. Cevap veren ülkeler, Belçika, Bulgaristan, Hırvatistan, Çekeslovakya, Estonya, Filanda, Yunanistan, Litvanya, Lüksemburg, Malta, Hollanda, Norveç, Polonya, Portekiz, San Marino, İspanya, İsviçre, Türkiye ve İngiltere'den oluşmaktadır. En son yanıt anket soruları gönderildikten bir yıl sonra, Haziran 1988 de alınmıştır. Açıklıkla ve net olarak cevap verme

<sup>11</sup> Council of Europe, National Procedures for Nominating Candidates for Election to the European Court of Human Rights, Doc. 8505, 1999.

konusunda tüm ülkelerin aynı özeni göstermedikleri, bazı ülkelerin gereksiz ayrıntıya girerken, bazı ülkelerin soruları anlamadığı görülmüştür. Bununla birlikte alınan yanıtlardan adayların kalitesi ve belirlenme süreçleri hakkında bazı hususları tespit edebilmek mümkün olabilmiştir.

Adayların tespiti süreci tamamen milli hükümetlerin yetkisi dahilinde gerçekleşmiştir. Belçika ve Slovenya'da son karar ülke parlamentoları tarafından verilmiştir. Estonya, Malta, Hollanda, San Marino, İspanya, İsveç, İsviçre, Türkiye, İngiltere gibi bazı ülkelerde Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinde görev yapan milli delegelerin görüşleri, adayları mülakata tabi tutma formunda, sorulmuştur. Austurya, Malta, Polonya, İngiltere gibi bazı ülkelerde adayların seçim usulü, açıklıktan uzak olmasından, keyfi siyasi kararların sonucu olmasından dolayı basında eleştiri konusu yapılmıştır. Hatta, Hırvatistan, Fransa, Lüksemburg, Polonya ve Slovenya gibi ülkelerden Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine adayların belirlenme yöntemine ilişkin şikayetler yapılmıştır.

Sadece Belçika, Croatia, Polonya ve İngiltere aday aranıldığını kamuoyuna duyurmuştur. Duyuru, büyük gazetelere ilan verme şeklinde gerçekleşmiştir. Bazı Devletler ise kamu kurumlarında ve üniversitelerde sınırlı bir duyuru yapmışlardır. Bu ikinci durumda Yüksek mahkemeler ve hukuk fakültelerince önerilen adaylar iki aşamalı bir sürece tabi tutulmuşlardır. Ön seçim, bakanlıkta oluşturulan bir komite tarafından önceden belirli olmayan kriterler ışığında yapılmıştır. Son seçim ise Adalet Bakanı ve Dışişleri Bakanı tarafından birlikte yapılmıştır.

San Marino ve Liechtenstein aday olarak kendi vatandaşı olmayan ancak Avrupa Konseyi üyesi olan başka bir devletin vatandaşını aday olarak göstermiştir.

Hakimlerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde görev süreleri 70 yaş sınırı ile sınırlandırılmıştır. Bu açık hükme rağmen gösterilen adayların yaklaşık yarısı 11 nolu protokolün yürürlük tarihinde 65 veya daha yaşlı bulunmaktadır. Çok genç (30-39 yaş arası) adayların oranı oldukça düşük bulunmaktadır.

Adayların meslekleri ise; yüksek mahkemelerde çalışan hakimler ve savcılar en sık karşılaşılan meslek grubunu oluşturmaktadır. Diğer taraftan, Anayasa mahkemelerinden ve normal mahkeme hakimlerinden de az da olsa adaylara rastlanılmıştır. Hukuk profesörleri oldukça iyi temsil edilmiştir. Göreceli olarak sınırlı sayıda (19 adet) avukat, siyasetçilerden ise çok daha az, 5 kişi, aday listesine konulmuştur.

Devlet organlarında görev yapan adayların çoğunun Adalet Bakanlığı veya Dışişleri Bakanlığı mensubu olduğu görülmektedir. Hükümetler diplomatları hakim adayı göstermekte de tereddüt göstermemişlerdir; Türkiye, Rusya ve Slovakia Avrupa Konseyi nezdindeki daimi temsilcilerini aday göstermişlerdir.

Standartlaştırılmış özgeçmiş modeli, adaylara tecrübelerini, mesleki faaliyetlerini ve yayınlarını değerlendirme imkanı vermiştir. Bu verilerin incelenmesi açıkça göstermektedir ki, göreceli olarak çok az sayıda aday insan hakları konusunda tecrübe sahibidir. İnsan hakları konusunda tecrübe sahibi olanların tecrübeleri de, insan hakları sahasında hükümet dışı organizasyonlarda görevlerde bulunma, Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi'nde insan hakları ile meseleleri ele alan uzmanlar komitesindeki görevlerde bulunmaktan oluşmaktadır. Bazı devletler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde veya Komisyonunda hükümet ajanı veya Devlet avukatı olarak çalışan kişileri aday göstermişlerdir. Bunun dışında, adayların birçoğu bahse değer bir insan hakları faaliyeti belirtmemişlerdir.

Adayların moral karakterlerini nasıl değerlendirdikleri sorusuna genelde belirsiz cevaplar verilmiştir. Birçok durumda adayın ahlaki karakteri takdir edilmiş, ancak herhangi bir delil verilmemiştir.

Yüksek ahlaki karakter kriterinin ifade edilmesi güçlük arz etmektedir, ancak iki açıdan değerlendirilebilir. İlk olarak, adayın hali hazırda yaptığı işi yürütebilmesinin ön şartı yüksek ahlaki

karaktere sahip olması ise, anılan görevde olmasının yüksek ahlaki karaktere sahip olduğunu gösterdiği varsayılabilir. İkinci olarak, aday Avrupa Konseyinin temelini oluşturan ilkelere ve değerlere bağlılığının açık delilini verebilir.

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi hakim aday listesinde en az bir bayan adayın bulunmasını tavsiye eden karar almıştır.<sup>12</sup> Bu tavsiye kararı devletlerin çoğu tarafından görmezlikten gelinmiştir. 26 ülkenin hakim aday listesinde bayan adaya yer verilmemiştir. 10 ülke listede 1 kadın adaya, 4 ülkede listelerinde 2 kadın adaya yer vermiştir. Kadın adaylara listenin ilk sırasında yer verilmesi de çok istisnai bir durum oluşturmaktadır. Hollanda, Slovakia ve Bulgaristan kadın adayı ilk sıraya koymuştur. Kadın aday sayısı az olduğundan dolayı Parlamenterler Meclisindeki seçimde kadın adaylar lehine pozitif ayrımcılık yapıldığı ifade edilebilir.

Alt komite tarafından yapılan mülakatlar esnasında da adayların nitelikleri konusunda tecrübe kazanma fırsatı söz konusu olmuştur. Mülakat Avrupa Konseyinin iki resmi dilinde (İngilizce ve Fransızca) yapılmış ve mülakat boyunca adayların dil yeteneklerinin gözlemlenmesi fırsatı edinilmiştir. Adayların önemli bir bölümünün İngilizce veya Fransızca'yı anlamada güçlükleri olduğu gözlenmiştir.<sup>13</sup>

Mülakat sonrası ilk sırada olan adaylar genelde yerlerini korumuşlardır. Bunun nedeni, ilk adayın genelde en iyi olmasıdır: devletler genelde ilk sıraya iyi nitelikli adayları koydukları, diğer iki adayı üç isim sunma yükümlülüğünü yerine getirmek için listede yer verdikleri gözlenmiştir. Bulgaristan, Hırvatistan ve San Marino'nun sunmuş olduğu aday listeleri, listedeki adaylardan sadece birisinin istenilen nitelikleri taşıması dolayısıyla listenin gerçekte üç aday içermediği gerekçesi ile reddedilmiştir.

Alt komitenin aday sıralamasını değiştirdiği durumlarda da bu tavsiye Parlamenterler Meclisi tarafından dikkate alınmamıştır. Alt komite bir kaç ülke ile ilgili isim tavsiye etmekten kaçınmıştır. Bazen de hükümetler, Portekiz örneğinde olduğu gibi, ilk verdikleri aday listesini geri çekmişlerdir.

Hükümetlerin destekledikleri adaylar genelde Parlamenterler Meclisinde seçilmişlerdir. Daha önce Komisyon üyesi veya Divan hakimi olan adaylar otomatik olarak seçilme lüksüne sahip olamamışlardır. Listedeki hem komisyon üyesi hem de Divan hakiminin birlikte olması durumunda Divan hakimleri genelde kazanan taraf olmuşlardır.

Özetle, anket sonuçları, adayların belirlenme metodlarının ülkeden ülkeye değişiklik gösterdiğini, birçok ülkenin adayların belirlenmesine ilişkin önceden düzenlenmiş kurallarının olmadığını, hükümetlerin önemli bir kısmının listede kadın adaylara yer vermediğini, listeye alınan adayların Sözleşmede öngörülen kriterleri zaman zaman taşımadığını (örneğin, insan hakları konusunda tecrübe eksikliği, iki resmi dilden en az birinde yeterli olmama gibi) ortaya koymuştur.

### **Aday Belirleme Kriterleri**

Anket sonuçlarının ortaya koyduğu yetersizlikleri gidermek, bir sonraki seçimde hükümetlere yardımcı olmak ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde hakimlik görevini yapabilecek mümkün olan en iyi adaya sahip olmak amacıyla Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, Sözleşmeye taraf devletlerin üç hakim adayını belirlemede takip etmeleri gereken usule ilişkin tavsiye kararı almıştır.<sup>14</sup> Bu tavsiye kararı ile 2001 ve 2004 yılında yapılacak seçimlerde takip edilecek prosedürün geliştirilmesi amaçlanmıştır.

Tavsiye kararları beş başlık altında toplanılmıştır. İlk olarak, Sözleşmede öngörülen şartları taşıyan adaylara ulaşabilmek amacıyla aday aranıldığı basın yoluyla kamuoyuna duyurulmalıdır.

<sup>12</sup> Council of Europe, Order No: 519 (1996).

<sup>13</sup> Council of Europe, Report, Doc.8505 (1999), p.9.

<sup>14</sup> Council of Europe, Recommendation 1429, 29 Eylül 1999.

İkinci olarak, adayların insan hakları konusunda uygulayıcılardan oluşması veya insan hakları alanında faaliyet gösteren hükümet dışı kuruluşlarda aktif olan deneyim sahibi kişilerden oluşması sağlanmalıdır. Üçüncü olarak, her iki cinsiyetten adaylar seçilmelidir. Dördüncü olarak, adayların Avrupa Konseyinin resmi dilleri olan İngilizce ve Fransızca dillerinin en az birinde çalışabilecek kadar seri olmalarına özen gösterilmelidir. Beşinci olarak, adayların isimleri alfabetik sıraya konulmalıdır. Ayrıca, Parlamenterler Meclisi, Bakanlar Komitesinden üye devlet hükümetlerinin milli parlamentolarına listeyi hazırlarken danışmaya davet etmesini tavsiye etmiştir. Bu uygulama ülke düzeyinde aday belirleme prosedürünün açıklığını sağlayamaya da yardımcı olabilecektir.

### **Mahkeme Başkanlığı**

Mahkemenin bir başkanı ve iki başkan yardımcısı bulunmaktadır. Başkan ve başkan yardımcıları mahkeme hakimleri arasından seçilmektedir. Yeni Mahkeme, üç yıllık bir dönem için başkanını, iki başkan yardımcısını seçmektedir. 1999 yılı sonu itibariyle Mahkeme Başkanlığı İsviçre’li hakim M. Lozius Wildhaber, başkan yardımcılıkları İsveçli hakim Elisabeth Palm ve Yunanistanlı hakim Christos Rozakis tarafından yürütülmektedir.

Türkiye adına görev yapan hakimler Divan başkanı yada Divan başkan yardımcısı olarak herhangi bir idari görevde bulunmamışlardır.

### **Mahkemenin Kısımları**

Mahkeme İttüzüğü mahkemeyi dört Daireye (section) ayırmıştır. Dairelerin kompozisyonu üç yıl için sabit olup, coğrafi bölge ve cinsiyet dağılımı açısından dengeli olarak ve Sözleşmeciler Devletlerin sahip oldukları farklı hukuk sistemleri dikkate alınarak oluşturulmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde görev yapan 41 hakimden her biri bir Dairede görev yapmaktadır.

Yeni yapıda Mahkeme dairelerden oluşmakta olduğundan “Daire Başkanlığı” makamı ihdas edilmiştir. Her Dairenin bir başkanı ve bir başkan yardımcısı mevcuttur. Dört Daireden ikisinin başkanlığı, aynı zamanda mahkeme başkan yardımcısı olan iki hakim tarafından yürütülmektedir. Diğer iki Daire için ise, iki başkan seçilmektedir.

Mahkemede görev yapan Türk hakim Rıza Türkmen 1. Section’la ilişkilendirilmiştir. Türk hakim Daire başkanlığı veya Daire başkan yardımcılığı gibi herhangi bir idari görevi bulunmamaktadır.

Türk hakim Rıza Türkmen 1. Dairede görev yapmasının anlamı, Türkiye aleyhine yapılan başvuruların 10 hakimden oluşan 1. Daire bünyesinde oluşturulacak 7 kişilik heyet tarafından karara bağlanmasıdır. Birinci Dairede Türkiye ile birlikte İsveç, Andora, San Marino, İzlanda, Romanya, Hollanda, Moldova ve Estonya yer almaktadır.

Yeni mahkeme, Komite, Chamber (Oda) ve Büyük Chamber (Büyük Oda) adı verilen heyetler halinde çalışmakta ve karar vermektedir. Her bir heyetin oluşumu ve işlevi ana hatları ile şu şekildedir.

Her Daire bünyesinde 12 ay süre ile sabit olan 3 hakimden oluşan Komiteler oluşturulur. Yeni yapıda Komiteler önemlidir, çünkü daha önce Komisyon tarafından yerine getirilen filtre işlevi yeni yapıda Komiteler tarafından yerine getirilmektedir.

Her bir Daire bünyesinde, rotasyona tabi olarak 7 üyeden oluşan bir “Chamber” oluşturulmuştur. Chamber’ın oluşumu sabit olmayıp olaydan olaya değişmektedir. Chamber da, Dairenin Başkanı ve inceleme konusu olayla ilgili devletin milli hakimi yer almaktadır. İnceleme konusu devletin milli hakimi yargılama yapan Dairede görevli değilse, dışardan üye olarak Daireye katılmaktadır.

Mahkeme bünyesinde 17 hakimden oluşan “Büyük Chamber” da üç yıl için oluşturulur. Oluşumda coğrafi denge ve farklı hukuk gelenekleri dikkate alınmaktadır. İki adet Büyük Chamber mevcuttur.

### **Yazı İşleri Müdürlüğü**

Mahkemenin idari işleri yazı İşleri Müdürlüğü tarafından yerine getirilmektedir. Yazı İşleri Müdürlüğünün başında bulunan Yazı İşleri Müdürü önemli bir güce sahiptir. Eski dönemde Yazı İşleri Müdürü Divan genel kurulu tarafından seçilmekteydi. Yeni dönemde ise, Yazı İşleri Müdürü mahkeme genel kurulu tarafından seçilmektedir.<sup>15</sup> Yazı İşleri Müdüründe olması gereken nitelikler ve atanma usulü İçtüzük tarafından düzenlenmiştir.<sup>16</sup> Buna göre, Yazı İşleri Müdürlüğü görevine atanacak kişilerin yüksek ahlaki karaktere sahip, hukuki, idari ve dil bilgisi olan ve görevi yapabilecek derecede tecrübe sahibi olması gerekmektedir.

Eski dönemde Yazı İşleri Müdürü 7 yıllık bir süre için seçilirken yeni dönemde bu süre 5 yıla indirilmiştir. Bu sürenin sonunda yeniden seçilebilmek mümkündür. Yazı İşleri Müdürü seçiminde oylama gizli olarak yapılır ve seçimde ancak seçilmiş hakimler oy kullanabilir. Adaylardan herhangi birisi seçilmiş hakimlerin yarısından bir fazlasının oyunu alamazsa en çok oyu alan iki aday arasında tekrar seçim yapılır. Oyların eşitliği durumunda, öncelik varsa bayan adaya verilir, bayan aday olmaması durumunda ise daha yaşlı olan adaya öncelik verilir. Göreve başlamadan önce mahkeme genel kurulu önünde Yazı İşleri Müdürü yemin eder. Görevden alınabilmeleri ise, gerekli koşulları kaybetmeleri halinde mahkeme genel kurulunun üçte ikisinin oyu ile mümkündür.

Yazı İşleri Müdürünün görevleri ise; Mahkemenin işlevini yerine getirmesine yardım etmek; Mahkeme başkanı adına yazı İşleri Müdürlüğünün organizasyonu ve faaliyetlerinden sorumlu olmak; Mahkemenin kayıtlarını tutmak; Mahkeme önüne getirilen davalarla ilgili yazışmalara aracılık etmek; Mahkeme işlerine ilişkin basından ve diğer kuruluşlardan gelen bilgi taleplerini karşılamak; Yazı İşleri müdürlüğünün çalışma usulünü belirleyen, mahkeme başkanı tarafından onaylanan, genel talimatlar hazırlamaktır.

Mahkeme Yazı İşleri Müdürlüğünün yanında her bir daire kendi yazı işleri müdürlüğüne sahiptir. Daire yazı İşleri Müdürlüğü dairenin idari ve hukuki işlerinin yürütülmesinden sorumludur. Hukuki bölüm hukukçu personele sahipken, idari bölüm muhasebe, teknoloji, güvenlik, tercüme, doküman hazırlama, yayın, basın ve halkla ilişkiler personeli istihdam etmektedir.

Dosyaların incelemesini yapan hukukçular, onların hukukçu asistanları ve destek elemanları yazı işleri müdürlüğüne bağlı olarak çalışmaktadır. Mahkemede çalışan hukukçular devamlı statüde hukukçu, geçici statüde hukukçu ve stajyer hukukçu olmak üzere üç farklı kategoride çalışmaktadır. Her bir kategorinin özlük hakları ve maaşları arasında farklar bulunmaktadır.

### **Sonuç**

Avrupa Birliğinin genişleme sürecinin bir parçasını da Türkiye'nin Birliği katılması olduğu Helsinki Avrupa Birliği Konseyi tarafından 1999 Aralık ayında ilan edildi. Avrupa Birliği 2002 yılının sonundan itibaren üyelik yükümlülüklerini üstlenme yeteneğine sahip olduğunu gösteren Devletlerle müzakere sürecini başlatacaktır.

İnsan hakları alanında iyileştirme konusunda Türkiye'nin göstereceği ilerleme, tam üyelik sürecinde mesafe alınmasına önemli bir katkı sağlayacaktır. Türkiye'nin bu alanda aldığı mesafeyi gözlemleyecek ve tespit edecek organların başında ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gelmektedir.

---

<sup>15</sup> Sözleşme md. 26 (e).

<sup>16</sup> İçtüzük, md 15,16, 17, 18.

Avrupa Komisyonunun Türkiye hakkındaki 1999 Yılı İlerleme Raporu<sup>17</sup>, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin tespitlerinin Türkiye'nin insan hakları alanında ilerleme sağlayıp sağlamadığının önemli bir göstergesi olduğunu ortaya koymuştur.

Türkiye'de tüm çabaların Avrupa Birliğine tam üyeliğin elde edilmesi üzerinde yoğunlaştığı bir dönemde, insan hakları alanında mevcut durumun iyileştirilmesinin tam üyeliğin bir önkoşulu olması nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Mahkemenin Türkiye ile ilgili tespitleri büsbütün önem kazanmaktadır. Kısa bir süre önce denetim mekanizması yeniden düzenlenerek yargısal karakteri sağlamlaştırılan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yapısının çok yeni olması, yeni yapının irdelenmesini gerekli kılmıştır. Yeni Mahkemenin Türkiye ile ilgili verdiği tüm kararların da ayrıca analiz konusu olması, Avrupa birliğine tam üyelik sürecinde çok faydalı olacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yeni yapısının irdelenmesiyle ortaya konulan bazı aksaklıklara ve olumsuzluklara rağmen, Mahkemesinin başarıları epeydersizdir. Mahkeme, verdiği kararlarla her Avrupalı'nın günlük hayatının gelişmesine katkı sağlamakla kalmamış, aynı zamanda tüm dünya için minimum adalet standartları koyma işlevi yerine getirmiştir.

## Bölüm 2

### AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Yrd. Doç. Dr. Vahit Bıçak\*

#### 1. Giriş

Düşünce ve düşündüklerini ifade etme özgürlüğü, demokratik süreçte önemli bir yer tutmaktadır. Yeni ve daha iyi fikirlerin ortaya çıkmasının zeminini ifade özgürlüğü oluşturmaktadır. Birbirinden farklı çeşitli fikirlerin olması ve bunların tartışılması bireylere farklı düşünceler arasında seçim yapma olanağı sunmaktadır. İfade özgürlüğünün varlığı halinde ancak kişiler, kendi düşüncelerinin doğru veya yanlış olduğunu test edebilirler.<sup>18</sup> Demokratik bir toplumda, ifade özgürlüğü, yöneticilerin veya kamu makamlarının hoşuna gidecek şeyleri söyleme hakkı değil, her türlü düşüncüyü serbestçe açıklama özgürlüğüdür.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesi ifade özgürlüğünü şu şekilde düzenlemektedir;

*1) Herkes, görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğünü, kamu otoritelerinin müdahalesi olmaksızın haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerir. Bu*

<sup>17</sup> The Commission on Turkey's Progress Towards Accession, 1999 Regular Report, 13/10/1999, p.9-11, <http://www.europe.eu.int>.

\* Ceza Hukuku Öğretim Üyesi, P.A. Güvenlik Bilimleri Fakültesi.

<sup>18</sup> Ş. Ünal (1995) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, s.220.

*madde, devletlerin radyo, televizyon veya sinema işletmelerini bir izin sistemine bağlı tutmalarına engel değildir.*

*2) Kullanılması ödev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler; demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, ülke 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 organının otorite ve tarafsızlığının sağlanması için kanunla öngörülen bazı usullere, şartlara, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir.*

AİHS nin 10. maddesi, 10 Aralık 1948 tarihinde benimsenen İnsan hakları Evrensel Beyannamesinin 19. maddesinden kaynaklanmaktadır. 16 Aralık 1966 tarihli Uluslararası Medeni ve Siyasi haklar Sözleşmesinin 19. maddesinde de benzer bir hüküm bulunmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesinin, Sözleşmenin en temel ve en önemli hükümlerinden birini içerdiği genelde kabul edilmektedir.<sup>19</sup> 1988 yılında yeniden yapılanan Avrupa İnsan hakları Mahkemesi, ifade özgürlüğüne verdiği önemi sembolik olarak göstermek amacıyla ilk kararını ifade özgürlüğü ile ilgili olarak vermiştir.<sup>20</sup>

İfade özgürlüğü ile ilgili Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yer alan 10. madde iki seviyede işlemektedir. İlk olarak, ifade özgürlüğünü konusunda bir ilke ortaya konulmaktadır; ifade özgürlüğü güvence altına alınmaktadır. İkinci seviye de ise, ifade özgürlüğüne karşı izin verilebilir müdahalelerin neler olduğunu düzenlenmektedir.

Sözleşmenin 10. maddesi sadece yazılı basınla değil, aynı zamanda görsel basınla da ilgilidir. Her türlü mesaj (ticari reklam<sup>21</sup> içerenler de dahil) bu maddenin güvencesi altındadır. İfadeyi iletmek için kullanılan vasıtalar, radyo ve televizyon gibi araçlarda güvence sistemi içindedir. İletilen bilginin muhtevası siyasi, kültürel, ekonomik, ticari, artistik vs. olabilir. Bilgi ve fikir alma ve sahip olunan bilgi ve fikirleri yayma özgürlüğü olmak üzere ifade özgürlüğü iki boyuttan oluşmaktadır.

## 2. İfade Özgürlüğünü Sınırlamanın Sınırı

Demokratik toplumda ifade özgürlüğü sınırlamalardan muaf değildir. Ancak sınırlamaların da sınırı vardır. Sınırlandırmaların sınırları şu şekilde ifade edilebilir. İlk olarak, sınırlandırmalar çok sıkı denetime konu olmalıdır. Milli hukukta öngörülen sınırlandırmaların Sözleşmenin 10. maddesinin ihlali olmaması için üç koşulu taşıması gerekir. Bu koşullar AIHM tarafından çok katı olarak yorumlanmaktadır.

İlk olarak, Müdahale demokratik toplumda gerekli olmalıdır. Bir siyaset etiği kuralı olan demokratik toplum düzeninin gerekleri ile sınırlandırma uyumlu olmalıdır. Demokratik toplumun gerekleri sınırlandırmanın kabul edilebilirliği konusunda öneli bir kriterdir. Demokratik toplum kriteri, Sözleşmenin en orijinal kriteri olarak kabul edilmektedir; Bu kriter Sözleşmenin önsözünde yer almakta ve Sözleşmenin genel yapısının önemli bir parçasını oluşturmaktadır.

İkinci olarak, sınırlama kanunla belirlenmiş olmalıdır. Kanunla belirlenmiş olma, kanunların öngörülebilirliği ve ulaşılabilirliği ile ilgilidir. Kanunların kalitesi denetim konusu yapılmaktadır. İnceleme konusu yapılan olayda uygulanan yasal kurullarla ilgili olarak vatandaşın yeterli bilgi sahibi olması ulaşılabilirlik açısından gereklidir. Öngörülebilirlik ise, vatandaşların davranışlarını ona göre ayarlamalarına imkan sağlayacak ölçüde kurulların açıklıkla formüle edilmesidir. Davranışlarının

<sup>19</sup> Françoise Tulkens, 1999, "Freedom of Expression and Information in a Democratic Society and Right to Privacy Under the ECHR: in a Comparative Look at Article 8 and 10 of the Convention in the Case Law of the European Courts of Human Rights", Freedom of Expression and the Right to Privacy, Conference Reports, s.18.

<sup>20</sup> Fressoz and Roire, 21 Ocak 1999.

<sup>21</sup> The X and Church of Scientology v. Sweden, 5 Mayıs 1979.

sonuçlarını vatandaşlar öngörebilmelidir.

Üçüncü olarak, müdahalenin meşru bir amacı bulunmalıdır. Sözleşmenin 10. Maddesinin 2. fıkrası meşru amaçları saymıştır. Başkalarının haklarını veya itibarlarını koruma, özel olarak alınmış bilgileri koruma gibi amaçlar meşru amaçlar olabilir. İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasını meşru amaçların haklı kıldığı gösterme yükümlülüğü Devlete aittir. Meşru amaç, ikna edici olarak ortaya konulmalıdır, "acil toplumsal ihtiyaç" söz konusu olmalıdır. Faydalı, istenen, kabul edilebilir, sıradan durumlar gerekli demek değildir.

Sınırlamanın gerekliliği ve meşru amaç, orantılılık ilkesine yol açmaktadır. Ulaşılmak istenen meşru amaçla ifade özgürlüğünün sınırlandırılması orantılı olmalıdır.

Sözleşmede düzenlenen hakları yaşama geçirmek devletlerin yükümlülüğü olduğundan dolayı Sözleşmenin 10. maddesinin ikinci fıkrası bu sınırlamalarla ilgili olarak devletlere belli bir takdir yetkisi alanı tanımaktadır. Sözleşmenin 10/2 fıkrasındaki amaçlara göre, takdir yetkisinin alanı farklılık göstermektedir. Ancak, Devletlerin sahip olduğu takdir yetkisi de Strasbourg mahkemesinin denetimine açıktır.

### 3. İçtihat Hukuku

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kuruluşundan günümüze ifade özgürlüğü ile ilgili seksen sekiz adet karar vermiştir. Bu kararlardan atmış beş tanesinde ifade özgürlüğünün ihlal edildiği<sup>22</sup>, on sekiz adetinde ifade özgürlüğünün ihlal edilmediği<sup>23</sup> ve beş tanesinde başvurunun işleminden kaldırılması<sup>24</sup>

<sup>22</sup> İfade Özgürlüğü İhlal Kararları: De Becker / Belçika Davası; Sunday Times / İngiltere Davası; Barthold / Almanya Davası; Lingens / Avusturya Davası; Weber / İsviçre Davası; Autronic AG / İsviçre Davası; Oberschlick (No. 1) / Avusturya Davası; The Observer and Guardian Newspapers Ltd / İngiltere Davası; The Sunday Times (No.2) / İngiltere Davası; Castells / İspanya Davası; Thorgeir Thorgeirson / İrlanda Davası; Schwabe / Avusturya Davası; Herczegfalvy / Avusturya Davası; Open Door Counselling Ltd. ve Dublin Well Woman / İrlanda Davası; Informationsverein Lentia and others v. Austria; Jersild / Danimarka Kararı; Vereniging Weekblad Bluf / Hollanda Davası; Piermont / Fransa Davası; Tolstoy Miloslavsky / İngiltere Davası; Vogt / Almanya Davası; Goodwin / İngiltere Davası; De Haes ve Gijssels / Belçika Davası; Oberschlick (No. 2) / Avusturya Davası; Radio ABC / Avusturya Davası; Grigoriades / Yunanistan Davası; Bowman / İngiltere Davası; İncal / Türkiye Davası; Hertel / İsviçre Davası; Lehideux ve Isorni / Fransa Davası; Steel ve Diğerleri / İngiltere Davası; Fressoz ve Roire / Fransa Davası; Bladet Troms ve Stensaas / Norveç Davası; Arslan / Türkiye Davası; Başkaya ve Okçuoğlu / Türkiye Davası; Ceylan / Türkiye Davası; Erdoğan ve İnce / Türkiye Davası; Karataş / Türkiye Davası; Okçuoğlu / Türkiye Davası; Polat / Türkiye Davası; Sürek / Türkiye Davası (No: 2); Sürek ve Özdemir / Türkiye Davası; Sürek / Türkiye Davası (No 4); Öztürk / Türkiye Davası; Dalban / Romanya Davası; Wille / Linkeyştayn Davası; Hashman and Harrup / İngiltere Davası; Nilsen and Johnsen / Norveç Davası; News Verlags GmbH & CoKG / Avusturya Davası; Fuentes Bobo / İspanya Davası; Özgür Gündem / Türkiye Davası; Bergens Tidende ve Diğerleri / Norveç Davası; Erdoğan / Türkiye Davası; Şener / Türkiye Davası; Tele 1 Privatfernsehgesellschaft / Avusturya Davası; Lopes Gomes da Silva / Portekiz Davası; Du Roy ve Malaurie / Fransa Davası; Aksoy / Türkiye Davası; Jerusalem / Avusturya; Thoma / Lüksemburg; Maronek / Slovakya; Feldek / Slovakya; Perna / İtalya; Akin Derneği / Fransa

<sup>23</sup> İfade Özgürlüğü İhlali Bulunmayan Kararlar: Engel ve Diğerleri / Hollanda Davası; Handyside Davası / İngiltere Davası; Glasenapp ve Kosiek / Almanya Davası; Leander / İsveç Davası; Müller ve Diğerleri / İsviçre Davası; Barfod / Danimarka Davası; Gaskin / İngiltere Davası; Markt intern Verlag GmbH ve Klaus Beermann / Almanya Davası; Groppera Radio AG ve Diğerleri / İsviçre; Hadjianastassiou / Yunanistan Davası; Chorherr / Avusturya Davası; Casade Coca / İspanya Davası; Jacobowski / Almanya Davası; Otto-Preminger-Institut / Avusturya Davası; Prager ve Oberschlick / Avusturya Davası; Wingrove / İngiltere Davası; Worm / Avusturya Davası; Zana / Türkiye Davası; Schöpfer / İsviçre Davası; Ahmed ve Diğerleri / İngiltere Davası; Janowski / Polonya Davası; Rekvényi / Macaristan Davası; Sürek / Türkiye Davası (No 1); Sürek / Türkiye Davası (No 3); Andreas Wabl / Avusturya Davası; Constantinescu / Romanya Davası; Akkoç / Türkiye Davası; Tommer / Estonya.

kararı verilmiştir. İfade özgürlüğü ile ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen kararların tamamı bu çalışmada gözden geçirilerek kararlarda ifade edilen temel ilkeler ve değer yargıları "case law" sistematığı içerisinde devam eden sayfalarda ele alınmaya çalışılmıştır.

3.1. Yargı mensupları da eleştirilebilir.

*De Haes ve Gijssels / Belçika Davası*<sup>25</sup>, birkaç hakimin itibarını sarstıkları gerekçesiyle iki gazetecinin tazminat ödemeye mahkum edilmesi, ifade özgürlüğünün ihlali olarak hükme bağlanmıştır.

***Perna / İtalya*<sup>26</sup> davasında kıdemli bir İtalyan yargı mensubunun (savcısının) eski italyan komünist partisine bağlılık yemini ettiğini yazan gazeteci hakaret suçundan mahkum olmuştur.**

Olayı inceleyen mahkeme, basın mensubunun kullandığı beyanın içeriğinin sembolik olduğunu ve savcının eski komünist partisinin bir üyesi olarak siyasi militanlık yaptığı hakkında eleştirel bir görüş açıklaması olduğu, iddianın doğru temellere dayandığı, yargı mensuplarının temelsiz saldırılara karşı korunması gerekmele birlikte yargı mensuplarının kendilerine verilen görevi gereği gibi yerine getirip getirmediği konusunda halkın ve politikacılar görüş sahibi olmasının yollarından birinin basın olduğu, bir siyasi partinin militan bir üyesi olarak hareket eden bir yargı mensubunun yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını sarsacağı, böyle bir davranışta bulunan yargı mensubunun kaçınılmaz olarak kendisini basının eleştirisine açmış olacağı tespitini yaparak ifade özgürlüğünün ihlal edildiği kararını vermiştir.

3.2. Yargı organlarınca ele alınan olaylara basın yer verebilir.

***Sunday Times / İngiltere*<sup>27</sup> davasında hamile kadınlar tarafından kullanılan bir ilacın bebeklerin sakat doğmasına yol açtığı gerekçesiyle ilaç firması aleyhine tazminat davaları açılmıştır. Yargılama devam ederken Sunday Times gazetesi, ilacın yol açtığı faciayı ayrıntıları ile yayınlacağını okuyucularına duyurmuştur. Görülmekte olan davayı etkileyeceği gerekçesi ile ilaç firması tarafından yapılan başvuru üzerine söz konusu yayın yasaklanmıştır. Olayı inceleyen Divan, demokratik bir toplumda uyuşmazlıkların yargı organlarınca tartışılarak çözümlenmesinin, bunların özel yayınlar veya basın gibi başka forumlarda tartışılmasına engel teşkil etmeyeceğine işaret ederek konulan yayın yasağının ifade özgürlüğünün ihlali olduğu kararını vermiştir.**

**3.3. Soruşturmanın gizliliğini basın ihlal edebilir.**

*Weber / İsviçre Davası*<sup>28</sup> davasında devam etmekte olan bir tazminat davasının soruşturmasının gizliliğini bir basın toplantısı sırasında ihlal eden gazetecinin mahkum edilmesinin ifade özgürlüğünün ihlali olduğuna karar verilmiştir.

3.4. Sanığın resminin yayınlanması yasaklanamaz.

*News Verlags GmbH & CoKG / Avusturya*<sup>29</sup> davasında sanığın resmini yayınlamasını yasaklayan mahkeme kararı, ifade özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirilmiştir.

**3.5. İstihbarat servisinin faaliyetleri yayımlanabilir.**

---

<sup>24</sup> Esas Hakkında Karar Verilmeyen Davalar: De Becker / Belçika Davası; Colman / Almanya Davası; Ahmet Sadik / Yunanistan Davası; Telesystem Tyrol Kabeltelevision / Austurya Davası; Guerra / İtalya Davası.

<sup>25</sup> 24 Şubat 1997, Reports of Judgments and Decisions, 1997-I

<sup>26</sup> 25 Temmuz 2001.

<sup>27</sup> 26 Nisan 1979, Series A, No:30.

<sup>28</sup> 22 Mayıs 1990, Series A No. 177.

<sup>29</sup> 11 Ocak 20001, Reports of Judgments and Decisions, 2000.

*Vereniging Weekblad Bluf / Hollanda*<sup>30</sup> davasında iç İstihbarat servisinin gizli faaliyetlerini yayınlayan derginin toplatılması ve dergilere el konulması, ifade özgürlüğünün ihlali olarak hükme bağlanmıştır.

3.6. İzinsiz sahip olunan devlet Dokümanları yayınlanabilir.

*Fressoz ve Roire / Fransa*<sup>31</sup> davasında haftalık bir dergide Peugeot araba şirketinin genel müdürünün maaşının detaylarının yayınlanması üzerine maliye Bakanlığı gelir vergisi vergi iade dokümanlarına izinsiz sahip olduğu gerekçesiyle ilgililer hakkında mahkumiyet hükmü verilmesi, ifade özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirilmiştir.

### **3.7. Gizli resmi rapor yayınlanabilir.**

*Bladet Troms ve Stensaas / Norveç*<sup>32</sup> davasında halka açıklanmayan resmi bir rapora dayanarak Ayı Balığı Avlama Yönetmeliğinin nasıl ihlal edildiğine ilişkin bir gazetede yayın yapılması üzerine gazetenin ve baş editörün mahkum edilmesi, ifade özgürlüğünün ihlali olarak hükme bağlanmıştır.

### **3.8. Gazeteci haber kaynağını açıklamak zorunda bırakılmaz.**

*Goodwin / İngiltere Davası*<sup>33</sup> davasında bir gazetecinin haber kaynağını açıklamasını zorunlu kılan ifşa emrine muhatap olması, ifade özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirilmiştir.

### **3.9. Yetkilerini kötüye kullanan kamu görevlilerinin isimleri yayınlanabilir.**

*Sürek / Türkiye* (No: 2)<sup>34</sup> davasında haftalık bir derginin, bir grup eski milletvekilinden oluşan bir grubun terör olaylarının yoğun olarak yaşandığı bir bölgede gerçekleştirdikleri ziyaretler üzerinde düzenledikleri basın toplantısında açıklanan bilgilere yer verirken terörle mücadelede görev yapan emniyet müdürünün ve jandarma komutanının adına (İsmet Yediyıldız) da yayınlaması, terörle mücadele eden kolluğun kimliğini açıklayarak hedef halinde getirme olarak değerlendirilerek Derginin sahibi para cezasına çarptırılmıştır. Olayı değerlendiren Divan, haberde yer alan bilgiler, emniyet müdürünün ve jandarma komutanının söylediklerinin aktarılması olduğunu; yetkilerin kötüye kullanılması durumunda toplumun kötüye kullanılan yetkinin içeriği ile birlikte, yetkilerini kötüye kullanan kişilerin isimlerini de bilme hakkı olduğu; haberin diğer gazetelerde de aktarılmış olması dolayısıyla yeni bir bilgi içermediği; aynı haberden dolayı diğer gazeteler hakkında herhangi bir işlem yapılmadığı tespiti yaparak ifade özgürlüğüne müdahalenin Sözleşmenin 10. maddesinin ihlali olduğu hükmünü vermiştir.

3.10. Meslek mensupları kamuya açıklama yapabilir.

***Barthold / Almanya*<sup>35</sup> davasında bir veterinerin hayvanlara acil yardım servislerinin durumu ile ilgili olarak basına yapmış olduğu röportajdan dolayı reklam yaptığı gerekçesiyle meslektaşları tarafından şikayet edilmesi üzerine Veterinerler Birliği, bu tür röportajlardan kaçınması konusunda veterineri ihtar etmiştir. Konuya ilişkin Alman mevzuatından veterinerin şikayetçi olması üzerine Divan, bir meslek mensubunun kamuya açıklama yapmasının engellenmesinin ifade özgürlüğünün ihlali olduğu kararını vermiştir.**

3.11. Kamu görevlisi kişisel fikirlerini basına açıklayabilir.

<sup>30</sup> 9 Şubat 1995, Series A No. 306-A.

<sup>31</sup> 21 Ocak 1999, Reports of Judgments and Decisions, 1999-I.

<sup>32</sup> 20 Mayıs 1999, Reports of Judgments and Decisions, 1999.

<sup>33</sup> 27 Mart 1996, Reports of Judgments and Decisions, 1996-II.

<sup>34</sup> 8 Temmuz 1999, Reports of Judgments and Decisions, 1999.

<sup>35</sup> 25 Mart 1985, Series A, No:90.

*Akkoç / Türkiye*<sup>36</sup> davasında bir eğitim sendikası başkanının, eğitimden sorumlu bir bürokrat ile yaptığı bir toplantı hakkında bir gazeteye verdiği beyanatta, öğretmenlerin gözaltında iken sözlü olarak taciz edildiğini ve bazen de polis tarafından saldırıya uğradığını belirtmesi nedeniyle mesleği ile ilgili konularda izinsiz basına açıklama yapmaktan dolayı meslekte ilerlemesinin bir yıl süre ile durdurulması cezası verilmiştir. Danıştay, memurun basına açıklama yasağının kendi görev ve yetki alanı ile ilgili konularla sınırlı olduğunu, söz konusu olayda, memurun açıklama yaptığı konuların günlük herkesi ilgilendiren konular olduğunu, memurun görev alanına girmeyen konularda kişisel fikrini açıklamasının suç oluşturmayacağına karar vermiştir. Ancak, verilen disiplin cezasının kaldırılması süreci altı yılda sonuçlanmıştır

Olayı inceleyen Starsbourg Mahkemesi, dava açılmasından davanın sonuçlanmasına kadar geçen beş yıl dokuz aylık süre her ne kadar oldukça uzun bir süre olsa da, var olan bu etkili çözüm yolunu etkisiz kılıp elde edilmek istenen çözüme ulaşılmasına engel bir durum oluşturmadığı; yerel mahkemenin Danıştay'ın kararı üzerine, verdiği kararı değiştirerek cezayı geriye yürüyecek şekilde bütün sonuçları ile ortadan kaldırdığı tespitini yaparak ifade özgürlüğünün ihlalinin söz konusu olmadığı hükmünü vermiştir.

3.12. Düşüncelerinden dolayı kamu görevlisinin yükselmesi engellenemez.

*Wille / Linkeyştayn*<sup>37</sup> davasında bazı anayasal konularda açıkladığı fikirlerden dolayı İdare Mahkemesi Başkanını herhangi bir kamu görevine atamayacağını Linkeyştayn Prensini ifade etmesi, ifade özgürlüğünün ihlali olduğu hükmü verilmiştir.

3.13. Kamu görevlisi komünist partiye üye olabilir.

*Vogt / Almanya*<sup>38</sup> davasında Alman Komünist Partisinin siyasi faaliyetlerine katılması dolayısıyla bir öğretmenin kamu hizmetlerinden çıkarılması, ifade özgürlüğünün ihlali olarak hükme bağlanmıştır.

### **3.14. Kamu görevlisi eleştirilere cevap verebilir.**

*Nilsen and Johnsen / Norveç*<sup>39</sup> davasında polisin yaptığı iddia edilen kötü muamelelere ilişkin yayınlanan çeşitli yayınlarla ilgili yaptıkları yorumlardan dolayı polis sendikası temsilcilerinin hakaret suçunu işledikleri gerekçesiyle yargılanmalarının ifade özgürlüğünün ihlali olduğu hükmü verilmiştir.

3.15. Politikacılar daha fazla eleştirilebilir.

*Lingens / Avusturya*<sup>40</sup> davasında Avusturya Cumhurbaşkanı bu makama uygunluğunu tartışma konusu yapan iki makalenin bir dergide yayınlanması, derginin yayın müdürünün mahkum edilmesi sonucunu doğurmuştur. Olayı inceleyen Divan, siyasi liderler hakkında öne sürülen düşüncelerin aktarılması olgusunun kamu oyunun şekillenmesini sağlayan en önemli araçlardan birisi olduğunu, demokratik bir toplumun temel niteliği olan siyasi tartışmanın Sözleşme tarafından korunan hakların başında geldiğini, politikacılar için kabul edilebilir eleştiri sınırının diğer bireylere göre daha geniş olması gerektiğini, özel kişilerden farklı olarak politikacıların her söz ve davranışını bilerek ve isteyerek basın ve kamu oyunun görüş ve eleştirisine açtığı tespitlerini yapmıştır. Kişilerin şeref ve haysiyetlerini korunmasından politikacılarında yararlanabileceğini, ancak bu gibi durumlarda korumanın zorunlu olup olmadığı, siyasi konuların açıkça tartışılması gereği açısından değerlendirilmesi gereğine vurgu yapan Divan, ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Ayrıca Divan, bir siyasi

<sup>36</sup> 10 Ekim 2000.

<sup>37</sup> 28 Ekim 1999, Reports of Judgments and Decisions 1999.

<sup>38</sup> 26 Eylül 1995, Series A No. 323.

<sup>39</sup> 25 Kasım 1999, Reports of Judgments and Decisions 1999.

<sup>40</sup> 8 Temmuz 1986, Series A, No:103.

**kişiyi eleştiren basın mensubuna yaptırımlar uygulanmasının onu gelecekte bu tür eleştiriler yapmaktan alıkoyacak bir tür sansür niteliğinde olacağını ifade etmiştir.**

*Oberschlick (No. 1) / Avusturya*<sup>41</sup> davasında Avusturyalı bir politikacının işlediği iddia edilen suçlar hakkında bir dergide bazı bilgiler yayımlanması üzerine yazar mahkum edilmiş, dergi toplatılmış ve toplatma kararının derginin bir sonraki sayısında yayımlanmasına karar verilmiştir. Olayı inceleyen Divan, ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun temelini oluşturduğunu, bireyin kendisini geliştirmesinin vazgeçilmez bir şartı olduğunu ve ifade özgürlüğün yalnız toplumda beğenilen fikir ve düşünceler açısından değil, toplumu sarsan ve soka uğratan fikirler açısından da geçerli olduğu şeklindeki klasik görüşünü tekrar ifade ettikten sonra, ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

**3.16. Milletvekillerini daha fazla ifade özgürlüğüne sahiptir. / Hükümet daha fazla eleştirilebilir. / Devletin mevcut düzeni sorgulanabilir.**

*Castells / İspanya*<sup>42</sup> davasında bir İspanya senatörünün Bask bölgesindeki faili meçhul cinayetlerle ilgili bir dergide bir makale yayımlanması üzerine milletvekilinin dokunulmazlığı kaldırılarak hapis cezasına mahkum edilmiştir. Dava konusu yazıda, işlenen cinayetlerin ve bunları işleyen faşist örgütlerin bir listesine yer verilerek cezasız kalan suçların arkasında başta hükümet ve onu oluşturan idare olmak üzere tüm devlet teşkilatının bulunduğu iddia edilmesi, "hükümetin manevi şahsiyetine hakaret" olarak İspanyol yargısı tarafından kabul edilmiştir. Olayı inceleyen Divan, ifade özgürlüğünün herkes açısından önem taşımakla birlikte halkın seçilmiş temsilcileri bakımında bilhassa önemli olduğu; hükümet hakkındaki eleştirinin caiz olan sınırlarının, özel kişilere hatta bir politikacıya yapılan eleştiriye oranla daha geniş olduğu; hükümetin medyadaki haksız saldırı ve eleştirileri başka yollarla önlemek varken, işgal ettiği hakim pozisyonu dolayısıyla ceza davası açarak önlemeyi tercih etmesini aşırılık olduğu değerlendirmesini yaparak ifade özgürlüğünün ihlal edildiği tespitini yapmıştır.

*Aksoy / Türkiye*<sup>43</sup> davasında Partisinin bir il kongresinde yaptığı konuşmadan dolayı aynı zamanda partinin genel sekreteri olan bir milletvekili hapis ve para cezasına çarptırılmış, aynı kişi haftalık bir dergide yayınladığı bir makalesinden dolayı tekrar hapis ve para cezasına mahkum edilmiş, bunlara ilave olarak, yeni bir siyasi partinin tanıtımını yapmak amacıyla yayınladığı bir dergide bölücülük propagandası yaptığı gerekçesiyle hapis ve para cezasına çarptırılmıştır.

Üç olayı da inceleyen Mahkeme; ilk olayla ilgili olarak, bir siyasi partinin milletvekili ve genel sekreterinin, kongrede yaptığı konuşma ile katılımcılara partisinin izlediği politikayı anlattığı; bu konuşma sırasında, Türk hükümetinin Kürt halkının varlığını inkar ettiğini belirttiği; partisinin Türkiye’de ezilen Kürt halkının ezilen partisi olduğunu, Kürt halkının sorunu ülkenin ulusal sorunu olup gasp edilmiş ulusal demokratik hakların mücadelesini verdiğini vurguladığı; konuşmanın yapıldığı tarihte, konuşmacının muhalif bir milletvekili olduğu; halkın oylarıyla göreve gelen bir kişinin halkın haklarını savunma ve sıkıntılarını dile getirme mecburiyetinde olması ifade özgürlüğünün önemini daha da arttırdığı; konuşmada, şiddete yada silahlı direnişe bir çağrı olmadığı; konuşmada ırkçı bir yaklaşım da sergilenmediği; Türkiye’de en fazla ezilen ırkın Kürt ırkı olduğunun vurgulanması bu ırkın ve halkının tanınması yönünde bir talep olduğu tespitini yaparak ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

İkinci olayla ilgili olarak, Mahkeme, yazıda Birleşmiş Milletlerin Kürt halkının yaşadığı bölgeye müdahale etmesi gerektiği anlatıldığı; Türkiye’nin doğu bölgesini Kürdistan olarak tanımlanmasında dolayı mahkumiyetin söz konusu olduğu; şiddete başvurma, silahlı direniş veya bir başkaldırının teşvikinin söz konusu olmadığı; yapılan yayınlarda kamu oyunu bilgilendirme gibi önemli bir görevin yerine getirildiği tespiti yaparak ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

<sup>41</sup> 23 Mayıs 1991.

<sup>42</sup> 23 Nisan 1992, Series A, No:236.

<sup>43</sup> 10 Ekim 2000, Reports of Judgments and Decisions 2000.

Üçüncü olayla ilgili olarak, mahkeme, dergide kamuyu ilgilendiren konuların tartışılmasının yanı sıra ülkedeki azınlık grupların tanınmasının teklif edildiği; yayının içinde demokratik ilkeleri ret eden veya başkaldırma ve şiddeti teşvik eden hiçbir unsur bulunmadığı; yayında açıklanan parti programının Türkiye devletinin mevcut ilkeleri ve yapısı ile uyumlu olmamasının demokratik kuralları ihlal etmediği; Demokrasiye bir zarar vermemek şartıyla, devletin mevcut düzenini sorgulayan yeni programların önerilmesi ve görüşülmesi demokrasinin temel unsurlarından olduğu tespiti yapılarak ifade özgürlüğünün ihlal edildiği hükmüne ulaşılmıştır.

### **3.17. Politik konularda ifade özgürlüğü daha geniştir.**

*Sürek ve Özdemir / Türkiye*<sup>44</sup> davasında bir terörist örgütün lideriyle iki ayrı tarihte gerçekleştirilen mülakatları yayınlayan ve başka bir sayısında da dört sosyalist kuruluşun ortak deklarasyonunu yayınlayan dergi toplatılmış ve yayıncı "Devletin bölünmezliği aleyhine propaganda yapmak" suçu işlediği gerekçesiyle hapis cezasına çarptırılmıştır. Konuyu inceleyen Divan, basının politik konularda, bu konular farklılaşmalara ve bölünmelere yol açacak nitelikte olsa da, bilgi ve fikirleri aktarma görevi olduğunu; kişilerin de bu bilgi ve fikirleri öğrenme hakkı olduğunu; politik konuşmalar ve kamuyu ilgilendiren konularda ifade özgürlüğünü sınırlamak için manevra alanının oldukça dar olduğu; hükümet ile özel kişiler ve hatta politikacılar karşılaştığında, hükümet için getirilebilecek eleştirinin sınırları daha geniş olduğunu; hükümetlerin elinde bulundurdukları güç nazara alındığında kendilerine karşı yapılan haksız eleştirilere karşı bir çok farklı şekilde cevap verme hakkı varken cezai prosedürü işletme konusunda oldukça hassas davranmaları gerektiğini; mülakat yapılan kişinin terör örgütü olarak kabul edilen bir örgütün lideri olmuş olmasının tek başına ifade özgürlüğünün sınırlanması için yeterli olmadığını; bir mülakatın bir devlet politikasına ciddi eleştiriler getiriyor olması ve ülkenin bir bölümündeki bir problemin kaynağı veya sorumluları hakkında tek taraflı bir görüş aktarıyor olmasının ifade özgürlüğünü sınırlamak yeterli olamayacağını ifade ederek ifade özgürlüğünün ihlal edildiği kararını vermiştir.

3.18. Halihazırda ulaşılabilir bir kitabın yayınlanması engellenemez.

*The Observer and Guardian Newspapers Ltd / İngiltere*<sup>45</sup> davasında İngiliz Gizli Servisinin hukuka aykırı davranışlarda bulunduğunu iddia eden eski bir gizli servis ajanının anılarının ayrıntılarının yayınlanması konusunda konulan yasağın kitap Amerika Birleşik Devletlerinde basıldıktan ve İngiltere'de de kitaba ulaşılabilir olduktan sonra da devam ettirilmesi, ifade özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirilmiştir.

### **3.19. Bilgi alma hakkı sınırlandırılmaz.**

*Herczegfalvy / Avusturya*<sup>46</sup> davasında gözaltında bulunduğu ve psikiyatri tedavisi gördüğü süre boyunca bilgi almasına izim verilmeyen ve haberleşmesi engellenen kişinin ifade özgürlüğünün ihlal edilmiş olduğuna karar verilmiştir.

*Open Door Counselling Ltd. ve Dublin Well Woman / İrlanda*<sup>47</sup> davasında bir danışmanlık şirketinin İrlanda dışında kürtaj yaptırılmasıyla ilgili bilgileri hamile kadınlara vermesinin İrlanda Yüksek mahkemesi tarafından yasaklanmasının, ifade özgürlüğünü ihlal edeceği hükmü verilmiştir.

### **3.20. Kürtajı serbest bırakma kampanyası engellenemez.**

*Bowman / İngiltere*<sup>48</sup> davasında genel seçim öncesi kürtajın serbest bırakılması için kampanya yürütenlerin bu konuda broşür dağıttıkları gerekçesiyle mahkum edilmesi, ifade özgürlüğünün ihlali olarak hükme bağlanmıştır.

<sup>44</sup> 8 Temmuz 1999, Reports of Judgments and Decisions, 1999

<sup>45</sup> 26 Kasım 1991, Series A, No. 216.

<sup>46</sup> 24 Eylül 1992, Series A No. 244

<sup>47</sup> 29 Ekim 1992, Series A No. 246

### 3.21. İrkçi beyanların yayılmasına aracılık edilebilir.

*Jersild / Danimarka*<sup>49</sup> davasında ırkçi beyanların yayılmasına yardım ve yataklık ettiği gerekçesiyle bir televizyon muhabirinin mahkum edilmesi, ifade özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirilmiştir.

### 3.22. Askeri kışlada askeri bir gazetenin dağıtımını engellenemez.

*Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs ve Gubi / Avusturya*<sup>50</sup> davasında Avusturya'da askeri bir kışlada bir askeri gazetenin dağıtımının yasaklanması, ifade özgürlüğünün ihlali olarak karara bağlanmıştır.

### 3.23. Subaya hakaret orduya hakaret sayılamaz.

*Grigoriades / Yunanistan*<sup>51</sup> davasında mecburi askerlik görevini yapan bir kişinin komutanına gönderdiği hakaret içeren mektuptan dolayı orduya hakaret suçundan mahkum edilmesi, ifade özgürlüğünün ihlali olarak hükme bağlanmıştır.

### 3.24. Gösteri yürüyüşüne katılmak müeyyideye bağlanamaz.

*Piermont / Fransa*<sup>52</sup> davasında bir gösteri yürüyüşünde yer alması nedeniyle Avrupa Paramentosunun Alman bir üyesinin Fransız Polynesia'sından sınır dışı edilmesi, tekrar dönüşünün yasaklanması ve New Caledonia bölgesine girişinin yasaklanması, ifade özgürlüğünün ihlali olarak karara bağlanmıştır.

*Steel ve Diğerleri / İngiltere*<sup>53</sup> davasında protesto gösterisi yapan kişilerin kamu düzenini bozdukları gerekçesiyle gözaltına alınmaları ve tutuklanmaları, ifade özgürlüğünün ihlali olarak hükme bağlanmıştır.

### 3.25. Şiddet içermeyen direniş çağrısı yapılabilir.

*İncal / Türkiye*<sup>54</sup> davasında Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılan bir partinin il teşkilatı yönetim kurulunun bir üyesi tarafından, partinin il teşkilatının yoksul insanların yaşadığı alanda güvenlik birimlerince alınan önlemleri eleştiren bir bildiri dağıtma kararı alması üzerine, hazırlanan bir bildiri belli bir etnik grubun şehirden uzaklaştırılmak istendiği, bu kişilerin doğum yerlerine dönmeye zorlandığı, kamu makamlarının söz konusu etnik grubu sosyal hayattan dışlanması gerektiğine ilişkin propaganda yaptığı ifade edilmiş ve bu uygulamalara karşı direniş çağrısı yapılmıştır. Bildiri savcılıkça toplatılmış ve bildiriye hazırlayan kişi, devleti terörist olarak tanımladığı, vatandaşlar arasında ayrımcılık yaptığı gerekçesi ile "halkı kasten kin ve düşmanlığa tahrik ve yasa dışı metotlar kullanmaya teşvik etmekten" dolayı hapis cezasına mahkum edilmiştir. Divan, bildirinin mahalli idarenin özellikle sokak esnafına karşı almış olduğu bazı tedbirlere eleştirmekte olduğu; olayın geçtiği şehrin halkını ilgilendiren gerçek olaylara dayandığı, uygulamalara karşı direniş yapılması çağrısının şiddet içermediğini belirterek ifade özgürlüğünün cezai tedbirle sınırlandırılmış olmasının ifade özgürlüğünün ihlali olduğu kararını vermiştir.

### 3.26. Görüşlerin tekrarlanması yasaklanamaz

---

<sup>48</sup> 19 Şubat 1998, Reports of Judgments and Decisions, 1998-I

<sup>49</sup> 23 Eylül 1994, Series A No 298

<sup>50</sup> 19 Aralık 1994 Series A No. 302

<sup>51</sup> 25 Kasım 1997, Reports of Judgments and Decisions, 1997-VII

<sup>52</sup> 27 Nisan 1995, Series A No. 314

<sup>53</sup> 23 Eylül 1998, Reports of Judgments and Decisions, 1998-VII.

<sup>54</sup> 9 Haziran 1998, Reports of Judgments and Decisions, 1998-IV.

*Hertel / İsviçre*<sup>55</sup> davasında mikro dalga fırında hazırlanan yiyeceklerin insan sağlığı açısından tehlikeli olduğuna ilişkin bir makalesi yayınlanan kişinin aynı şeyleri tekrar ifade etmesinin yasaklanması, ifade özgürlüğünün ihlali olarak hükme bağlanmıştır.

### 3.27. Tarihi gerçekler taraflı dile getirilebilir.

*Arslan / Türkiye*<sup>56</sup> davasında Türkiye’de Kürt probleminin çözümü ile ilgilenen ve daha sonra öldürülen Kürt kökenli bir politikacı ve yazar tarafından yazılan bir önsöz içeren kitabın ilk baskısı, Türkiye’de birden fazla ulus olduğunu ve Kürtlerin devamlı olarak baskı altında tutulduğunu ileri sürmekten, Türk ulusunu barbar olarak nitelemekten ve terör örgütünün faaliyetlerini kutsallaştırmaktan dolayı toplattırılmış, yazarı da bölücü propaganda yaptığı gerekçesiyle hapis cezasına çarptırılmıştır. Hapis cezasının kanuni dayanağını oluşturan ceza normunun (TCK md. 142) yürürlükten kalkmasıyla verilen hüküm ortadan kalkmıştır. Ancak kitabın ikinci baskısının yapılması üzerine başka bir ceza normuna dayanılarak Kürt halkını devlete karşı ayaklanmaya teşvik ederek devletin bölünmez bütünlüğü aleyhine propaganda yaptığı gerekçesiyle kitap toplattırılmış, yazarına da hapis cezası verilmiştir.

Olayı inceleyen Divan, kitabın tarihi gerçekleri taraflı olarak tanımladığını; ancak yazarın fikirlerini, özel bir şahıs olarak, yazılı medya yerine edebi bir eser ile dile getirdiğini; bu yöntemin açıklanan fikirlerin ulusal güvenlik, kamu düzeni, ve toprak bütünlüğü üzerindeki negatif etkisinin büyük ölçüde azalttığı; kitabın bazı kısımlarında yer alan açıklamaların, Türk halkı hakkında oldukça negatif bir resim ortaya koymakla ve düşmanca bir üslupla kaleme alınmış olmakla birlikte, açıklanan fikirlerde şiddete, silahlı mücadeleye ve ayaklanmaya teşvik olmadığı tespitini yaparak verilen ceza ile elde edilmek istenen amaç arasında orantılılık olmadığından ifade özgürlüğüne yapılan müdahale demokratik bir toplum için gerekli olmadığını, dolayısıyla ve ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

### 3.28. Taraflı düşünce açıklanabilir.

*Okçuoğlu / Türkiye*<sup>57</sup> davasında bir dergide yayınlanan bir makalede, yazarın da yer alması ile gerçekleştirilen bir yuvarlak masa toplantısında açıklanan görüşlerin yayınlanması üzerine yazar ”devletin bölünmez bütünlüğü aleyhine propaganda yapmaktan” dolayı hapis cezasına çarptırılmış ve derginin toplatılmasına karar verilmiştir. Olayı inceleyen Divan, başvuru sahibinin etnik bir grubu oluşturan nüfusun durumunu uluslar arası ilişkiler açısından açıklamaya çalıştığını; yapılan değerlendirmede kullanılan dilin tarafsız olduğu söylenemese de kullanılan dilin aşırı veya uç nitelikte olduğunun söylenemeyeceği; yazarın Türk halkı için söyledikleri sözler, negatif ve düşmanca bir içerik taşımakla beraber, şiddete, silahlı mücadeleye veya isyana başvurulması konusunda teşvik olmadığı tespitini yaparak ifade ihlal edildiği hükmüne ulaşmıştır.

*Erdoğan / Türkiye*<sup>58</sup> davasında bir okur tarafından gönderilen ve Türkiye’nin Güney Doğusu hakkında gelişmelere ve bunların yurt içi ve yurt dışı yansımalarına ilişkin açıklamalar içeren bir yazının bir dergide yayınlanması üzerine derginin editörü mahkum edilmiş, ancak cezası tecil edilmiştir. Olayı inceleyen Mahkeme, ”Kürt ulusal hareketi” ve ”Kürdistanda ulusal direniş” gibi deyimlere yazıda yer verilmekle birlikte yazarın vermek istediği mesaj, Kürt sorununun Türk toplumunun genel sorunu olduğu ve çözümünün de, Türk halkının, Kürt ulusal direnişini, kendi özgürlük ve demokrasi mücadelesinin bir parçası olarak görmesine bağlı olduğu hususuna ilişkin olduğu; makalenin tarafsız bir dille kaleme alındığı söylenememekle birlikte, bunun tek başına, başvuru sahibinin ifade özgürlüğünü kısıtlamak için yeterli olmadığı; makalede, terör örgütünün eylemleri övülerek şiddet çağrısı yapılmadığı; şiddete yöneltici bir unsur söz konusu olmadığı; cezanın

<sup>55</sup> 25 Agustos 1998, Reports of Judgments and Decisions, 1998-VI.

<sup>56</sup> 8 Temmuz 1999, Reports of Judgments and Decisions, 1999.

<sup>57</sup> 8 Temmuz 1999, Reports of Judgments and Decisions, 1999.

<sup>58</sup> 15 Haziran 2000, Reports of Judgments and Decisions 2000.

tecil edilmesinin mağduriyeti ortadan kaldırmadığı tespiti yaparak ifade özgürlüğünün ihlal edildiği hükmünü vermiştir.

### **3.29. Şiddet çağrısı içermeyen akademik çalışma engellemez.**

*Başkaya ve Okçuoğlu / Türkiye*<sup>59</sup> tarafından bir ekonomi profesörü tarafından akademik bir çalışma olarak hazırlanan ve 219 sayfa ve 370 dipnottan oluşan, Türkiye'nin 1920'den bu yana geçirdiği sosyo-ekonomik gelişmesini inceleyen ve resmi devlet politikasını eleştiren bir kitabın yayınlanması üzerine kitabın yazarı ve yayıncısı, Türkiye sınırları içerisindeki toprak parçasına Kürt halkına ait Kürdistan diye referansta bulunduğu ve bu toprak parçasının Türk'ler tarafından istila edilen bir koloni olarak değerlendirildiği gerekçesiyle kitap toplattırılmış, kitabın yazarı ve yayıncısı hem hapis hem de para cezasıyla cezalandırılmış ve yazar üniversitedeki görevinden uzaklaştırılmıştır. Olayı değerlendiren Divan, kitapta yer alan bazı değerlendirmelerin sert ifadeler olmakla birlikte Türkiye'nin sosyo-ekonomik gelişmesini ve uygulanan politik ideolojisini tarihi açıdan inceleyen akademik bir çalışmada dile getirilmiş olduğu; kullanılan ifadelerde şiddete teşvik söz konusu olmadığı; şiddete çağrı anlamında bir anlatım tarzı da benimsenmediği; verilen cezaların oldukça ağır olduğu; kitabın toplattırıldığı ve yazarının üniversitedeki işini kaybettiği tespitini yaparak verilen ceza ile elde edilmek istenen araç arasında orantı olmadığı gerekçesiyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiği hükmüne ulaşmıştır.

### **3.30. Sert bir üslupla düşünceler açıklanabilir.**

*Ceylan / Türkiye*<sup>60</sup> davasında Haftalık bir gazetede bir işçi sendikası genel başkanı tarafından yayınlanan bir makalede Kürt halkının Türkiye'de baskı altında tutulduğunun, öldürüldüğünün ve susturulduğunun iddia edildiği gerekçesiyle "halkı din, dil ırk ayrımı gözeterek kin ve düşmanlığa tahrik etmek" suçu işlediğinden dolayı hapis ve para cezasına çarptırılmıştır. Olayı değerlendiren mahkeme, dava konusu yazının siyasi bir konuşma olduğu; Marksist düşünce çerçevesinde ülkenin bir bölümündeki şiddetin dinmemesinin sebeplerin açıklamaya çalışıldığı; yazıda kullanılan dilin sert olmakla beraber, kişileri şiddete veya silahlı ayaklanmaya teşvik etmesinin söz konusu olmadığı; uygulanan önlemin yazarın sendikadaki işini kaybetmenin yanında bazı siyasi ve medeni haklarını kaybına da yol açmasından dolayı oldukça ağır olduğu tespitini yaparak ifade özgürlüğünün ihlal edildiği hükmünü vermiştir.

### **3.31. Saldırgan ifadeler kullanılabilir.**

*Şener / Türkiye*<sup>61</sup> davasında Haftalık bir dergide yayınlanan bir makalede Türkiye'nin belirli bir kısmı Kürdistan olarak nitelendirilmesi ve bu bölgede yaşayan insanların Kürt insanı olduğunun belirtilmesi, "devletin bölünmez bütünlüğü aleyhine propaganda" oluşturduğu gerekçesiyle derginin sahibi ve yazıyı kaleme alan yazar hapis ve para cezasına çarptırılmıştır. Dergi sahibinin hapis cezası para cezasına çevrilmiş, yazara verilen ceza ise, tecil edilmiştir. Olayı inceleyen Mahkeme, yazarın Kürt problemi hakkındaki düşüncelerini açıkladığı; yazının hükümet politikaları ve güvenlik kuvvetlerinin Kürt kökenli nüfusa karşı eylemleri ciddi bir eleştiriye tabi tuttuğu; aydın kesimin Kürt problemine genel bakışına eleştiriler getirildiği; Kürt realitesinin tanınması gerektiğini, Kürt probleminin çözümü için askeri metotların değil barışçı metotların kullanılması gerektiğinin vurgulandığı; her ne kadar bazı cümleler üslup olarak saldırgan bir nitelik taşısa da, makalenin, genel olarak, şiddeti övmediği; şiddete, silahlı mücadeleye ve ayaklanmaya teşvikin söz konusu olmadığı; silahlı mücadeleye bir son verme çağrısı yapıldığı; verilen cezanın infazı tecil edilmiş olsa bile verilen cezanın oldukça ağır olduğu tespitleri yapılarak ifade özgürlüğünün ihlal edildiği hükmünü vermiştir.

### **3.32. Fikirler düşmanca bir üslupla kaleme alınabilir.**

<sup>59</sup> 8 Temmuz 1999, Reports of Judgments and Decisions, 1999.

<sup>60</sup> 8 Temmuz 1999, Reports of Judgments and Decisions, 1999.

<sup>61</sup> 18 Temmuz 2000, Reports of Judgments and Decisions 2000.

*Polat / Türkiye*<sup>62</sup>, davasında Türkiye'deki Kürt isyan hareketleri ile ilgili tarihi olayları destan formunda kaleme alan ve bir hapisanede mahkumların hayatıyla ilgili gerçeklere ve uygulandığı iddia edilen kötü muamelelere yer veren bir kitap yayımlanması üzerine kitap toplattırılmış ve yazara hapis cezası verilmiştir. Olayı değerlendiren Mahkeme, kitabın Türk tarihinin bazı olayları hakkında yorumlar getirdiği; medya aracılığı ile fikirlerin açıklanmamış olmasının fikirlerin ülkenin ulusal güvenlik, kamu düzeni ve toprak bütünlüğü üzerindeki etkisini ciddi olarak azalttığı; kitaptaki bazı bölümlerde Türk yetkililere ciddi eleştiriler getirilmekte ve düşmanca bir üslup ile kaleme alınmış olmakla birlikte, kişilere, şiddet, silahlı karşı koma ve isyan çağrısı yapılmadığı; ele alınan olayların çok uzun bir süre önce gerçekleştiği tespitini yaparak ifade özgürlüğünün ihlal edildiği kararına varmıştır.

### 3.33. Haber abartılı ve provoke edici olabilir.

*Thoma / Lüksemburg*<sup>63</sup> davasında bir gazetede Orman Komisyonu görevlileri hakkında yer alan kişisel menfaat sağladıkları iddialarına ilişkin bir paragrafı, iddialarla kendisi arasında herhangi bir mesafe koymaksızın okuyan radyo sunucusu isimlerine açıkça yer verilmeyen Orman Komisyonu görevlilerine tazminat ödemeye mahkum edilmiştir. Olayı inceleyen Mahkeme, ifade özgürlüğünün hoş karşılanan görüşlerin açıklanmasını olduğu kadar rahatsız eden ve sok eden görüşlerin açıklanmasını da kapsadığı, basın "kamu denetçisi" rolünü gerçekleştirirken abartıcı, hatta provoke edici olabileceği, basın mensuplarının tekrar ettikleri iddialarından kendilerini ayırık tutma konusunda genel bir yükümlülük yüklenemeyeceği tespitini yaparak ifade özgürlüğünün ihlal edildiği hükmünü vermiştir.

### 3.34. Terör örgütü söylemiyle özdeşleşmeyen sosyolojik açıklama yapılabilir.

*Erdoğan ve İnce / Türkiye*<sup>64</sup> davasında aylık bir derginin editörünün bir sosyolog ile yaptığı bir söyleşiyi dergisinde yayınlaması üzerine derginin editörü ve sosyolog yazar ilk ceza yargılamasında hem hapis hem de para cezasına çarptırılmış, ancak yapılan ikinci argılamada, yürürlüğe giren bir tecil yasası gereği derginin editörü hakkında karar verme işlemi ertelenmiş, sosyolog hakkında verilen mahkumiyet kararı da sosyologun mahkemedeki iyi davranışı sebep gösterilerek cezanın icrası tecil edilmiş ve şartla salıverme söz konusu olmuştur.

Olayı değerlendiren Mahkeme, bir sosyologun bir mülakatta Türk devletinin Kürt problemi üzerinde muhtemel politika değişiklikleri hakkında fikirlerini açıkladığı; son gelişmelerin sonucu olarak Kürt kültürünün canlanacağı konusunda bir tahminde bulunduğu; sosyologun kendisini özdeşleştirmeden, terör örgütünün Kürt hareketindeki rolünü ve Türk devletinin reaksiyonunu sosyolojik açıdan açıkladığını; her ne kadar editör hakkında verilmesi düşünülen ceza ertelenmiş, sosyolog hakkında verilen ceza tecil edilmiş olsa da, bu kişilerin ağır cezalarla karşı karşıya bırakılmasının ifade özgürlüğünün ihlali olduğu hükmünü vermiştir.

### 3.35. Beyanın nasıl bir topluluğa yapıldığı önemlidir.

*Gerger / Türkiye*<sup>65</sup> davasında Daha önce idam edilen bir kişiyi anma törenine davet edilen ancak bu davete icabet etmeyen bir gazetecinin gönderdiği mesajın anma töreninde okunması nedeniyle, mesajı gönderen gazeteci "toplumun ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğü aleyhine bölücü propaganda yapmak" suçundan dolayı hapis ve para cezasına çarptırılmıştır. Olayı inceleyen Mahkeme, sayısı sınırlı bir katılımcı grubuna okunmuş bir mesajın ulusal güvenlik, kamu düzeni ve ülkenin toprak bütünlüğü için oluşturduğu potansiyel tehlikenin oldukça sınırlı olduğu; mesajda, karşı koyma, mücadele ve bağımsızlık gibi kelimeler kullanılmış olmakla birlikte, şiddete, silahlı mücadeleye veya isyana teşvik olmadığı, mesaj sahibine verilen cezanın oldukça ağır olduğu tespiti yaparak ifade

<sup>62</sup> 8 Temmuz 1999, Reports of Judgments and Decisions, 1999.

<sup>63</sup> 29 March 2001, Reports of Judgments and Decisions 2001.

<sup>64</sup> 8 Temmuz 1999, Reports of Judgments and Decisions, 1999

<sup>65</sup> 8 Temmuz 1999, Reports of Judgments and Decisions, 1999

özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik bir toplum için gerekli olmadığı dolayısıyla ifade özgürlüğünün ihlal edildiği kararını vermiştir.

### **3.36. İfadenin nasıl açıklandığı önemlidir.**

*Karataş / Türkiye*<sup>66</sup> davasında bir psikologun yayınlamış olduğu bir şiir kitabında "devletin bölünmez bütünlüğü aleyhine bölücülük propagandası yapmak" suçu işleği gerekçesiyle şiir kitabı toplattırılmış, şair ve yayıncı hapis ve para cezasına çarptırılmıştır. Olayı inceleyen Mahkeme, şiirlerdeki bazı pasajlar saldırgan bir dille kaleme alınmış olmakla ve şiddet çağrısı yapmakla birlikte, fikirlerin sanatsal nitelik taşıyan bir yolla aktarılması, etki alanının çok az olması bir isyan veya ayaklanma ihtimalini azalttığını; mahkumiyet kararının şiirlerin kişileri şiddete teşvik ettiği için değil, Türkiye'nin belli bir kesimine Kürdistan diye referansta bulunarak ve ayrılıkçı hareketi överek kutsallaştırmak suretiyle bölücü propaganda yapmaktan dolayı verildiği; verilen cezanın oldukça ağır olduğu tespitini yaparak ifade özgürlüğünün ihlal edildiği kararı vermiştir.

### **3.37. Belgesel biyografi nitelikli kitap yayınlanabilir.**

*Öztürk / Türkiye*<sup>67</sup>, davasında 1973 yılında kurulan, yasadışı Maoist *Türkiye Komünist Partisi - Marksist Leninist'in* (TKP-ML) kurucu üyelerinden birisinin hayatını anlatan kitabın 1988 yılında yayınlanması üzerine kitap toplatılmış, yayıncısı para cezasına çarptırılmıştır. Yayıncı ile ilgili dava sonuçlandıktan iki yıl sonra kitabın yazarı hakkında, üç ceza hukuku profesörünün verdiği bilirkişi raporuna dayanarak, kitabın belgesel bir nitelik taşıdığı kanaatine ulaşılarak suç unsuru taşımadığı gerekçesi ile beraat kararı verilmiştir. Olayı değerlendiren Mahkeme; kitabın bir biyografi niteliğinde olduğunu; yerel mahkemenin kararında kitabın hangi kısımlarının kişileri kin ve düşmanlığa tahrik ettiğini açıklamadığı; aynı mahkemenin farklı hakimlerden oluşan heyetinin iki yıl sonra farklı bir yorum getirerek farklı karar vermiş olmasının haksız cezanın önemli bir göstergesi olduğu; kitabın ilk baskısında ikinci baskısına kadar geçen süre içinde kitabın yayınından etkilenerek işlenilmiş suç bulunmadığı tespitini yaparak, ağır bir sosyal ihtiyaçtan bahsedilemeyeceği ve yapılan müdahale ile elde edilmek istenen amaç arasında orantı söz konusu olmadığı gerekçesi ile Sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiği hükmünü vermiştir.

### **3.38. Olayları farklı perspektiften öğrenme hakkı vardır.**

*Sürek / Türkiye* (No 4)<sup>68</sup>, Haftalık bir dergide bir süre sonra olabilecek birtakım olaylar hakkında spekülasyon içeren ve bir terör örgütünün siyasi kanat temsilcisi ile yapılan röportaja yer verilmesi üzerine dergi toplatılmış ve "devletin bölünmez bütünlüğü aleyhine propaganda yapmak" suçunu işlediği gerekçesiyle dergi sahibi para cezasına çarptırılmıştır. Olayı inceleyen Divan, haberde yer alan ifadelerin şiddeti daha da arttırmaya yönelik bir çağrı niteliği taşımadığı; halkın olayları değişik bir perspektiften öğrenme hakkının olduğu tespiti yapılarak uygulanan tedbirin ifade özgürlüğünü ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

### **3.39. Kamuya mal olmuş kişiler hakkında yayın yapılabilir.**

*Dalban / Romanya*<sup>69</sup>, davasında kamuya mal olmuş bazı kimselerin yolsuzluğa bulaştığına ilişkin yayın yapması üzerine bir gazetecinin mahkum edilmesi, ifade özgürlüğünün ihlali olarak hüküm kurulmuştur.

<sup>66</sup> 8 Temmuz 1999, Reports of Judgments and Decisions, 1999

<sup>67</sup> 28 Eylül 1999, Reports of Judgments and Decisions, 1999.

<sup>68</sup> 8 Temmuz 1999, Reports of Judgments and Decisions, 1999.

<sup>69</sup> 28 Eylül 1999, Reports of Judgments and Decisions, 1999.

*Feldek / Slovakia*<sup>70</sup> davasında Çek vatandaşı olan başvuran Slovakya'nın bir bakanının faşist bir geçmişe sahip olduğu beyanı Sloveky'a da bir çok gazetede yayınlanmıştır. Bakanın kendisine hakaret edildiği gerekçesi ile dava açması üzerine ulusal mahkeme hakaret edildiği tesbitini yapmış ve mahkeme kararının beş ayrı gazetede yayınlanmasına karar vermiştir. Olayı inceleyen Mahkeme, şikayetçinin beyanının tartışılmasında kamu yararı bulunan siyasi bir konuyla ve Sloveky'a'nın tarihiyle ilgili olduğunu ve Sloveky'a'nın gelecekteki demokratik gelişimini etkileyebileceği, beyanın kaynak içermemekle birlikte daha öncede basında yer alan bir takım gerçeklere dayandığı, özgür siyasi tartışmanın teşvik edilmesinin demokratik bir toplumun önemli bir niteliği olduğu, eleştiricinin yönelttiği kişinin kamuya mal olmuş bir kişi olduğu ve bu tür kişiye riçin eleştirinin kabul edilebilir sınırının daha geniş olduğu tesbitlerini yaparak başvuranın ifade özgürlüğünün ihlal edildiği hükmünü vermiştir.

### 3.40. Dernekler de eleştirilebilir.

*Jerusalem / Avusturya*<sup>71</sup> davasında yerel Parlamento üyesinin yerel mecliste yaptığı bir konuşmada yasal olarak faaliyet gösteren iki dernek hakkında "faşist eğilimler" ve "totaliter karakter" taşdıklarını ifade etmesinin ardından ilgili derneklerin başvurusu üzerine yerel meclis üyesinin aynı ifadeleri tekrar etmesi yasaklanmıştır. Olayı inceleyen Mahkeme, ifade özgürlüğü sınırlanan kişinin seçilmiş bir politikacı olduğu, ifade özgürlüğünün özellikle seçilmiş politikacılar için önemli olduğu, kamu alanında faaliyet gösteren derneklerin eleştiriye daha fazla açık olması gerektiği tesbitini yaparak ifade özgürlüğünün ihlal edildiği hükmünü vermiştir.

### 3.41. Kişi çalıştığı kurumu eleştirebilir.

*Fuentes Bobo / İspanya*<sup>72</sup> davasında bir televizyon kanalında program yapan bir kişinin çalıştığı televizyon kanalının yönetimini eleştirmesi nedeniyle işine son verilmesi, ifade özgürlüğünün ihlali olduğu hükmü verilmiştir.

### 3.42. İfade özgürlüğünü sağlamak konusunda Devletin pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır.

*Özgür Gündem / Türkiye*<sup>73</sup> davasında günlük bir gazete ve gazete personeline yönelik iki yıl içerisinde çok sayıda yasadışı şiddet olayı gerçekleşmiş olmasına rağmen bu olayları araştırma konusunda kamu makamlarınca herhangi bir işlem yapılmamıştır. Saldırı ve tacizlerin kamu görevlilerinin doğrudan veya dolaylı yönlendirmesi ile gerçekleştiği iddia edilmiştir. Gazetenin ofisinde güvenlik kuvvetlerince yapılan aramada binada bulunan kişilerin hepsi gözaltına alınmış, bütün doküman ve arşivler el konulmuştur. Arama süresince gazete iki gün yayınlanamamıştır. Gazetenin editörleri terör örgütüne üye olmak, yardım ve yataklık etmek suçunu işledikleri gerekçesiyle hapis cezasına çarptırılmışlardır. Gazete hakkında toplatma ve kapatma kararları verilmiştir.

Olayı değerlendiren Mahkeme, ifade özgürlüğünün önemli fonksiyonlarından birisinin demokrasinin gerektiği gibi çalışmasının bir ön şartı oluşturması olduğunu; bu özgürlüğün gerçek anlamda kullanılabilmesi için sadece devletin ifade özgürlüğün kullanılmasına müdahale etmemesinin yeterli olmadığı; devletin, pozitif önlemler alması gerekebileceği; söz konusu gazete ve personeline ciddi saldırılar gerçekleştirildiği ve bu saldırıların gazetenin yayını ve dağıtımını etkilediğinin devletçe bilinmesine rağmen, gazete yönetiminin ve personelinin istek ve dilekçelerinin hiç birisine cevap verilmediği; saldırıların ciddiyeti ve yaygınlığının yanı sıra saldırıların sistematik olarak yapıldığı ve yetkililerin bilgisi ve desteği dahilinde gerçekleştiği iddiaları dikkate alındığında, savcılarca gerçekleştirildiği söylenen araştırma ve soruşturmalar yeterli ve etkili tedbirler olarak kabul edilemeyeceği; gazetenin arşivlerine, dokümanlarına ve kütüphanesine el koymayı haklı kılan bir

<sup>70</sup> 12 Temmuz 2001, Reports of Judgments and Decisions 2001.

<sup>71</sup> 27 February 2001, Reports of Judgments and Decisions 2001.

<sup>72</sup> 29 Şubat 2000, Reports of Judgments and Decisions, 2000.

<sup>73</sup> 16 Mart 2000, Reports of Judgments and Decisions, 2000.

sebebin olmadığı; aşçı, temizlikçi ve kaloriferci dahil, gazetenin binasında bulunan herkesin toplu olarak göz altına alınmasını haklı kılan bir sebebin hükümetçe gösterilemediği; arama sırasında binada, gazete ile ilgisi olmayan 40 kişinin bulunması herkesin yakalanmasını haklı kılamayacağı; bir terör örgütü üyesinin görüşlerinin yayınlanmış olması veya devletin resmi politikasını ifade eden fikirlerin kötülenmesi tek başına bir gazetenin ifade özgürlüğünü sınırlamak için yeterli olmadığı tespitini yaparak ifade özgürlüğünün ihlal edildiği hükmünü vermiştir.

3.43. İyi niyetle talepler dile getirilebilir.

***Maronek / Slovakia*<sup>74</sup>, davasında Devlete ait stüdyo tipi bir evde ikamet eden başvurunun bu eve sahip olma amacıyla yapmış olduğu başvurunun sonuç vermemesi üzerine günlük bir gazeteye bu konu hakkında Başbakan'a hitap eden açık bir mektup göndermiştir. Bu mektubun gazetede yayınlanması üzerine mektubun hakaret içerdiği gerekçesiyle başvuran ortalama bir maaşın 25 katı miktarı tazminat ödemeye mahkum edilmiştir.**

Olayı inceleyen Mahkeme, başvuranın mektubunun amacının sadece kendi problemini çözmek olmadığını, benzer problemlere sahip diğer kişilerin ortak hareket etmesi gerektiğine vurguladığını, başvuranın görüşlerini iyi niyetli bir şekilde açıkladığını, bu sorunun çözümü yeni doğmuş olan bir demokraside hukuk devletinin güçlendirilmesi açısından önem taşıdığından kamu yararı sorununu gündeme getirdiğini, devlet tarafından sahip olunan konutların ademi merkezîyetçi hale getirilmesi sürecinde konut politikasını etkileyebileceği dikkate alındığında mektubun aşırı sayılamayacağı tespitini yaparak ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

3.44. İfade özgürlüğü sınırlar ötesidir.

***Akin Derneği / Fransa*<sup>75</sup> davasında Bask kültürünü ve bask hayat tarzını korumak üzere Fransa'da kurulan Ekin Derneği tarafından çeşitli Avrupa ülkelerinde çeşitli dillerde yayınlanan Bask sorununun tarihi, kültürel, sosya-politik boyutlarını ele alan bir kitap yayınlanmıştır. Bölücülüğü teşvik ettiği gerekçesiyle kitabın dolaşımı, dağıtımı ve satışı yasaklanmıştır. Bu karara iç hukukta itiraz edilmişse de sonuç alınmamıştır.**

Olayı inceleyen Mahkeme, ifade özgürlüğünün sınırlar ötesi olarak kabul edildiği, "yabancı kaynaklı" nitelendirmesinin anlamının ne olduğunun tam olarak belli olmadığı ve hangi yabancı kaynaklı yayınların yasaklanacağını açıklıkla belirtilmediği, kitabı yayınlayan derneğin merkezinin Fransa'da olduğu, kitabın yasaklanmasının toplumsal bir ihtiyaçtan kaynaklanmadığı tespiti yaparak ifade özgürlüğünün ihlal edildiği kararını vermiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi incelediği bazı olaylarda ise ifade özgürlüğü ihlalinin olmadığı tespitini yaparak birtakım değer yargıları ortaya koymuştur. Aşağıda sırasıyla bu değer yargılarına değinilecektir.

3. 45. Askeri disiplin zayıflatılmaz.

***Engel ve Diğerleri / Hollanda*<sup>76</sup>, davasında bir kışlada atmosferin biraz gergin olduğu bir dönemde mecburi hizmetini yapmakta olan kişilerin askeri disiplini zayıflatan bir derginin yayınlanmasına ve dağıtımına katılmaları üzerine askeri mahkeme tarafından cezalandırılmaları ifade özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirilmemiştir.**

3.46. Kutsal değerlere ve ahlaki değerlere saldırıya izin verilemez.

<sup>74</sup> 1 Nisan 2001, Reports of Judgments and Decisions 2001.

<sup>75</sup> 17 Temmuz 2001, Reports of Judgments and Decisions 2001.

<sup>76</sup> 8 Haziran 1976, Series A, No:22.

*Handyside Davası / İngiltere*<sup>77</sup> davasında İngiliz yayıncı Handyside 1971 yılında, "Küçük Kırmızı Okul Kitabı" başlıklı, cinsel konuları da içeren, Danimarka kaynaklı bir kitabın İngilizce çevirisini yayınlama hazırlığına başlamıştır. Yayın öncesi kitap, toplattırılmış ve yayıncıya para cezası verilmiştir. Divan bu davada, ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun en esası temellerinden birisini oluşturduğu, ifade özgürlüğünün sadece toplumda beğeni ve hoşgörü ile karşılanan bilgi veya düşüncelerin açığa vurulmasını değil, aynı zamanda devleti veya halkın bir kesimini rahatsız eden, hatta şoka uğratan bilgi veya fikirleri de kapsadığı, çoğulculuğun, hoşgörü ve açık fikirliliğin gereği ifade özgürlüğü olmaksızın demokratik bir toplum düşünülemediği değerlendirilmesini yapmakla birlikte, somut olayda ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleyi demokratik bir toplumda ahlaki değerleri korumak için kabul edilebilir bulmuştur.

*Müller ve Diğerleri / İsviçre*<sup>78</sup> davasında bir ressam tarafından sergilenen müstehcen oldukları gerekçesiyle İsviçre makamları tarafından el konulması, ressamın mahkum edilmesi ve olayla irtibatlı olan diğer bir kişiye para cezası verilmesi, ifade özgürlüğünün ihlali sayılmamıştır.

*Otto-Preminger-Institut / Avusturya*<sup>79</sup> davasında kutsal değerlere küfür içerdiği gerekçesiyle Avusturya mahkemeleri tarafından bir filme el konulması ve müsadere edilmesi, ifade özgürlüğünün ihlali bulunmamıştır.

*Wingrove / İngiltere*<sup>80</sup> davasında kutsal değerlere küfür içerdiği gerekçesiyle bir filme İngiliz Film Konseyi tarafından Tasnif Sertifikası verilmesinin reddi, ifade özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirilmiştir.

3.47. Anayasaya bağlılık yemini etme yükümlülüğü getirilebilir.

*Glaser ve Kosiek / Almanya*<sup>81</sup> davasında Almanya'da kamu görevlisi olarak atama yapılabilmesi için Anayasaya bağlı kalma yemini etme yükümlülüğünün bulunması, ifade özgürlüğünün ihlali bulunmamıştır.

3.48. Gizli servis kayıtlarına ulaşım engellenebilir.

*Leander / İsveç*<sup>82</sup> davasında İsveç gizli servisi tarafından tutulan kayıtlara ulaşmak istemesinin milli güvenlik gerekçesiyle engellenmesi, ifade özgürlüğünün ihlali bulunmamıştır.

3.49. Önemsiz de olsa gizli bilgiler açıklanamaz.

*Hadjianastassiou / Yunanistan*<sup>83</sup> davasında gizli olarak tasnif edilen ancak çok fazla öneme sahip olmayan bir bilgiyi ifşa ettiği gerekçesiyle bir subayın askeri mahkeme tarafından mahkum edilmesi, ifade özgürlüğünün ihlali bulunmamıştır.

3.50. Askeri içtimada poster açılmaz, broşür dağıtılamaz.

*Chorherr / Avusturya*<sup>84</sup> davasında bir askerin içtimada poster açması ve broşür dağıtması engellenen kişinin kamu düzenini bozduğu gerekçesiyle gözaltına alınması, tutuklanması ve mahkum edilmesi, ifade özgürlüğünün ihlali sayılmamıştır.

<sup>77</sup> 7 Aralık 1976, Series A, No: 24.

<sup>78</sup> 24 Mayıs 1988, Series A No. 133.

<sup>79</sup> 20 Eylül 1994, Series A No. 295-A.

<sup>80</sup> 25 Kasım 1996, Reports of Judgments and Decisions, 1996-V.

<sup>81</sup> 28 Ağustos 1986, Series A No. 104 and 105 respectively.

<sup>82</sup> 26 Mart 1987, Series A No. 116.

<sup>83</sup> 16 Aralık 1992, Series A No. 252.

<sup>84</sup> 25 Ağustos 1993, Series A No. 266-B.

3.51. Avukatlar için reklam yasağı konabilir.

*Casade Coca / İspanya*<sup>85</sup> davasında bir avukatın düzenli olarak gazete ve dergilere bürosunun ilanını vermesi ve çeşitli ticari işletmelere mektuplar yazması üzerine bağlı bulunduğu Baro avukat hakkında disiplin işlemleri uygulamıştır. Davayı inceleyen Divan, baro üyelerinin ticari işletmelerle bir tutulamayacağı, baroların yargı organı ile toplum arasında aracı kurum niteliğinde olduğu, mensuplarının ilan vermeleri ve reklam yapmaları konusunda kısıtlama yapabileceği değerlendirilmesinde bulunarak ifade özgürlüğünün ihlal edilmediği hükmünü vermiştir.

3.52. Hakimlere hakaret edilemez.

*Prager ve Oberschlick / Avusturya*<sup>86</sup> davasında birkaç hakim hakkında yapılan eleştirilerin hakaret oluşturduğu gerekçesiyle yayının nüshalarının toplattırılması ve sorumluların cezalandırılması, ifade özgürlüğünün ihlali sayılmamıştır.

3.54. Ceza mahkemesinin yanlış yönlendirilmesine izin verilemez.

*Worm / Avusturya*<sup>87</sup> davasında bir ceza mahkemesinin sonucunu yanlış olarak etkileyen bir gazetecinin mahkum edilmesi, ifade özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirilmemiştir.

3.55. Terör örgütünü destekleyen açıklama yapılamaz.

*Zana / Türkiye*<sup>88</sup> davasında bir ilin eski bir belediye başkanının gazetecilerle yaptığı bir görüşmede, bir terör örgütünün ulusal bağımsızlık mücadelesini desteklediğini, ancak katliamdan yana olmadığı ifade eden beyanının günlük bir gazetede yayınlanması, beyanı yapan eski belediye başkanının mahkumiyetine neden olmuştur. Olayı değerlendiren Divan, günlük büyük bir gazetede yayınlanan söyleşinin, ülkenin bir bölümünde terör örgütünün sivillere karşı yürüttüğü saldırıları arttırdığı bir zamana rastladığını; böyle hassas bir zamanda terör örgütünün mücadelesinin ulusal bağımsızlık mücadelesi olarak tanımlanmasının ortamı gerginleştireceğine ve terör olayların artmasına neden olabileceğini ifade ederek verilen cezanın sosyal bir ihtiyaçtan kaynaklandığını, dolayısıyla ifade özgürlüğünün ihlalinin söz konusu olmadığı kararı vermiştir.

3.56. Avukatın basın toplantısı yapması kısıtlanabilir.

*Schöpfer / İsviçre Davası*<sup>89</sup> davasında bir müvekkilin göz altına alınmasıyla ilgili olarak düzenlediği basın toplantısında yargıyı eleştiren avukata bağlı bulunduğu Baro tarafından disiplin cezası verilmesi, ifade özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirilmiştir.

3.57. Emniyet mensuplarına siyaset yasağı konabilir.

*Rekvényi / Macaristan*<sup>90</sup>, davasında rütbeli emniyet mensuplarının siyasi partilere katılmalarını ve siyasi faaliyetlerde bulunmalarının yasaklanması, ifade özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirilmemiştir.

**3.58. Kin ve nefret arttırmaya yönelik beyanlar yasaklanabilir.**

<sup>85</sup> 24 Şubat 1994, Series A, No:285.

<sup>86</sup> 26 Nisan 1995, Series A No. 313.

<sup>87</sup> 29 Ağustos 1997, Reports of Judgments and Decisions, 1997-V.

<sup>88</sup> 25 Kasım 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997 VI.

<sup>89</sup> 20 Mayıs 1998, Reports of Judgments and Decisions, 1998-III.

<sup>90</sup> 20 Mayıs 1999, Reports of Judgments and Decisions, 1999.

*Sürek / Türkiye* (No 1)<sup>91</sup> davasında haftalık bir dergide yayınlanan "silahlar özgürlüğü engelleyemez" ve "suç bizim" başlıklı iki mektuba yer verilmesi, derginin sahibinin ve sayı editörünün "devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğü aleyhine propaganda yapmak" suçundan dolayı para cezası ile cezalandırılmasına yol açmıştır. Olayı değerlendiren Divan, mektuplarda Türk ordusunun katliam yapan, şiddet ve baskı uygulayan bir kurum olarak tanıtılması ve "faşist", "ölüm timi", "emperyalizmin kiralık katilleri" olarak nitelendirilmesi; mektupların içeriğinin taraflar arasında kökleşmiş olan kin ve nefrete dayanan şiddeti daha da arttırmaya yönelik olduğu; mektuplarla, okuyucuya, saldırgan olarak gösterilen devlete karşı, kendini savunmak için şiddete başvurmanın gerekli ve haklı olduğu mesajı verilererek şiddetin övüldüğü; mektuplarda, açıklanan fikirlerle editör kendisini özdeşleştirmiş olmasa da, dergisinde değişik yazarlara, şiddeti ve kini tahrik etme imkanı tanıdığı; verilen para cezasının oldukça az olduğu tespitini yaparak ifade özgürlüğü ihlalinin söz konusu olmadığı kararını vermiştir.

3.59. Yazar kendisini terör örgütüyle özleştirmez.

*Sürek / Türkiye* (No 3)<sup>92</sup> davasında haftalık bir dergide yayınlanan bir makalede devletin bölünmez bütünlüğü aleyhine propaganda yapıldığı gerekçesi ile dergi toplatılmış ve sahibi para cezasına mahkum edilmiştir. Konuyu inceleyen Divan, ulusal güvenliğin sağlanması, toprak bütünlüğünün korunması ve kamu emniyetinin sağlanması, ifade özgürlüğünü sınırlamada kullanılabilen haklı müdahale sebeplerinden olduğu; dava konusu makalede ülkenin bir bölgesindeki mücadeleyi, "güvenlik kuvvetlerine karşı yürütülen bir savaş" olarak nitelendirilmesi ve "özgürlük mücadelesini sonuna kadar sürdüreceğiz" ifadesinin kullanılması, makalenin yazarının kendisini terör yoluyla mücadeleyi sürdüren örgülle özdeşleştirmiş olduğu; makalenin etnik bir grubun ulusal bağımsızlığının sağlanması için silahlı mücadeleye bir çağrı ve teşvik içerdiği tespitlerini yaparak söz konusu derginin sahibine verilen cezanın ağır bir sosyal ihtiyacın neticesi olduğu ve verilen ceza ile elde edilmek istenen amaç arasından orantısızlık olmadığı gerekçesiyle ifade özgürlüğünün ihlalinin söz konusu olmadığı sonucuna varılmıştır.

### **3.60. Soru sorulurken seçilen kelimeler önemlidir.**

*Tommer / Estonya*<sup>93</sup> davasında başbakan ile başbakan olmadan önce ve başbakanlığı döneminde birlikte çalışan ve sonradan eşi olan kişinin anılarını yazmasına yardım eden gazetecinin başbakanın eşiyle araların açılması üzerine anı sahibinin rızası olmaksızın anıları yayınlama girişimi yargı kararıyla engellenmiştir. Bunun üzerine söz konusu bilgiler gazeteci ile bir başka gazetecinin röportaj yapması şeklinde bir günlük gazetede yer almıştır. Bu röportaj esnasında "genç kızlar için kötü bir örnek olan, anneliğe uygun olmayan ve başkasının evliliğini bozan bir kişiye meşhur edilecek kişi olarak seçmeniz yanlış bir karar mıydı?" sorusunu soran gazetecinin bu sözleri hakaret oluşturduğu gerekçesiyle mahkum edilmiştir. Olayı inceleyen Mahkeme, yerel mahkemenin olaydaki çelişen dengeleri, seçilen kelimelerin kullanılışını ve doğasını gözettiğini, dolayısıyla ifade özgürlüğünün ihlal edilmediği kararını vermiştir.

AİHM önüne gelen bazı davalarda ise çeşitli nedenlerle esas hakkında karar vermemiştir. *De Becker / Belçika*<sup>94</sup> davasında başvurucunun gazetecilik ve yazarlık mesleğini icra etmesinin hayat boyu yasaklanması davanın düşmesi ile neticelenmiştir. *Colman / Almanya*<sup>95</sup> davasında, Tabipler Birliği tarafından özel doktorların reklam yapmalarının sınırlandırılması davanın düşmesiyle sona ermiştir. *Ahmet Sadik / Yunanistan*<sup>96</sup> davasında Batı Trakya'da yaşayan "Müslüman nüfusu" seçim kampanyası boyunca bastırılan yazılı broşürlerde "Türk" olarak isimlendiren siyasi liderin barışı bozmak suçundan mahkum edilmesi, iç hukuk yollarını tüketmediği gerekçesiyle Mahkeme tarafından incelenmemiştir.

<sup>91</sup> 8 Temmuz 1999, Reports of Judgments and Decisions, 1999.

<sup>92</sup> 8 Temmuz 1999, Reports of Judgments and Decisions, 1999.

<sup>93</sup> 06 February 2001, Reports of Judgments and Decisions 2001.

<sup>94</sup> 27 Mart 1962, Series A No. 4.

<sup>95</sup> 28 Haziran 1993.

<sup>96</sup> 15 Kasım 1996, Reports of Judgments and Decisions, 1996-V.

*Telesystem Tyrol Kabeltelevision / Austurya*<sup>97</sup> davasında yerel kablo ağı üzerinden başvuruçunun şirketinin yayın yapmasına izin verilmesinin reddi davanın düşmesiyle neticelenmiştir. *Guerra / İtalya*<sup>98</sup> davasında yakında bulunan bir kimya fabrikasında yangın olması durumunda halkın nasıl davranacağı ve mevcut olan riskler konusunda yerel halka bilgi sunulmaması olayının ifade özgürlüğü ile bir ilgisi bulunmadığı kararıyla sonuçlanmıştır.

## Sonuç

Hayatımız boyunca aile, mahalle, kulüpler, sivil toplum örgütleri, işyerleri, devlet gibi çeşitli grup veya örgütlenmelerin üyeleri olarak yaşamaktayız. En küçüğünden en büyüğüne tüm bu yapılanmalarda örgütlenmenin hedefi, takip edilecek metotlar, üyeler arasında sorumluluk ve nimetlerin dağılımı gibi konularda ortak kararlar alınması gerekir. Örgütlenmeleri bütün olarak etkileyen kararların örgütlenmenin tüm üyeleri tarafından alınması ve karar alma mekanizmasında herkesin eşit haklara sahip olması idealini, demokrasi ifade etmektedir.<sup>99</sup>

Düşünce ve düşündüklerini ifade etme özgürlüğü, demokratik süreçte önemli bir yer tutmaktadır. İfade özgürlüğünün sınırlandırılması, diğer bir çok özgürlüğün dolaylı olarak sınırlandırılması sonucu doğurmaktadır.<sup>100</sup> Bundan dolayı, ifade özgürlüğünün demokratik bir sistemin ön şartı olduğu ifade edilebilir.<sup>101</sup> İfade özgürlüğü, Avrupa insan hakları koruma sisteminin en önemli unsurlarında birisini oluşturmaktadır. 1998 yılında yeniden yapılanan AİHM'nin ilk kararını ifade özgürlüğü konusunda vermesi anlamlıdır.<sup>102</sup>

Yeni düşünce ve taleplerin dile getirilmesine imkan verilmesi, mevcut sistemin kusurlarını ortaya çıkarmakta, yanlış uygulamaların ortadan kaldırılmasını sağlayarak toplumsal gelişmeye katkıda bulunmaktadır.

İfade özgürlüğü, demokratik toplumun temel taşlarından biri olmasına rağmen mutlak bir özgürlük değildir. Belirli durumlarda ifade özgürlüğü Sözleşmeye taraf devletlerce kısıtlanabilmektedir. Bu durumların neler olduğu AİHS'nde ifade edilmiştir. Taraf devletlerin ifade özgürlüğünü sınırlandırmasının yerinde olup olmadığı AİHM tarafından denetlenmektedir. Yapılan sınırlama, ulaşılmak istenen amaçla kullanılan vasıta arasında bir orantılılık olması ve sınırlandırma yönünde ağır bir sosyal ihtiyacın olması halinde haklı çıkarılabilmektedir.

Geride bırakılan kırk sekiz yıl boyunca AİHM tarafından ifade özgürlüğü ile ilgili seksen sekiz karar verilmiştir. Bu kararlar ifade özgürlüğünün temel prensiplerini ortaya koymuştur.<sup>103</sup> Buna göre; ifade özgürlüğü demokratik toplumun temel taşlarından birisidir.<sup>104</sup> İfade özgürlüğü, sadece onaylanan veya incitici olmayan görüş ve bilgilerin açıklanmasını değil aynı zamanda inciten, şok eden, rahatsızlık veren düşüncelerin açıklanmasını da içerir. Çünkü, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik olmadan demokratik toplum olamaz.

İfade özgürlüğünün kullanılmasında basın çok önemli bir işlevi bulunmaktadır. İfade özgürlüğü, basının bilgi ve yorum aktarmasını güvence altına aldığı gibi bireylerin bu bilgi ve yorumları öğrenme hakkını da güvence altına alır.

<sup>97</sup> 9 Haziran 1997, Reports of Judgments and Decisions, 1997-III.

<sup>98</sup> 19 Şubat 1998, Reports of Judgments and Decisions, 1998-I.

<sup>99</sup> D. Beetham, K. Boyle (1998) Demokrasinin Temelleri (çev. Vahit Bıçak), Liberte, Ankara.

<sup>100</sup> Tanör, B. (1969) Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası (Doktora tezi), s.16.

<sup>101</sup> Kaboğlu, İ.Ö. (1993) "Düşünce Özgürlüğü (Avrupa Ölçütleri ve Türkiye)", İnsan hakları Yıllığı, c.15, s.46.

<sup>102</sup> Fressoz and Roire, 21 Ocak 1999.

<sup>103</sup> V. Bıçak, 2001, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İfade Özgürlüğü", Uluslararası İfade Özgürlüğü Sempozyumu, 8-9 Haziran 2001, İstanbul.

<sup>104</sup> The Prager and Oberschlick 26 Nisan 1995.



Af/erteleme kanunları ile anlık çözümlere başvurmak yerine Parlatentonun yapması gereken, "suç olmaktan çıkarma" (dekriminasyon) hareketi başlatmaktır. 1991 yılında, yürürlükte olduğu dönemlerde ifade özgürlüğünü sınırlandırmak için sıkça yargı organları tarafından başvuru, T.C.K. 141, 142 ve 163. maddelerini yürürlükten kaldırılarak "suç olmaktan çıkarma" hareketi yönünde önemli bir adım atılmıştı.<sup>111</sup> Ancak bu maddelerin Parlamento tarafından yürürlükten kaldırılması üzerine, benzer düşünce açıklamaları için T.M.K. 8 ve T.C.K. 312. maddeleri yargı organları tarafından yaygın olarak uygulanmaya başlanmıştır.

Türkiye'de yargının ifade özgürlüğünün geliştirilmesine katkı sağladığını, bu konuda duyarlı olduğunu gözlemek mümkün olmamaktadır. Kuruluşunun ilk yıllarında Anayasa Mahkemesi, ifade özgürlüğünü sınırlandıran T.C.K. 141 ve 142. maddelerinin Anayasaya aykırı olmadığı kararını vermiştir.<sup>112</sup> 27 Mayıs Devrimini eleştirmeyi yasaklayan 5 Mart 1962 tarihli Tedbirler Kanunu da Anayasa Mahkemesi Anayasaya uygun bulmuştur.<sup>113</sup>

Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne üye olma yönünde siyasi iradesini ortaya koyması, her alanda olduğu gibi demokrasi ve insan hakları konularında da Avrupa Birliği standartlarına uyum ihtiyacını gündeme getirdi. Bu ihtiyaç aynı zamanda Türkiye'nin liberalleşme ihtiyacıdır. Liberalizmin temeli olan insan kişiliğinin birinci değeri olduğu varsayımının<sup>114</sup> Türkiye'nin temel referansı olduğunun Bakanlar Kurulu tarafından Avrupa Birliği'ne sunulmak üzere kabul edilen Ulusal Programın önsözünde açıkça ifade edilmiş olması<sup>115</sup> umut vericidir.

Türk demokrasisinin temel sorun alanlarından olan ifade özgürlüğü konusunda bu özgürlüğün kullanımına engel oluşturan normların kaldırılması, ifade özgürlüğünün geliştirilmesine yönelik anayasal, yasal ve idari güvencelerin geliştirilmesi ve güçlendirilmesi gerekmektedir. Bazı düşüncelerini açıkladıklarından dolayı cezaevlerinde bulunan kişilerin af/erteleme kanunlarıyla özgürlüklerine kavuşturulmaları yoluna başvurmak yerine ifade özgürlüğünü sınırlandıran normların kaldırılmasına yönelik bir suç olmaktan çıkarma hareketinin başlatılması gerekmektedir. Yargının ifade özgürlüğü konusunda duyarlılığının artırılması da diğeri bir ihtiyaçtır.

---

<sup>111</sup> R.G. 12.04.1991-20843 (Mükerrer).

<sup>112</sup> E.1963/173, K.1965/40, Kt. 26.09.1965, AMKD, sy.4, s.266.

<sup>113</sup> E.1963/17, K.1963/84, Kt. 08.04.1963, R.G. 17.07.1963-11456.

<sup>114</sup> M. Erdoğan (1998) Liberal Toplum: Liberal Siyaset, s. 2.

<sup>115</sup> T.C. Başbakanlık Avrupa Birliği Genel Sekreterliği, <http://www.abgs.gov.tr>.

## Üçüncü Bölüm

### SUNDAY TIMES - BİRLEŞİK KRALLIK (No. 1) (Esas Hk)\*

*İngilizceden çeviri: Yrd. Doç. Dr. Osman Doğru*

**KARAR SIRA NO:** 32

**KARAR TARİHİ:**

26 Nisan 1979

**YARGIÇLAR:**

**Başkan:** G. Balladore Pallieri, **Üyeler:** G. Wiarda, H. Mosler, M. Zekia, J. Cremona, P. O'Donoghue, H. Pedersen, Thor Vilhjalmsson, R. Ryssdal, W. Ganshof van der Meersch, G. Fitzmaurice, D. Bindschedler-Robert, D. Evrigenis, P. H. Teitegen, G. Lagergren, L. Liesch, F. Gölcüklü, F. Matscher, J. Pinheiro Farinha, E. Garcia de Enterría

**YAZI İŞLERİ Müdürü:**

A. Eissen, **Müdür Yardımcısı:** H. Petzold

**KAYNAKLAR:**

Seri A, No.30; E.H.R.R. c.2, s.245

DAVANIN ESASI

#### I. Olayların Gelişimi

8. Biyokimya alanında faaliyet gösteren Distillers Company Limited (kısaca "Distillers"), ilk olarak Federal Almanya Cumhuriyetinde geliştirilen ve thalidomide olarak bilinen bir maddeyi içeren ilaçları Birleşik Krallıkta 1958 ve 1961 yılları arasında ruhsatlı olarak üretmiş ve pazarlamıştır. Yatıştırıcı özelliğine sahip bu ilaçlar, özellikle hamile kadınlara salık verilmiştir. Hamileliği döneminde bu ilaçları kullanan bir çok kadın, 1961 yılında ciddi sakatlıkları bulunan bebekler dünyaya getirmiş; zamanla bu türden 450 bebeğin doğduğu anlaşılmıştır. Distillers aynı yılın Kasım ayında, thalidomide içeren bütün ilaçlarını İngiltere piyasasından çekmiştir.

9. 1962 ve 1966 yılları arasında yetmiş sakat çocuğun ailesi, gerek kendileri gerekse çocukları için Distillers'a karşı ihtarname (**writ**) göndermişlerdir. Aileler, hamilelik döneminde alınan thalidomidenin cenin üzerinde yaptığı etkinin sakatlığa neden olduğunu ileri sürmüşler, ilaçların üretiminde ve pazarlanmasında Distillers'ın ihmali bulunduğu iddia etmişler ve tazminat istemişlerdir. Distiller, ihmali (**negligence**) bulunduğu iddiasını reddetmiş ve taleplerin hukuki temeline itiraz etmiştir. Ayrıca, bu ilaçları kullanmaları nedeniyle yüzeysel sinir iltahabından şikayet eden kimseler tarafından da bir kaç dava açılmıştır.

Aileler tarafından açılan yetmiş davanın atmışbeşi, 1968 yılında, tarafların hukuk danışmanları arasında yapılan görüşmelerden sonra anlaşmayla sonuçlanmıştır. Bunların atmışikisinde, çocuklar hala hayatta olduğu için, varılan anlaşma mahkemenin onayını gerekmiştir. Anlaşmanın esası, her bir

\* Sunday Times kararı (50. md) için bk. Karar Sıra no. 41.





(a) her davacı davasından vazgeçmesi karşılığında, davayı tamamen kazanmış olsaydı alacağı miktarın yüzde kırkı kadar bir miktarı alacaktır; ve

(b) 1968 tarihli anlaşmaya girenleri de kapsayacak biçimde bütün sakat çocuklar için yardım vakıf fonu kurulacaktır.

Distiller, kendileri ya da danışmanları bakımından bir ihmalin bulunduğunu reddetmeyi sürdürmüştür. Tasarlanan anlaşma, bütün aileler tarafından kabul edilmediğinden, konu yargısal (**sub judice**) niteliğini korumuştur.

**16.** Başsavcılığın talebi üzerine Times Newspaper Ltd. hakkında verilmiş olan tedbir kararı, 23 Temmuz 1976 tarihinde kaldırılmıştır<sup>118</sup>. Bundan dört gün sonra uyuşmazlık konusu olan makale yayınlanmıştır. Bu makale, orjinal makaleden bir kaç noktada farklıdır; özellikle, thalidomide uyuşmazlığı sırasında ailelerin danışmanlarından gizli olarak sağlanan bazı bilgilere dayanan noktalar çıkarılmıştır. Bu bilgilerin açığa vurulması, başvurucuların Komisyon'a şikayetçi olmadıkları 31 Temmuz 1974 tarihli bir tedbir kararıyla yasaklanmıştır.

23 Temmuz 1976 tarihi itibarıyla dört ailenin Distillers aleyhine açtıkları davalar kalmıştır. Birinde, karşılıklı iddialar sona ermiş, ancak 1974'den beri hiç bir şey yapılmamıştır; iki davada, sadece talep dilekçeleri karşı tarafa tebliğ edilmiştir; dördüncü davada ise sadece ihtarname gönderilmiştir. Bundan başka, o tarihte Distillers ile sigortacıları arasında, ihmal konusunu da içeren dava devam etmektedir. Bu davada sigorta şirketi, Distillers'in yeterli testleri ve araştırmayı yapmamış olduğu gerekçesiyle, inter alia, 1973 tarihli anlaşma için ödeme yapma yükümlülüğünü reddetmiştir. Bu davanın 4 Ekim 1976 tarihi için duruşma kaydı yapılmış; ancak 24 Eylül 1976 tarihinde anlaşmayla sonuçlanmıştır.

## II. Yayınlanması Tasarlanan Makalenin Özeti

**17.** Tedbir kararının konusu olan yayınlanmamış makale, thalidomide'nin Britanya'da pazarlanma tarzının çok talep uyandırdığını söyleyerek başlamaktadır: Makalenin ifadesine göre Distillers:

"- Alman testlerine çokça güvenmiş ve ilacı piyasaya sürmeden önce kendi yaptığı deneylerinin hepsini bitirmemiştir;

- tıbbi ve bilimsel literatürdeki araştırmasında, thalidomide içeren bir ilacın hilkat garibesi doğumlara neden olacağını fark edememiştir;

- ilacı piyasaya çıkarmadan önce, cenin üzerindeki etkisini belirlemek için hiç bir hayvansal test yapmamıştır;

- ticari nedenlerle ilacın pazarlanmasını hızlandırmış; kendi personelinden birinin, thalidomide'nin beklenenden daha tehlikeli olduğuna dair uyarısına rağmen, yolundan dönmemiştir;

- thalidomide'nin sinir sistemine zarar vereceği, doğal olarak ceninin de zarar göreceğini saptanmış olmasına rağmen, yolundan döndürülemediği;

- ilaca başlanmasından bırakıldığı aya kadar hamile kadınlar için güvenli olduğuna ilişkin ilan vermediği devam edilmiştir".

Makalenin içeriğine göre, farmakolojideki ilk macerasında hayal kırıklığına uğrayan Distillers, 1956'da bir Alman firması olan Chemie Gruenthal'in zararsız olduğu kabul edilen bir yatıştırıcıyı, yani thalidomide'ni geliştirdiğini öğrenmiştir. Çok geniş olan yatıştırıcı pazarı bu dönemde kalabalıklaşmaya başlamış ve Distillers çok çabuk hareket etmenin gerekli olduğunu düşünmüştür. Elindeki bir Alman sempozyumunun tutanaklarının dışında teknik bilgi almamış ve kendi testlerini yapmadan önce ilacın pazarlanmasına karar vermiştir. Aslında, thalidomide'nin ayrıntılı testlere ihtiyaç göstermeyeceğine inanmıştır. Distillers, bir bilimsel literatür incelemesini göz önünde tutmuş, ancak, thalidomide içeren bir kimyasal ürünün garip doğumlara yol açabileceğini gösteren, ancak elde edilip edilemeyeceği konusunda farklı görüşler bulunan Dr.Thiersch'in araştırmasının sonuçlarına ulaşamamıştır.

Thalidomide'nin Almanya'da satışı Ekim 1957'de başlamıştır. Distillers ise lisans anlaşmasına göre satışı Nisan 1958'de başlatmıştır. Ilacın klinik deneylerinden önce üretim programını yapmıştır. İngiltere'deki ilk denemelerin sonuçları Ocak 1958'de yayınlanmıştır: Buna göre thalidomide'nin vücuttaki tiroidin çalışmasını bastıracağı ve çalışma yönteminin bilinmediği sonucuna varılmış; araştırmacılar, daha fazla deneye ihtiyaç bulunduğu biçiminde uyarılmışlardır. Distillers, "hafif" kanıtlara, yani Birleşik Krallıktaki başka bazı denemelere ve Almanyadaki araştırma sonuçlarının verdiği güvencele dayanarak bu uyarıya itibar etmemiştir. Tiroidi etkileyen ilaçların doğmamış

<sup>118</sup> - bk.aşağıda §35.







gerçeği çelen bir yorum yapması, mahkemeye saygısızlık oluşturur. ...Dahası hiç kimse,... taraflardan birini, şikayetini geri almaya, savunmasından vazgeçmeye, veya başka şekilde elde edemeyeceği bir anlaşmaya zorlamak için haksız bir baskı yapamaz."

Yargıç Dennig'e göre, "basın tarafından yargılama yapılmasına" (**trial by newspaper**) izin verilemez. Ne var ki, tarafların adil olarak yargılanmalarında ve anlaşma yapmalarında bulunan yararlar ile, kamuoyunu ilgilendiren bir konudaki kamu yararı dengelenmelidir. Bu davada söz konusu kamu yararı, taraflara yönelik potansiyel çelmeye ağır basmaktadır. Konuyla ilgili hukuk, uyuşmazlığın askıda bulunduğu veya faal olarak izlenmediği bir sırada yorum yapılmasını engellememiştir. Bu konudaki hukuk, henüz başlamamış veya sona ermiş bir uyuşmazlık hakkında yorum yapılmasını da engellemediği için, 1968'de anlaşmayla sona eren atmışiki olay ve henüz ihtarnameleri gönderilmemiş yüzyirmüç olay hakkında yorum yapılmasına engel yoktur. Yayınlanması tasarlanan makale, Eylül 1972'de bile saygısızlık oluşturmayacaktır; çünkü bu makale, kamu yararı ile ilgili bir konuda adil bir yorum yapmaktadır. Dava yıllardır, ve hala askıda bulunduğundan, sürmekte olan bir uyuşmazlığı çelmemektedir; makalenin amaçladığı sıkıştırma meşrudur. Ayrıca, Parlamento ve diğer gazeteler Kasım 1971'den bu yana konuyu tartışmışken, sadece The Sunday Times gazetesinin üzerindeki yasağı devam ettirmek ayrımcılığın en kötüsünü oluşturur.

**26.** Yargıç Phillipmore, anlaşmaya varılmış veya henüz ihtarnamesi gönderilmemiş olaylar hakkında herkesin serbestçe yorum yapabileceğine işaret etmiştir. Bir olayın çözüme kavuşturulmasını sağlamak için haksız bir baskı uygulamak, mahkemeye saygısızlık oluşturur; ancak bu davada Distillers, yeminli bir beyan vermemiş, yayınlanması tasarlanan makalenin Distillers'ı bir davranışa zorlayan ciddi bir baskı tehlikesinin kanıtları bulunamamış ve baskı haksız görülmemiştir. Geride kalan olayları mahkemeye götürmek için gerçek bir kasıt bulunsaydı, durum değişik olurdu; çünkü bu durumda, taraflardan birini halk karşısında çelmek ya da bir tarafa baskı uygulayarak anlaşmaya zorlamak için yazılmış bir makale destek bulamayabilecektir. Ayrıca, Kasım 1972'den bu yana Millet Meclisinde konu görüşülmüş ve gazeteler, özellikle de Daily Mail olayı yorumlamıştır. O halde tedbir kararını sürdürmek haksızlık olacaktır.

**27.** Yargıç Denning'in görüşüne katıldığını belirten Yargıç Scarman, hiç kimsenin o sırada bir yargılama beklemediğine işaret etmiştir. O'na göre ihtarnameler, bir anlaşmanın sağlanmasına doğru bir başlangıçtır ve sadece bir ihtarnamenin gönderilmesi, bütün yorumların soluğunu kesemez. Uyuşmazlığın konu olduğu davanın faal olarak sürmekte olduğunu gösteren bir delil bulunmadığından, yayınlanması tasarlanan makalenin adaletin işleyişine gerçek ve esaslı bir tehlike oluşturduğunu düşünmek haksızlık olur. Ayrıca, halkın çok önem verdiği bir konu üzerinde ifade özgürlüğünün bulunmasındaki kamu yararı da dikkate alınmalıdır. Sonuç olarak, "Divisional Court" mahkemesi haklı olsa bile, Millet Meclisinin konuyu tartışmasından sonra kamuoyunun durumu o hale gelmiştir ki, artık tedbir kararını kaldırılmak gerekmiştir.

#### **D. Lordlar Meclisinin Kararı**

**28.** The Sunday Times gazetesi, Başsavcının Üst Mahkeme kararına itiraz edebilmesine imkan vermek için yayınlanması tasarlanan makaleyi yayınlamaktan kaçınmıştır. Üst Mahkeme Başsavcının itiraz etmek için izin talebini reddetmiş, ancak bu izin 1 Mart 1973'de Lordlar Meclisi tarafından verilmiştir. Lordlar Meclisindeki duruşma Mayıs 1973'de yapılmıştır. 18 Temmuz 1973'de Meclis oybirliği ile, itirazı kabul eden ve "Divisional Court" mahkemesinin aşağıda 34. paragraftaki şartlarda bir tedbir kararı almasını emreden bir hüküm vermiştir. Beş Yargıcın yaptığı konuşmaların özetleri aşağıya alınmıştır.

**29.** Lord Reid, asıl itiraz sebebi olan yürürlükteki hukukun belirsizliğini Meclisin gidermeye çalışması gerektiğini söylemiştir. O'na göre, saygısızlık ile ilgili hukuk tamamıyla kamu yararını gözeten bir politika üzerine kurulu olmalıdır: Bu davada söz konusu olan şey uyuşmazlığın taraflarının haklarını korumak değil, fakat adaletin yerine getirilmesine yapılan müdahaleyi önlemektir; bu nedenle tarafların yararı makul olarak gerektiği ölçüde sınırlanmalıdır. İfade özgürlüğü gerektiğinden fazla sınırlanmamalıdır; ancak adalet dağıtımına gerçek bir çelme oluşturmasına da izin verilmemelidir.

Lord Reid ilk önce, sürmekte olan bir davada, davanın taraflarından birini sıkıştırmayı amaçlayan yorum sorununu ele almıştır. Mahkeme kararının üçüncü bir kişi tarafından etkilenmesine bakılmaksızın, hiç bir biçimde zarar görmemesi gereken adil bir yargılamada taraflardan birinin haklarını tam olarak kullanmak istemekten kaçınmasına yol açıyorsa, tanıkların ve yargı yerinin











44. Tartışma konusu tedbir kararı ilk olarak "Divisional Court" mahkemesinin sadece Sunday Times gazetesinin verdiği taslak makalesi ile ilgilidir<sup>123</sup>. Üst Mahkeme bu tedbir kararını kaldırmış<sup>124</sup>, ancak Lordlar Meclisi bu kararı yenilemiş ve Divisional Court'a aşağıdaki gibi karar vermesi emrederek önceki kararın alanını önemli ölçüde genişletmiştir:

"... 'thalidomide' ilacının gelişimi, dağıtımı ve kullanımı ile ilgili olarak... Distillers'a karşı açılmış ve açılacak her hangi bir davada ihmal, Sözleşme'ye veya borca aykırılık konularını çelen veya bu konularla ilgili delillere temas eden bir makalenin veya yazının Times Newspaper Ltd. şirketinin sahipleri, çalışanları, temsilcileri veya başkaları tarafından yayınlanması, yayınlanmasına veya basılmasına yol açılması veya emir verilmesi veya aracılık edilmesi yasaklanmıştır."

45. Başvurucuların, Sözleşme'nin 10. Maddesi 1. fıkrasında güvence altına alınan ifade özgürlüğünü kullanmalarına "kamu makamların müdahalesi" olduğu açıktır. Bu müdahale, eğer 10. Maddenin 2. fıkrasında yer alan istisnalardan birine girmezse, 10. Maddeye aykırılık oluşturur. O halde Mahkemenin eldeki davada sırasıyla, müdahalenin "hukuken öngörülmüş" olup olmadığını, müdahalenin 10. Maddenin 2. fıkrasına göre meşru bir amaca veya amaçlara sahip olup olmadığını, ve müdahalenin sözü edilen amaç veya amaçlar için "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığını incelemesi gerekmektedir.

#### A. Müdahale "Hukukun öngörülmüş" müdür?

46. Başvurucuların iddiasına göre, *inter alia*, Lordlar Meclisinin kararından önce ve sonra varolan mahkemeye saygısızlıkla ilgili hukuk öylesine muğlak (**vague**) ve belirsiz (**uncertain**), ve kararda açıklanan ilkeler öylesine yenidir ki, koyulan yasağı "hukukun öngördüğü" bir yasak olarak kabul etmek mümkün değildir. Hükümet ise bu bağlamda yasağın yeteri kadar hukuka uygun olduğunu ileri sürmüştü; söz konusu yasağın davanın özellikleri bakımından, hiç değilse "kısmen önceden görülebilir" nitelikte olduğunu savunmuştur. Komisyon ise raporunda, Lordlar Meclisinin uyguladığı ilkelerin "hukukun öngördüğü" ilkeler olduğu varsayımından hareket ederken, yukardaki "önceden görülebilirlik" ölçüsünü uygulamıştır. Ancak Komisyon Baş temsilcisi 25 Nisan 1978 tarihli oturumda, uygulanan hukukun belirsizlikleri karşısında, tedbir kararının en azından ilk kez verildiği 1972'de bu yasağın "hukukun öngördüğü" bir yasak olmadığını eklemiştir.

47. Mahkeme, "hukukun öngördüğü" ifadesindeki "hukuk" (**law**) sözcüğünün sadece "yasa"yı (**statute**) değil, ama yazılı olamayan hukuku da kapsadığını dikkate almıştır. Bu nedenle mahkemeye saygısızlıkla ilgili hukukun bir mevzuat (**legislation**) olmayıp, "common law"un bir ürünü olmasının, Mahkeme bakımından bir önemi yoktur. "Common Law" tarafından konan bir yasağın mevzuat biçiminde ifade edilmediği gerekçesiyle "hukukun öngörmediği" bir yasak olarak kabul etmek, Sözleşme'yi hazırlayanların amaçlarına açıkça aykırı olur: Çünkü aksi takdirde "common law"a sahip Sözleşme'ye taraf bir Devlet, 10. Maddenin 2. fıkrasının korumasından yoksun kalacak ve Devletin hukuk sistemi temellerinden sarsılacaktır.

Aslında başvurucular da, "hukukun öngördüğü" ifadesinin her durumda bir mevzuat hükmünü gerektirdiğini ileri sürmemektedirler; onların iddiasına göre, "common law" kurallarının bu davada olduğu gibi, hukukun öngördüğü ifadesinin aradığı hukuki belirginlik ilkesini yerine getiremeyecek kadar belirsiz olduğu durumlarda, bir mevzuat hükmü gereklidir.

48. Sözleşme'nin 9, 10 ve 11. Maddelerinin 2. fıkralarındaki "hukuken öngörülmüş" (**prescribed by law**) ifadesi, Fransızca metindeki "prevues par la loi" ifadesinin karşılığıdır. Sözleşme'nin 8. Maddesinin 2. fıkrasında, Sözleşme'ye 1. Protokolün 1. Maddesinde ve Sözleşme'ye 4. Protokolün 2. Maddesinde yine aynı Fransızca ifade yer alırken, İngilizce metinde sırasıyla, "hukuka uygun olarak", "hukukun öngördüğü koşullar" ve yine "hukuka uygun olarak" ifadeleriyle karşılanmıştır. Hukuk yaratan bir andlaşmanın güvenilirlik bakımından eşit, fakat tamamıyla aynı olmayan metinleri ile karşılaşan Mahkeme, bunları mümkün olduğu kadar uzlaştırıcı ve Sözleşme'nin gayesini kavramaya ve amacını gerçekleştirilmeye en uygun tarzda yorumlamalıdır<sup>125</sup>.

49. Mahkemenin görüşüne göre, "hukuken öngörülmüş" ifadesinden şu iki koşul ortaya çıkmaktadır. Birincisi, [uygulanacak olan] hukuk, yeterince ulaşılabilir (**adequately accessible**) olmalıdır; eşdeyişle, vatandaşlar belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının varlığı

<sup>123</sup> - bk. yukarda §21.

<sup>124</sup> - bk. yukarda §24.

<sup>125</sup> - bk. Wemhoff kararı, Karar Sıra No.6, §8, ve Sözleşmeler Hukuku ile ilgili 23 Mayıs 1969 tarihli Viyana Kovansiyonunun 33. Maddesinin 4. fıkrası.





de sürdürülemezdir. Bu nedenle, saygısızlıkla ilgili hukukun "başkalarının haklarını" koruma gibi daha başka bir amaca sahip olup olmadığını ayrı bir sorun olarak ele almak gereksizdir.

**57.** Geriye, başvurucuların ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin, yargılama organının otorite ve tarafsızlığını sürdürme amacını taşıyıp taşımadığını incelemek kalmıştır.

Hiç biri Yargıç verdiği kararı, yayınlanması tasarlanan makalenin yargılama organının "tarafsızlığı" üzerinde bir etkiye sahip olabileceği gerekçesine dayandırmamıştır. Bu gerekçe, Mahkeme önünde de ileri sürülmediğinden, dikkate alınmayabilir.

Taslak makaleye yapılan itirazların Lordlar Meclisi tarafından kabul edilebilir bulunmasına dair gerekçeler<sup>131</sup> şöyle özetlenebilir:

- ihmal konusunda "çelme" yapmanın, hukuk işleyişine karşı saygısızlığa neden olması ve adaletin yerine getirilmesine müdahale oluşturmaması;

- bunun Distillers'ı halka teşhir edecek ve davanın esasını önyargılı tartışmalara yol açacak türden bir müdahale olması, ve davacıların genellikle mahkemelere başvurmalarını engellemesi nedeniyle bu teşhire karşı çıkılması;

- bunun Distillers'ı baskıya ve davadaki konulara ilişkin önyargıların çelmelerine maruz bırakması ve saygısızlıkla ilgili hukukun mahkemelere başvurulmasına müdahale etmeyi önlemek için getirilmiş olması;

- basın tarafından yapılan çelmeye kaçınılmaz olarak tarafların da karşılık verecek olması; o nedenle, adaletin yerine getirilmesine hiç de uygun olmayan bir "basın yoluyla yargılama" tehlikesi yaratması;

- mahkemelerin, tarafları hem önyargıların çelmesinden hem de aleni önyargılamanın telaşına katılma gereğinden korumaları.

Mahkeme bütün bu gerekçeleri, yukarıda 55. paragrafın 2. alt paragrafında yorumladığı "yargılama organının... otoritesi"ni sürdürme amacı içinde görmektedir.

Bu nedenle, başvurucuların ifade özgürlüğüne yapılan müdahale, 10. Maddenin 2. fıkrasındaki meşru bir amaca sahiptir.

**C. Yargılama organın otoritesini sürdürmek için yapılan bu müdahale, "demokratik bir toplumda gerekli" midir?**

**58.** Başvurucular ve Komisyon çoğunluğu, sözü edilen müdahalenin, 10. Maddenin 2. fıkrası anlamında "gerekli" olmadığı görüşündedir. Hükümet ise, tam tersi bir sonuca ulaşan ve bu konuda özellikle Lordlar Meclisinin kullandığı takdir alanına dayanan Komisyon azınlığının haklı olduğunu ileri sürmüştür.

**59.** Mahkeme, yukarıda geçen Handyside kararında "demokratik bir toplumda gerekli" deyiminden ne anladığını, bu deyimle ele alınan sorunların incelenmesinde gördüğü işlevin niteliğini ve bu işlevleri hangi tarzda göstereceğini açıklama olanağı bulmuştur.

Mahkeme, 10. Maddenin 2. fıkrasındaki anlamıyla "gerekli" sıfatının, "zorunlu" sıfatıyla anlamdaş olmadığı gibi, "kabul edilebilir", "olağan", "yararlı", "makul", "arzu edilen", ifadelerinin esnekliğine de sahip olmadığını ve bir "toplumsal ihtiyaç baskısı"nın varlığına işaret ettiğini belirtmiştir<sup>132</sup>.

Mahkeme ikinci olarak, Sözleşme'de kabul edilen hak ve özgürlüklerin korunmasında sorumluluğun, öncelikle Sözleşmeci Devletlerin kendilerinde olduğunu vurgulamıştır. Bu bakımdan, "10. Maddenin 2. fıkrası Sözleşmeci Devletlere bir takdir alanı bırakır. Bu alan, hem ulusal yasakoyucuya... hem de, aralarında yargı organlarının da bulunduğu, yürürlükteki hukuku yorumlamak ve uygulamakla görevlendirilmiş organlara bırakılmıştır"<sup>133</sup>.

"Bununla beraber, Sözleşme'nin 10. Maddesinin 2. fıkrası, Sözleşmeci Devletlere sınırsız bir takdir yetkisi vermez"; "Mahkeme... bir 'yasağın'... 10. Maddede korunan ifade özgürlüğü ile uzlaştırılabilir olup olmadığı hakkında nihai kararı vermekle yetkilidir. Ulusal takdir alanı, Avrupa denetimiyle el ele yürümektedir"; bu "denetim, sadece temel hukuki düzenlemeleri değil, bağımsız bir mahkeme tarafından verilmiş de olsa, bu mevzuatı uygulayan mahkeme kararlarını da kapsar"<sup>134</sup>.

<sup>131</sup> - bk. yukarıda §§29 - 33.

<sup>132</sup> - Handyside kararı, Karar Sıra no. 26, §48.

<sup>133</sup> - aynı karar, §48.

<sup>134</sup> - aynı karar, §49.

Mahkeme, bu ilkelerin bileşiminden kendi görevinin "hiç bir biçimde yetkili ulusal mahkemelerin yerini almak değil, fakat ulusal mahkemelerin takdir yetkilerini kullanarak verdikleri kararların 10. Maddeye uygunluğunu denetlemek olduğu" sonucuna ulaşmıştır<sup>135</sup>.

Bu demek değildir ki, Mahkemenin denetimi davalı bir Devletin takdirini makulce (**reasonably**), özenle (**carefully**) ve iyi niyetle (**good faith**) kullanıp kullanmadığını araştırmakla sınırlıdır. Böyle davranan bir Sözleşmeli Devlet dahi, yaptığı davranışın Sözleşme'yle üstlendiği taahhütlere uyumu konusunda Mahkemenin denetimine tabidir. Mahkeme, Hükümetin ve Komisyon çoğunluğunun aslında Handyside davasında ileri sürdüğü karşıt düşünceyi<sup>136</sup> burada da geçerli görmemektedir.

Bundan başka, ulusal takdir yetkisinin alanı, 10. Maddenin 2. fıkrasında sıralanan her bir amaç bakımından aynı değildir. Handyside davası, "ahlakın korunması" ile ilgiliydi. Mahkeme bu davada, Sözleşmeli Devletlerin "ahlaki gereklere" bakışının "özellikle günümüzde zamana ve yere göre değiştiğini" ve "Devlet yetkilileri(nin), ahlaki gereklerin tam içerikleri... hakkında bir görüş bildirirken, uluslararası yargıçtan genellikle dahi iyi durumda" olduklarını saptamıştı<sup>137</sup>. Açıktır ki, yargılama organının "otoritesi" gibi çok daha nesnel bir kavram hakkında aynı şey söylenemez. Ulusal hukuk sistemleri ve Sözleşmeli Devlet uygulamaları, bu alanda oldukça esaslı ortak bir temel bulunduğunu göstermektedir. Bu durum "ahlak" teriminin geçtiği Sözleşme'nin 6. Maddesi de dahil Sözleşme'nin bir çok hükmünde görülür. Bu nedenle, burada daha geniş bir Avrupa denetimi, daha dar bir takdir yetkisi vardır.

Mahkeme, Sözleşme'nin farklı alanda ama belirli bir ölçüde bu durumla karşılaştırılabilir nitelikte olan 5. Maddesinin 3. fıkrası ile 6. Maddesi 1. fıkrası bağlamında, ilk değerlendirmeyi yapmakla yetkili ulusal mahkemelerin ulaştığı sonuçlardan daha farklı sonuçlara ulaşmıştır<sup>138</sup>.

**60.** Komisyon azınlığı ve Hükümet, mahkemeye saygısızlık kurumunun, "common law" sistemli ülkelere özgü olduğuna dikkat çekmişler, ve 10. Maddenin 2. fıkrasındaki [yargılama organının otorite ve tarafsızlığının sürdürülmesi] ifadesinin, Avrupa Konseyi üyesi diğer Devletlerde bir benzeri bulunmayan bu kurumu kapsamak üzere getirildiğini belirtmişlerdir.

Mahkemeye göre durum böyle olsa bile, bu ifadeyi Sözleşme'ye eklemenin gerekçesi mahkemeye saygısızlıkla ilgili hukuku belirli bir önlemin "gerekli" olup olmadığını değerlendirmede bir ölçü durumuna getirmek değil, ama 10. Maddenin 2. fıkrasına göre meşru amaçlardan biri sayılmasını sağlamak olabilir. 10. Maddenin 2. fıkrasındaki bu ifade, mahkemeye saygısızlıkla ilgili İngiliz hukukunun veya buna benzer ulusal bir kurumun temelini oluşturan kavramlar nedeniyle öngörülmüş olsa bile, Madde bu kurumları oldukları gibi benimsememiş, bağımsız bir bağlama dönüştürmüştür. Mahkemenin değerlendirmesi gereken şey, Sözleşme bakımından "gereklilik"tir; yapacağı şey de Devletin tasarrufunu Sözleşme'nin standartlarına göre denetlemektir.

Ayrıca Mahkeme, denetleme görevini davanın bütünselliği içinde yapar<sup>139</sup>. Bu nedenle Mahkeme, yukarıda 22'ten 35'e kadar olan paragraflarda özetlenmiş yargısal kararlarda bulunan usullama ve çözümleme çeşitliliğini, mahkemeye saygısızlık ile ilgili hukuk hakkında İngiltere'de yapılan yoğun tartışmaları ve reform önerilerini gözden kaçırmamalıdır. İkinci konuyla ilgili olarak Mahkeme, Hükümetin çıkardığı Yeşil Kitap'ta Phillimore Komitesinin yaptığı bazı tavsiyelerin yanında ve karşısında argümanlar getirmiş olmasına rağmen Komitenin, Lordlar Meclisinin kullandığı "önyargı" ölçüsünün yeniden düşünülmesi teklifini olumsuz bulmadığını saptamıştır<sup>140</sup>.

**61.** Mahkeme göre, tedbir kararının sadece farklı bir hukuk sistemine göre verilmeyeceği ya da verilemeyeceği için "gerekli" olmadığını kabul edemez. 8 Şubat 1967 tarihli "Belçika Dili" davası kararında not edildiği gibi Sözleşme'nin temel maksadı, "Sözleşmeli Devletlerin kendi egemenliklerine tabi kişilerle ilişkilerinde bu Devletlerin uyacakları bazı uluslararası standartları ortaya koymaktır"<sup>141</sup>. Bu, mutlak bir tekbiçimciliğin gerekli olduğu anlamına gelmez; aslında

<sup>135</sup> - aynı karar, §50.

<sup>136</sup> - aynı karar, §47.

<sup>137</sup> - aynı karar, §48.

<sup>138</sup> - bk. Neumeister kararı (Esas hk), Karar Sıra no. 7; Stögmüller kararı, Karar Sıra no. 9; Ringeisen kararı, (Esas hk), Karar Sıra no.14; König kararı, Karar Sıra no. 29.

<sup>139</sup> - Handyside kararı, Karar Sıra no. 26, §50.

<sup>140</sup> - bk. yukarıda §37.

<sup>141</sup> - bk. Belçika'da Eğitim Dili Davası kararı (İlk itirazlar), Karar Sıra no. 5, §3e.



yasaklanmasına izin verme amacı bulunamaz. Dahası, tedbir kararı için gösterilen bu gerekçe 10. Maddenin 2. fıkrasıyla "ilgili" (**relevant**) olsa bile, Mahkeme, gerekçenin bütün çevre koşullarını incelemeksizin "yeterli" (**sufficient**) olup olmadığı hakkında karar veremez.

**64.** Tedbir kararı, ilk kez verildiğinde ve bu kararın yenilendiği sırada, thalidomide olayı uzlaşma görüşmelerinin yapıldığı bir aşamadır. Başvurucular davanın "askıda" olduğu konusunda Üst Mahkemeye aynı fikirdedir; Komisyon çoğunluğu ise tam tersine, ihmal sorunuyla ilgili bir yargılamanın bulunduğu kabul etmektedir. Öte yandan, Hükümete ve Komisyon azınlığına göre, böyle bir yargılama olması gerçek bir ihtimaldir.

Mahkemenin karar verebilmesi için, söz konusu dönemde davanın tam olarak hangi durumda olduğunu değerlendirmesi gerekli değildir: Görülmekte olan bir davada uzlaşma için yapılan görüşmelere müdahaleyi önlemek, 10. Maddenin 2. fıkrasındaki amaç bakımından, tamamıyla yargılamaya ait (**forensic**) usuli bir duruma müdahaleyi önlemekten daha az meşru değildir. Aynı şey, bir uzlaşmanın mahkeme tarafından onaylanması süreci için de geçerlidir<sup>148</sup>. Akılda tutulması gereken şey, uzlaşma görüşmelerinin çok uzun olması, yıllarca devam etmesi, ve makalenin yayınlanmasının yasaklandığı sırada davanın duruşma aşamasına gelmemiş olmasıdır.

Bununla beraber nasıl olup da 1976 yılında, "baskı ilkesi"nden çok, "önyargılılık ilkesi"ne dayanarak tedbir kararını kaldırmanın mümkün olduğu sorusu ortaya çıkmaktadır<sup>149</sup>. Tedbir kararının kaldırıldığı sırada, bazı ailelerin davaları hala sürdüğü gibi, Distillers ile onların sigortacılar arasında ihmal sorununu içeren bir dava da devam etmektedir; bu ikinci davanın duruşma için kaydı yapılmıştır<sup>150</sup>. Tedbir kararının bu koşullarda kaldırılabilmiş olması, tedbir kararının ilk aşamada gerekli olup olmadığı sorusunu gündeme getirmektedir.

**65.** Hükümetin yanıtına göre bu, ifade özgürlüğündeki kamu yararı ile adaletin tam olarak dağıtılmasındaki kamu yararının dengelenmesi meselesidir; Hükümet tedbir kararının geçici bir önlem olduğunu belirtmekte ve durumun değiştiği 1976'da yararlar tekrar karşılatırıldığında, dengenin diğer tarafa kaydığını söylemektedir.

Bu durum Mahkemeyi, thalidomide davasını ve tedbir kararını çevreleyen koşullara getirmektedir.

Mahkemenin Handyside kararında dediği gibi, ifade özgürlüğü, demokratik bir toplumun esası temellerinden birini oluşturur; düşünce özgürlüğü 10. Maddenin 2. fıkrası sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen, zararsız, veya ilgilenmeye değmez görülen haber ve düşünceler için değil, ama ayrıca, Devlete veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, ona çarpıcı gelen veya rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır<sup>151</sup>.

Basın söz konusu olduğunda, bu ilkeler özel bir önem kazanır. Bu ilkeler, önemli ölçüde toplumun yararına hizmet eden ve aydınlatılmış bir halkın işbirliğini gerektiren adaletin dağıtılması alanına da aynı ölçüde uygulanır. Mahkemelerin boşlukta çalışmadıkları, genel kabul gören bir olgudur. Mahkemeler, uyuşmazlıkların çözümünde bir forum durumundadırlar ama, bu demek değildir ki, uzmanlaşmış dergilerde, genel basında ya da halk arasında uyuşmazlıklar önceden tartışılmaz. Dahası, basın yayın organları adaletin usulüne göre dağıtılmasına tecavüz etmeyip, kamu yararının bulunduğu diğer alanlarda olduğu gibi, mahkemelerin önüne gelmiş sorunlarla ilgili haber ve düşünceleri vermekle yükümlüdür. Sadece basın yayın kuruluşları bu tür haber ve düşünceleri vermekle görevli değildir, halkın da bu haber ve düşünceleri edinme hakkı vardır<sup>152</sup>.

Şikayet konusu müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekli"liğinin "yeterli" gerekçeye dayanıp dayanmadığını değerlendirebilmek için, davanın kamu yararı ile ilgili yönüne dikkat etmek gerekir. Mahkeme bu bağlamda, bazı Yargıçların yararlar çatışmasını dengeledikten sonra, devam eden davalarda sorunların çelimesine izin vermeyecek mutlak bir kural formüle ettiklerini gözlemlemektedir. Bu formüle göre, her olayda yeni bir denge aranacak olursa, hukukun da belirsizleşeceği kabul edilmiştir<sup>153</sup>. Mahkeme, Lordlar Meclisinde benimsenen İngiliz hukukunun yorumlanması konusunda kendisinin görevli olmadığını vurgularken, farklı bir yaklaşım izlenmesi

<sup>148</sup> - bk. yukarda §9.

<sup>149</sup> - bk. yukarda §35.

<sup>150</sup> - bk. yukarda §16.

<sup>151</sup> - Handyside kararı, Karar Sıra no. 26, §49.

<sup>152</sup> - bk. Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen kararı, Karar Sıra no.25, §52.

<sup>153</sup> - bk. yukarda §§29, 32 ve 33.



Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin kullanılması cins, ırk, renk, dil, din, siyasi veya başka bir inanç, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum veya başka bir statü gibi herhangi bir nedenle ayırım yapılmaksızın güvence altına alınır.

#### **Başvurucular,**

- başka bazı yayınların, kendi yayınlarıyla tamamen aynı nitelikte olmasına rağmen, kendilerinin maruz kaldığı yasaklara maruz kalmamaları;

- sürmekte olan uyuşmazlık hakkında yapılan yorumla ilgili Parlamento'ya uygulanan kurallarla basın uygulanan mahkemeye saygısızlık kuralları arasında farklılık bulunması nedeniyle 14. Maddeye aykırılığın meydana geldiğini ileri sürmüşlerdir.

Hükümetin ve Komisyonun görüşüne göre, 10. Maddeyle birlikte ele alınan 14. Maddeye bir aykırılık yoktur.

**70.** Mahkemenin yerleşik içtihadına göre 14. Madde, Sözleşme ve Protokol hükümlerinde belirtilen hak ve özgürlüklerin kullanılmasında, karşılaştırılabilir durumda bulunan bireyleri ve birey gruplarını her türlü ayrımcılıktan korumaktadır<sup>161</sup>

**71.** Diğer gazeteler, örneğin Daily Mail hakkında herhangi bir işlem yapılmamış olması, Times Newspaper Ltd. şirketine karşı alınan tedbir kararının 14. Madde bakımından ayrımcılık oluşturduğuna yeterli bir kanıt değildir.

**72.** Mahkeme, Parlamento'ya uygulanan kurallar<sup>162</sup> konusunda Üst Mahkeme üyelerinin, faaliyetleri yayınlanan Parlamento uygulamaları ile mahkeme uygulamaları arasında yargısal (**sub judice**) meselelere yaklaşım bakımından sakıncalı hatta tehlikeli farklar bulunduğunu söylemiş olmalarını not etmiştir. Ne var ki Mahkeme, basın ile parlamento üyelerinin, "karşılaştırılabilir durumda bulunanlar" olarak kabul edilemeyeceklerini, çünkü her ikisinin "görev ve sorumluluklarının temelde farklı olduğu görüşündedir. Dahası, 29 Kasım 1972 tarihli Parlamento tartışması<sup>163</sup>, yayınlanması tasarlanan Sunday Times makalesiyle tamamen aynı alanı kapsamamaktadır.

**73.** Bu nedenle 10. Madde ile birlikte ele alınan 14. Maddeye aykırılık bulunmamaktadır.

#### **III. 18. Madde Hakkında**

**74.** Başvurucular Komisyon önünde bunlara ek olarak, 18. Maddeye dayanan bir iddiada bulunmuşlardır. Madde metni şöyledir.

Yukardaki hak ve özgürlüklere bu Sözleşme'yle getirilen sınırlamalar öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz.

Ancak başvuru, bu iddiayı Mahkemede ileri sürmemişlerdir: 10 Şubat 1978 tarihli dilekçelerinde 10. Madde ile birlikte ele alınan 18. Maddeye bir aykırılık bulunmadığına dair Komisyon görüşünü kabul etmişlerdir.

Bu sorunu ne Hükümet ne de Komisyon duruşmalar sırasında dile getirmiş, ancak Komisyon davayı Mahkeme önüne getiren dilekçesinde bu konuya belirtmiştir.

**75.** Mahkeme, Başvurucuların gösterdiği tutuma ve davanın koşullarına bakarak, bu sorunu incelemesi gerekmediğini kabul etmiştir.

#### **IV. 50. Madde Hakkında**

**76.** Sözleşme'nin 50. Maddesine göre Mahkeme, bu davada "bir Sözleşmeci Tarafın bir makamı tarafından "alınan bir karar veya yapılan bir tasarrufun" "tamamen veya kısmen Sözleşme'yle üstlendiği yükümlülükler aykırı olduğu"nu tesbit ederse, ve eğer bu Sözleşmeci Tarafın iç hukuku, verilen kararın veya yapılan tasarrufun" sonuçlarını kısmen gidermeye olanak tanıyorsa", ve Mahkeme "gerekli gördüğü takdirde", "zarara uğrayan tarafa adil bir karşılık ödenmesine hükmedebilir".

Mahkeme İçtüzüğü, "Sözleşme'ye bir aykırılık tespit etmesi halinde, İçtüzüğün 47. Maddesine göre, Sözleşme'nin 50. Maddesinin uygulanması istenen sorun karara hazırca, Mahkemenin bu konuda da bir hüküm vereceğini"; eğer sorun karara hazır değilse [Mahkemenin] sorunu bütünüyle veya kısmen saklı tutarak diğer usuli konuları kararlaştıracağını" belirtmektedir (İçtüzük 50. Madde 3. fıkra, birinci cümlelerin 48. Madde 3. fıkra ile birlikte ele alınması).

**77.** Başvurucular, 10 Şubat 1978 tarihli dilekçelerinde Mahkemeden, İngiliz mahkemelerindeki uyuşmazlık ile Komisyon ve Mahkeme'de davayla ilgili olarak yaptıkları ödeme ve harcama tutarında

<sup>161</sup> - bk. Belçika'da Eğitim Dili Davası kararı, (Esas hk), Karar Sıra no. 8, §10; Belçika Ulusal Polis Sendikası kararı, Karar Sıra no. 20, §44.

<sup>162</sup> - bk. yukarıda §20.

<sup>163</sup> - bk. yukarıda §13.

bir miktarı Hükümetin kendilerine ödemesine karar vermesini talep etmektedirler. Ancak başvuruçular, talep ettikleri miktarı belirtmemişlerdir. 24 Nisan 1978 tarihli duruşmada, başvuruçuların avukatları, uğradıkları zararın miktarı hakkında "Mahkemeyi meşgul etmeden" anlaşabileceklerini umduklarını belirtmiştir.

Ertesi gün yapılan duruşmada Mahkeme İçtüzüğü'nün 47. Maddesine uygun olarak Hükümeti, eldeki davada 50. Maddenin uygulanması sorunu üzerindeki görüşlerini sunmaya davet etmiştir. Hükümet temsilcisinin nihai sunuşuna göre, bu konuda Mahkemenin karar vermesi gerekmemektedir.

**78.** Mahkeme, başvuruçuların iddialarını yukarıda belirtilen dava masrafları ve harcamalarla sınırladıklarını ancak miktarı belirtmediklerini saptamıştır. Bu koşullarda 50. Maddenin uygulanması sorunu, karar verilmeye hazır değildir; bu nedenle mahkeme sorunu saklı tutmalı ve Mahkeme İçtüzüğü'nün 50. Maddesinin 5. fıkrasında belirtilen sonuçları da dikkate alarak diğer usuli konuları karara bağlamalıdır.

#### BU NEDENLERLE MAHKEME,

Dokuza karşı onbir oyla, Sözleşme'nin 10. Maddesine aykırılık bulunduğu;

Oybirliğiyle, 10. Maddeyle birlikte ele alınan 14. Maddeye aykırılık bulunmadığına;

Oybirliğiyle, 18. Maddeye aykırılık sorununu incelemeye gerek olmadığına;

Oybirliğiyle, 50. Maddenin uygulanması sorununun karara hazır olmadığına;

Buna göre,

diğer sorunları saklı tutulmasına;

bu kararın verilmesinden itibaren üç ay içinde Hükümet ile başvuruçuların varabilecekleri bir anlaşmayı bildirmeleri için kendilerini Mahkemeye davet etmeye;

bu sorun hakkındaki diğer usuli işlemleri saklı tutmaya;

Karar verir.

Yargıçlar G. Wiarda, J. Cremona, T. Vilhjalmsson, R. Ryssdal, W. Ganshof van der Meersch, Sir Gerald Fitzmaurice, D. Bindschedler-Robert, L. Liesch ve F. Matscher karara ortak karşı oy gerekçelerini, yargıçlar M. Zekia, P. O'Donoghue, D. Evrigenis kararlarla aynı yönde ayrı ayrı gerekçelerini yazmışlardır.

## **Dördüncü Bölüm**

### **Barthold /Almanya Kararı**

Dava numarası 10/1983/66/101'dir. Dava numarasındaki ikinci sayı davanın Mahkemede açıldığı yılı, birinci sayı ise aynı yıl Mahkemede açılan dava listelerindeki yerini göstermektedir. Son iki sayı ise sırasıyla, Mahkemenin kuruluşundan beri dava listesindeki davanın sırasını ve Komisyona yapılan başvurulardan kaynaklanan davaların sırasını belirtmektedir.

Avrupa İnsan hakları Mahkemesi, İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Hakkında Sözleşmenin (Sözleşme) 43. maddesi ile (43. madde) Mahkeme Tüzüğü'nün ilgili hükümlerine göre aşağıdaki hakimlerden oluşmak suretiyle Daire biçiminde toplanarak:

Sayın G. Wiarda, Başkan  
Sayın Thór Vilhjálmsson,  
Sayın D. Bindschedler-Robert,  
Sayın L.-E. Pettiti,  
Sayın C. Russo,  
Sayın R. Bernhardt,  
Sayın J. Gersing,

Ve ayrıca Yazı İşleri Müdürü Sayın A. Eissen, ile Yazı İşleri Müdür Yardımcısı Sayın H. Petzold,

25 Ekim 1984 ve 25 Şubat 1985 tarihlerinde gizli oturumda müzakere ederek,

Anılan son tarihte uyarlanan aşağıdaki kararı vermişlerdir.

### **USUL**

Bu dava Sözleşme'nin 32. maddesinin 1. paragrafında ve 47. maddesinde (mad. 32-1, ve mad. 47) düzenlenen üç aylık süre içinde 12 Ekin 1983 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Komisyonu tarafından Mahkeme'ye havale edilmiştir. Dava Almanya Federal Cumhuriyetine karşı bu ülkenin vatandaşı olan veteriner Dr. Sigurd Barthold tarafından 25. maddeye göre 13 Temmuz 1879 tarihinde Komisyon'a sunulan 8734/79 sayılı başvurudan kaynaklanmaktadır.

Komisyonun talebi 44. ve 48. maddeler (mad. 44, mad. 48) ve böylece de Mahkeme'nin zorunlu yargı yetkisini tanıyan (Madde 46) (mad.46) Almanya Federal Cumhuriyetinin deklarasyonu ile ilgilidir. Talebin amacı, Sözleşme'nin 10. maddesi hükümlerine göre, davanın gerçeklerinin ilgili Devletin yükümlülüklerinin bu Devlet tarafından ihlalini ifade edip etmediği konusunda bir karar elde etmeye yönelikti.

Dr. Barthold, Mahkeme Tüzüğü'nün 33. hükmünün 3. paragrafı uyarınca yapılan soruşturmaya cevap olarak, Mahkemede derdest olan usul işlemlerine katılmak istediğini belirtti ve kendisini temsil edecek bir avukat belirledi (hüküm 30).

Yedi hakimden oluşan Daire, re'sen seçilen üyeler olarak Alman uyruklu Sayın R. Bernhardt (Sözleşmenin 43. maddesi) ile Mahkeme Başkanı Sayın G. Wiarda'yı (21.hüküm, paragraf 3(b)) içermekteydi. 27 Ekim 1983 tarihinde Mahkeme Başkanı Yazı İşleri Müdürünün de hazır bulunmasıyla diğer beş üyeyi kurayla belirledi (Sayın Thór Vilhjálmsson, Sayın D. Bindschedler-Robert, Sayın E. Garcia de Enterria, Sayın L.-E. Pettiti and Sayın J. Gersing), (Sözleşmenin 43. maddesi ve Mahkeme Tüzüğü'nün 21. Maddesinin 4. paragrafı), (mad. 43 ve hük 21-4). Daha sonra yedek hakim olan Sayın C. Russo, davanın görüşümde yer alma konusunda alıkonulan Sayın E. Garcia de Enterria ile değiştirildi (Hüküm 22, paragraf 1 ve hüküm 24, paragraf 1).

Daire Başkanlığını üstlenen Sayın Wiarda (Hüküm 21, paragraf 5) Yazı İşleri Müdür yardımcısının aracılığı ile Alman Hükümetinin temsilcisinin ('Hükümet'), Komisyon Delegatesinin ve başvuruçunun avukatının yazılı bir işlemin gerekliliği konusunda görüşlerini aldı (Hülüm 37 paragraf 1). 8 Aralıkta Temsilciye ve başvuruçunun avukatına birer dilekçe yazmalarını belirtti ve Delegenin yukarıda anılan dilekçelerden en son geleninin Yazı İşleri Müdürü tarafından Delegeye iletme tarihinden itibaren iki ay içinde yazılı olarak cevaplamaları gerektiğini bildirdi.

Başkan Temsilciye tanınan zaman limitini iki defa uzattı: 21 Şubatta 30 Marta kadar ve daha sonra da 5 Nisanda 11 Mayısı kadar.

21 Şubatta Başkan, başvuruçunun avukatının Alman dilini kullanmasını kabul etti (Hüküm 27 paragraf 3).

Başvuruçunun dilekçesi 21 Şubatta, Hükümetinki ise 11 Mayısı yazı işlerine ulaştı. Hükümet tarafından yapılan bir teklifi kabul ederek başkan, 11 Mayısı Temsilci tarafından sunulan bir belgenin basılmamasını ya da kamuoyuna açıklanmamasını kabul etmiştir.

18 Mayısı Temsilci Yazı İşleri Müdürlüğüne başka dökümanları da iletmiştir.

11 Haziranda ise, Komisyon sekreteryası, Yazı İşleri Müdürlüğüne Delegenin görüşlerini duruşmalarda sunacağını bildirmiştir.

12 Temmuzda, Başkan önce Hükümet Temsilcisine, Komisyon Delegesine ve Yazı İşleri Müdür Vekili yoluyla başvuruçunun avukatına danışmak suretiyle 23 Ekimi sözlü işlemlerin açılış tarihi olarak belirlemiştir (hüküm 38). 2 Ekimde Başkan, Hükümet adına duruşmalarda hazır bulunacakların Alman dilini kullanmalarına izin vermiştir (Hüküm 27 paragraf 2).

24 Temmuz ve 18 Ekim arasındaki değişik tarihlerde Komisyon, başvuruçunu ve Hükümet, ya re'sen ya da Başkanın talebi üzerine Yazı İşleri Müdürlüğüne bir dizi belge ve dilekçeler vermişlerdir.

Duruşmalar 23 Ekim 1984 tarihinde Strasburg'da İnsan Hakları Binasında kamuya açık olarak yapılmıştır. Mahkeme duruşmadan hemen önce bir hazırlık toplantısı yapmıştır.

Mahkeme huzurunda:

Hükümet adına

Sayın I. Maier, Federal Adalet Bakanlığında Ministerialdirigentin

Hükümet Temsilcisi

Sayın E. Steup, Federal Adalet Bakanlığında Ministerialrätin

Sayın H. Viehmann, Federal Adalet Bakanlığında Ministerialrat

Danışmanlar;

Komisyon adına

Sayın F. Ermacora,

Delege;

Başvuruçunu adına

Sayın E. Eyl, Rechtsanwalt,

Avukat;

Bulunmuşlardır.

Mahkeme; Hükümet adına Sayın Maier'i, Komisyon adına Sayın Ermacora'yı, başvuruçunu adına da Sayın Eyl'i ve Mahkemenin sorularına verdikleri cevapları dinlemiştir. Duruşmalar sırasında Hükümet Temsilcisi Mahkeme'ye bazı belgeler sunmuştur.

## OLAYLAR

1926 doğumlu olan Dr. Barthold, Hamburg-Fuhlsbüttel'da çalışan bir veterinerdir. 1978'den 1980'e kadar o zaman için Hamburg'da sekiz tane olan 'veteriner kliniğini' işletmekteydi. Kliniğini 5 Mart 1980 tarihinde kapatmış ve müteakiben 1 Ocak 1983 tarihinde yeniden açmıştır.

26 Haziran 1964 tarihli Hamburg Veterinerler Konseyi Kanununa göre (Tierärztekammergesetz - "1964 Kanunu") diğer görevlerinin yanında üyelerinin mesleki yükümlülüklerine uymalarını sağlamakla görevli olan Hamburg Veterinerler Konseyinin bir üyesidir (1964 Kanununun 2 numaralı alt bölümünün 1. ve 3. bölümü). Bu yükümlülükler temel olarak, 1964 Kanununun 1 numaralı alt bölümünün 8. bölümü uyarınca Konsey tarafından 16 Ocak 1970 tarihinde yürürlüğe konulan ve 10 Şubat 1970 tarihinde Hamburg Eyalet Hükümeti (Senat) tarafından onaylanan (8. bölümün 3. alt bölümü) Hamburg Veteriner Hekimleri Mesleki Davranış Kurallarında (Berufsordnung der Hamburger Tierärzteschaft – ‘Mesleki Davranış Kuralları’) belirtilmiştir.

Kliniğin yöneticisi ve sahibi olarak Dr. Barthold, 24 saatlik acil bir servis kurdu (Mesleki Davranış Tüzüğü'nün 19. hükmü ve Veteriner Kliniklerin Kuruluşu Hakkında Yönetmeliğin 2. maddesi-Richtlinien zur Einrichtung von tierärztlichen Kliniken; ayrıca bakınız paragraf 29). Bu durum diğer veteriner hekimler göz önüne alındığında kesinlikle uygulanmayan bir durumdu (praktische Tierärzte – aşağıdaki 28. paragrafa bakınız).

1974 yılı ve sonrasında yukarıda anılan Düzenlemeleri hazırlayanlardan biri olan ve klinikler tarafından 24 saatlik hizmet ile ilgili hüküm konulması konusunda ısrar eden başvurucu, Konsey içerisinde tüm veteriner hekimlerin katılımını içeren düzenli bir gece servisinin organize edilmesi gerektiğini savunmuştur. Bununla birlikte meslektaşlarının çoğunluğu 19 Aralık 1974 ve 7 Aralık 1979 tarihlerinde olmak üzere iki defa böyle bir öneriye karşı oy kullanmışlardır (ayrıca paragraf 28'e bakınız).

## Davanın Durumu

Makale 24 Ağustos 1978 tarihinde “Hamburger Abendblatt” da yayınlanan makale

24 Ağustos 1978 tarihinde günlük Hamburger Abendblatt gazetesinde bir gazeteci olan Sayın B. İmzalı ve “Tierärzte ab 20 Uhr schwer erreichbar - Warum 'Shalen' die Nacht doch noch überlebte” (Veteriner hekimlere akşam sekizden sonra ulaşmak zor – “Shalen herşeyden sonra akşam hayatta kalmayı neden başardı”).

146 satır ve 4 kolon uzunluğundaki makale üç alt başlığı izleyen parantez içerisinde ve koyu harfli bir giriş paragrafını içermektedir: "Auf eine spätere Zeit vertröstet" ("Sona kadar ertele"), "Unfreundliche Absage" ("Düşmanca red") ve "Zur Not hilft die Polizei" ("Kurtulmaya polis").

Koyu renkli giriş paragrafı aşağıdaki gibiydi:

“Evcil bir hayvan sahibinin geceleyin sevgili hayvanı için yardıma ihtiyacı olduğunda sık sık umutsuz olabilir. İrtibat kurulabilecek bir tane veteriner hekim yok. Bu işler şimdi geliştirilmelidir. Veteriner hekimler hakkında doktorların durumunu düzenleyen Hamburg kanunları gibi yeni bir Kanun getirme planları vardır. Federal Veteriner Hekimler Birliği'nin (Bundesverband praktischer Tierärzte e.V.) bir parçası olan Hamburg Eyaleti Birliğinin Başkanı ve bir veteriner hekim olan Dr. Jürgen Arndt'e göre “bu durum acil gece servisini de düzenleyecektir”. Şu anda birkaç klinik gönüllü olarak zaman zaman acil servis sağlamak ve diğer veteriner hekimler de yardım etmektedirler. Ancak bu düzenli değildir ve evcil hayvan sahiplerine güven vermemektedir. Onlar bu hizmeti sadece gönüllü olarak yapmaktadırlar.”

Makaleyi yazan gazeteci, akşam 7.30 ve 10.00 arasında “Shalen” adlı kedinin sahiplerinin kendilerine yardım etmek için bir veteriner hekim bulma konusundaki çabalarını anlatarak başlamıştır. İki veteriner hekime ve acil servise boşuna telefon ettikten sonra açıkça şanslı olduklarını anlamışlardır: “Fuhlsbüthel kliniğinin yöneticisi olan Dr. Barthold müdahale etti”. Gazeteci daha sonra başvurucunun söylediğini alıntı yapmaktadır: “Tam zamandı; ... [kedi] geceleyin hayatta kalamayacaktı.”

Sayın yazar B.'ye göre bu özel olay en azından hafta içi akşam saat sekizden sabah sekize kadar acil servisin yetersizliği problemini ortaya koymuştu. Bunu aşağıdaki pasaj izlemektedir:

“Dr. Sigurd Barthold ’Zannersem Hamburg gibi büyük bir şehirde hayvanları bekleyen düzenli bir servis bulunmalıydı’ diye belirtti.

Gazeteci, Dr. Barthold ile yaptığı mülakatı özetleyerek, ”Hamburg’un hayvan sevenleri artık bundan sonra yardım etmek için hazırlanmış birisini arayarak ve veteriner hekimlere telefon etmeye çalışarak (to get sore fingers) zorunda olmadıklarını ekledi. Bu durumda, sadece gönüllü olarak acil görev yapacak klinikler bulunmayacaktır; eğer, çalışan 53 veterinerden her gece iki tanesinin görev başında olması için düzenlemeler yapılırdı, bu veterinerlerden her birisi ayda bir kez gece görev yapardı.

Geceleyin acil servis için bir talebin bulunduğu gerçeği, akşam saat sekiz ile sabah saat sekiz arasında Dr. Barthold alınan telefon sayısına referans yapılarak gösterilmektedir: ‘Her gece aldığımız telefon sayısı iki ila on iki arasındadır. Elbette ki bunların hepsi acil olaylar değildir. Bazen telefonda istenen şey sadece tavsiyedir.’”

Yazar üçüncü alt başlık altında “Hamburg Veteriner Hekimleri Konseyi Başkan Yardımcısı ve Hamburg’daki bir kliniğin müdürü” olan Dr. Jürgen Arndt’in yorumlarını sunarak makaleyi tamamlamıştır. Dönerli bir biçimde örgütlenen bir acil servisin “kliniklerin gönüllü hizmet dağıtımından kurtarmayacağına ancak, onlar üzerindeki baskıyı azaltacağına inanarak” Dr. Arndt böyle bir servisi geliştirmek için aktif olarak çalıştığını söylemiştir. İlgili Hamburg yetkililerinin, yılın dördüncü yarısında veteriner hekimler hakkında Kanun taslağı düzenlemeyi öngördüklerini eklemiştir. Bu Kanun yürürlüğe girene kadar hayvan sahipleri bir veteriner hekimden diğerine yahut da normal olarak kendilerine yardım etmek hazır olan polise telefon etmek zorundaydılar.

Makale iki adet fotoğraf ile resimlendirilmişti. Merkeze yerleştirilen ve daha büyük olanı bir kediyi gösteriyordu ve şu başlığı taşıyordu: “Um das Leben der kleinen 'Shalen' wurde gekämpft - erfolgreich" (“Küçük ‘Sahalen’in hayatı için savaştılar ve kazandılar”). İkincisi ise makalenin başlığı ve giriş paragrafı yanında bulunan bir kimlik fotoğrafıydı; Başlığı yanlışlıkla Dr. Arndt adını taşımakla beraber bu başvurucunun bir fotoğrafıydı.

Kedinin fotoğrafının altında ve makalenin kapsadığı alanın dışında "Hamburg - Stadt der Tiere" (“Hamburg – hayvanlar kenti”) başlığını taşıyan ve Hamburg’daki evcil hayvanların, veteriner hekimler ile veteriner kliniklerin sayısını ve hafta sonlarıyla resmi tatillerde ulaşılabilecek acil servisin telefon numarasını veren kısa bir metin vardı.

25 ağustos 1978 tarihinde Hamburger Abendblatt "Unter dem Foto ein falscher Name" (“fotoğraf altındaki yanlış isim”) başlığı altında aşağıdaki açıklama ile birlikte bir kez daha başvurucunun fotoğrafını bastı: “Acil veteriner servisi konusunda dünkü haberimizde bir yanlışlık bulunmaktadır. Maalesef fotoğraf altında yanlış bir isim bulunmaktadır. Söz konusu kişi aslında Fulhsbüttel veteriner kliniğinin müdürü olan Dr. Sigurd Barthold’ur.”

## B. Haksız Rekabet İşlemleri

Dr. Barthold’un söz konusu makaleyi Mesleki Davranış Kuralları ile çelişki içerisinde gören bazı meslektaşları olayı "PRO HONORE - Verein für Treu und Glauben im Geschäftsleben e.V." (“Meslekte adalet ve dürüstlük Pro Honore Derneği” “Pro Honore”)’re götürdüler. Bu dernek 1925 yılında Hamburglu işadamları tarafından kurulmuştu ve “iş hayatının tüm alanlarında dürüstlüğü ve iyi niyeti sağlamak” ve “özellikle de haksız rekabet, tefecilikle ilgili hile ve rüşvetle savaşmak” amacıyla mevcuttu (26 Eylül 1979 Sözleşmesinin 2. Maddesi).

1978 yılı ile 30 Eylül 1980 arasında Pro Honore aynı zamanda Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V. Frankfurt-am-Main (Frankfurt-am-Main Haksız Rekabetle Savaş Merkez Ajansı – “Merkez Ajansı”)’nin bir kolu olarak çalışıyordu. Bu ajans haksız rekabeti engelleme konusunda on yıllardan beri aktifti ve üyeleri arasında Federal Veteriner Hekimleri Derneği de dahil olmak üzere tüm sanayi, ticaret ve esnaf odaları ile 400 tane daha başka dernek vardı. Hamburg Veteriner hekimleri

Konseyi ve özel veteriner hekimleri dernekleri konseylerinin hepsini kapsayan üst örgüt Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V. Frankfurt-am-Main sözkonusu Ajansın üyeleri değildi.

7 Haziran 1909 tarihli Haksız Rekabet Kanununun (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – “1909 Kanunu”) 13. bölümüne göre, Pro Honore ve Merkez Ajansının mesleki işlerle uğraşan herhangi bir kişinin Kanunda belirtilen belli kuralları ihlal etmesini engelleme konusunda yetkisi vardır.

4 Eylül 1978 de Pro Honore başvurucuya, “24 Ağustos 1978 tarihli Hamburger Abendblatt gazetesinde kendi namına yapılan reklam ile teşvik edildiğini ya da göz yumulduğunu” bazı veteriner hekimlerinin bildirdiğini belirten bir mektup yazdı. Mektup söz konusu makaleden alıntılarla devam etmekteydi. Başvurucuya, böylece Profesyonel Davranış Kurallarının 7. maddesi ile birlikte 1909 Kanununun 1. bölümünü ihlal ettiği söyleniyordu.

1909 Kanununun 1. bölümü şöyledir: “Rekabet amacıyla mesleksel eylemler sırasında dürüst eylemlere (gute Sitten) aykırı olarak hareket ederse bu eylemleri (Unterlassung) yasaklanabilir ve zararlardan da sorumlu tutulabilir.”

Mesleksel Davranış Kuralları'nın 7. maddesi ilan ve reklamlarla (Werbung und Anpreisung) ilgilenebilir ve aşağıdaki gibidir:

- (a) Bir kimsenin veterinerlik işini kamuya açık olarak reklam etmesi,
- (b) televizyonda, radyoda ya da basında yahut da diğer yayımlarda reklamı veya resmen tanınmayı teşvik etmesi ya da göz yumması,
- (c) uzmanlık dergilerinden (Fachzeitschriften) başka bir yerde veterinerlik olaylarını veya operasyon ya da tedavi usullerini açıklaması,
- (d) herhangi bir kimsenin uygulamasını reklam etmek amacıyla veteriner olmayanlarla işbirliği yapması,

mesleksel etiklere aykırıdır.”

Pro Honore haksız rekabet nedeniyle başvurucuya karşı işlemleri başlatma hakkının olduğunu iddia etti ve konunun dostane çözüme kavuşturulması amacıyla ilişik olan beyannameyi imzalamaya çağırdı. Bu beyannamenin şartlarına göre, Hamburger Abendblatt gazetesinde çıkan basın makaleleri gibi makaleleri teşvik etme ve göz yumma yoluyla kendi namına reklam yapmamayı, Merkez Ajans'a her bir ihlal için 1000 DM ödemeyi ve Pro Honore'nin hakkını ararken maruz kaldığı(Rechtsverfolgung)120 DM'ı Pro Honore'ye ödemeyi taahhüt edecekti.

Bunu iki gün sonra başvuru adına bir avukat cevaplandırdı. Dr. Barthold'a yapılan talebin şantaja çok yakın olduğunu yazdı. Hukuksuz bir reklamın yapıldığından bahsetmek küstahçaydı(Zumutung). Şikayet edilen makaleyi teşvik etmeyen müvekkiline yöneltilen suçlamaların onun kişiliğine ve mesleksel şöhretine oldukça fazla zarar vermişti.

Başvurucunun avukatı Pro Honore'nin, suçlamalardan vazgeçmek ve üzüntülerini bildirmek suretiyle müvekkiline karşı olan iddialarından vazgeçeceğini teyit etmesini yazılı olarak istedi. Ayrıca giderler nedeniyle tazminat istedi ve eğer Pro Honore üç gün içinde taleplerini karşılamaz ise dava açacağını bildirdi.

Ara Kararı (einstweilige Verfügung)

Daha sonra Merkez Ajansı bir ara kararı için Hamburg Bölge Mahkemesine (Landgericht) başvurmuştur (Medeni Usul Kanununun 936 ve 944. Maddeleri).

15 Eylül 1978 tarihinde 15. Hukuk Mahkemesinin başkanlığını yaptığı hakim tarafından bir ara kararı verilmiştir. Bu karar, “en azından hafta içinde akşam saat sekiz ile sabah sekiz arasında Hamburg'daki hayvan severlerin kendilerine yardım etmeye hazır veteriner hekimlere telefon etmeye çalışmaktan dolayı parmaklarının ağrıdığını, Fuhsbüttel veteriner kliniğinin müdürü

olarak adını, kendi fotoğrafını ve yaptığı işin ne olduğunu vererek basına bilgi verme konusunda (mesleki dergiler dışında) başvurucuyu aşağıdakilerle birlikte yasaklamıştır:

Sadece gönüllü acil görevdeki veteriner kliniklerin to round the clock konusundaki beyanat verme, ve/veya

Kendi tecrübesine göre telefonun akşam saat sekiz ile sabah sekiz arasında 2-12 defa çaldığı, ancak bu çağrılarının tamamının acil durumlar olmadığı ve bazen telefonla yapılan tavsiyenin yeterli olduğu konusundaki beyanat verme, ve/veya

Bir hayvan sahibinin normal bir hafta içerisinde kedisini tedavi ettirmek için, 'tam zamanında' eyleme geçen Dr. Barthold ile temasa geçene kadar bir veteriner hekim bulmak için akşam saat 7.30 ile sabah 10.00 arasında nasıl boşuna çabaladığı olayının tasviri,

Ve/veya gazetecilere bilgi vermekle bu tür haberlere katkıda bulunma".

Ara kararının her bir ihlali için esas ceza mahkeme tarafından belirtilmekle birlikte azami para cezası (Ordnungsgeld) olan 500.000 DM ile veya 6 aya kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktı.

Başvurucu bu ara kararına karşı bir itiraz dilekçesi (Widerspruch) vermiştir (Medeni Usul Kanununun 936. ve 924. Maddeleri). Bununla birlikte Bölge Mahkemesinin yetkili Dairesi ara kararını 15 Kasım 1978 tarihinde onaylamıştır. Bunun üzerine temyiz etmiş ve bu temyiz istemi 22 Mart 1979 tarihinde Hanseatic Temyiz Mahkemesinin (Hanseatisches Oberlandesgericht). 3. Dairesi (Senat) tarafından reddedilmiştir. Nihayet 2 Temmuz 1979 tarihinde üç hakimden oluşan kurul halinde Federal Anayasa Mahkemesi (Bundesverfassungsgericht) son karara ve 15 Eylül 1978 tarihli ara kararına karşı yaptığı anayasal başvuruyu, başvurunun yeterli başarı şansının bulunmadığı gerekçesiyle kabul etmemeye karar vermiştir.

#### Esas Karardaki İşlemler

Ara kararıyla ilgili işlemlerin tamamlanmasından önce Dr. Barthold, ana konuyla ilgili olarak Merkez Ajansın işleme başlayacağı süreyi belirlemesini istedi (Medeni Usul Kanununun 936. ve 926. maddeleri); bunun üzerine Merkez Ajans gerekli işlemleri 22 Aralık 1978 tarihinde belirledi. Onun iddia beyanı Bölge Mahkemesinin tarafından 15 Eylül 1978 tarihinde verilen yasaklayıcı ara kararı ile aynı şartları taşıyordu (bkz. Paragraf: 18).

20 Temmuz 1979 tarihinde Bölge Mahkemesinin 16. Ticaret Dairesi davalı lehine karar verdi.

Bölge Mahkemesi, Ajansın eylem hakkı ile ilgili olarak Dr. Barthold tarafından ileri sürülen bazı itirazları reddetti. Ayrıca 1909 Kanununun 1. bölümünün ihlal edildiğinden şikayet eden davacının iddiasının Mesleki Kurallar Nizamnamesinin 7. maddesinin (a) paragrafına dayanamayacağı yolundaki iddiasını kabul etmedi. Öte yandan, Bölge Mahkemesi öne sürülen kanıtın, rekabeti düzenleyen (Wettbewerbsverstoss) kuralların ihlal edildiği suçlamasını desteklemediği konusunda tatmin oldu. Başvurucunun fark edilebilecek derecede şikayet edilen yayını etkilediği veya buna göz yumduğunu tespit etmemiştir. Aslında tam tersi yönü işaret eden önemli belirtiler vardı. Makalenin yazarı, Dr. Barthold'un adının kendi bilgisi dışında zikredildiğini beyan etmiştir. Onun tanıklığından, başvurunun kimliğinin açıklanmasını istemediği ve gazetede kimliğinin belirtilmemesini beklediği çıkarılabilir. Böylece, gerçekten onun da iddia ettiği gibi, Hamburger Abendblatt'ın gece servisinin yokluğunun getirdiği içler acısı durumu tartışmaktan başka bir şey yapmayacağına inanabilirdi. Ayrıca, gazeteci tarafından teşvik edilen söz konusu makalenin sadece Dr. Barthold ile yapılan mülakata dayanmadığı ve gazetenin ya da gazetecinin Dr. Barthold adını ve kliniğini, bu övgüye değer klinik ile diğer daha az yararlı veteriner hekimler arasındaki farkı vurgulamak için aldığı da oldukça mümkündür. Başvurucunun, kendi adının ve kliniğinin meslektaşlarınınkinden öne alınmasını engelleme konusunu dikkate almadığı, en azından bunu engellemeye çalışıp çalışmadığı sorusunu açıklamak imkansızdı. Gazetecinin daha fazla bilgi vermeyi reddettiği gibi, gazetecinin kaynaklarını açıklamakla yükümlü bulunmaması sebebiyle, bu durum Dr. Barthold'un zararına işlememelidir.

24 Ocak 1980 de Hanseatic İstinaf Mahkemesi Merkez Ajansı tarafından yapılan temyiz başvurusunu kabul ederek Ajansın temyiz sebeplerini kabul etti ve 15 Eylül 1978 de verilen ara kararının (bakınız, yukarıdaki 18. ve 20. paragraflar) hükümlerini tekrarladı. İstinaf Mahkemesi en başta, başvuruçunun Temel Kanun ve diğer üst hukuk kuralları ile uyum içinde olan Mesleki Davranış Tüzüğünün yasal olarak geçerli(formell rechtmässig) bir hükmü olan 7. maddesinin (a) paragrafını ihlal ettiğine karar verdi. Bu hüküm, Temel Kanunun 5. maddesiyle güvence altına alınmış olan Dr. Barthold'un ifade özgürlüğünü mantıksız olarak sınırlandırmıyordu. Çünkü, kaçınılmaz olarak kendisi için uygun reklam üretme etkisine sahip olsa bile, görüşünü serbest bir biçimde ifade etmeyi ve özellikle de ipler acısı durumları eleştirmeyi engelleyecek hiçbir şey yoktu. Ajans, Dr. Barthold'u veteriner yardım konusunda kamusal bildirimler yapmaktan alıkoymayı amaçlamıyordu. Başvurusu, birkaç yönü "kümülatif" olarak kapsayan bellibir davranış biçimiyle ilgiliydi: Dr. Barthold'un tam olarak ismini vermesi, fotoğrafının basılması, Fuhlsbüttel veteriner kliniğinin müdürü olması ve hafta içinde en azından akşam saat sekiz ile sabah sekiz arasında Hamburg'daki hayvan sevenlerin kendilerine yardım etmek isteyen bir veteriner telefon etmeye çalışırken parmaklarının ağrıyacağı ve ayrıca Ajansın temyiz sebeplerinde belirtilen üç iddiadan birisi (daha önce 15 Eylül 1978 tarihli ara kararında- yukarıdaki 18. paragrafa bakınız).

Objektif olarak, şikayet edilen makale Dr. Barthold için reklama neden olmaktadır: diğer veteriner hekimlerle karşılaştırıldığında, haber onu örnek bir pratisyen olarak sunmaktaydı ve böylece muhtemelen özellikle hasta hayvanların sahiplerinin kendi kliniğine yönelmelerini teşvik etmekteydi. Böylesi bir reklam, başvuru için haklı çıkarılabilecek konularda objektif yorumun sınırlarını aşmaktaydı. Eğer ileride bir makalenin yazılması için basına gerekli bilgiyi verecek ise, Mesleki Davranış Kurallarının 7. maddesinin (a) paragrafının herhangi bir biçimde ihlal edilmesinden kaçınmak amacıyla en başta düzeltme hakkını saklı tutarak ve makalenin biçimi konusunda gazeteci ile anlaşarak, basılacak olan metnin herhangi bir hukuksuz ilan veya reklama karışmamasını sağlamalıdır.

Hanseatic İstinaf Mahkemesinin görüşüne göre, davalı aynı zamanda 1909 Kanununun 1. bölümün ihlal etmişti. Bu tip bir yayın olayında, rakiplerinin zararına olarak kendi rekabetini yükseltme niyeti kabul edilmeliydi ve bu kabul bu şartlarda çürütülmüyordu. Böylesi bir rekabeti teşvik etme niyeti başka saikler tarafından tamamen bastırılmadığı sürece, ("nicht vöellig hinter sonstigen Beweggründen verschwindet") ticari rekabet amaçlarıyla yapılan bir fiil bulunduğundan, İstinaf Mahkemesi başvuruçunun bunlara ek olarak veya temel olarak başka amaçlar taşıyabileceği üzerinde fazla durmadı(unerheblich).

Rekabet riski konusuna gelince, bunun var olmadığı sonucuna varmak için dayanak noktası bulunmadığını da kabul etti. Bölge Mahkemesinin tespit ettiği aksine, başvuru kendi kişiliğini ve kliniğini vurgulayan makaleye bilerek büyük oranda katkıda bulunmuştur. Basının kendi kendine "Shalen" olayını ele aldığı ve hayvanın sahibi tarafından ancak olaydan haberdar edildikten sonra Dr. Barthold'u yorum yapması için davet ettiği doğrudur. Bununla birlikte, başvuru mülakatıyla makalenin içeriğini büyük ölçüde etkilemiş ve ayrıca kendi fotoğrafının çekilmesine izin vermiştir. Böylece söz konusu makalenin reklam niteliği ile yazılması fırsatını sağlamıştır.

Bu riskten habersiz olamazdı ve Mesleki Davranışlar Kuralları, düzeltme hakkını saklı tutarak veya gazeteci ile baskının şekli konusunda anlaşarak basılacak metnin kendi lehine illegal bir reklam içermemesini sağlamasını gerektiriyordu. Hiçbir şekilde kendi kimliğini açıklayarak görüşlerini ifade etmek zorunda olmamasına rağmen, imzasız kalması için Bayan B ile bir düzenleme de yapabiliirdi.

Aslında Davalı, adının ve fotoğrafının dahil edilmesi konusunda yetki vermiş olduğunu 13 Aralık 1978 ve 12 Ocak 1979 tarihli yazılı dilekçelerinde kabul etmişti. 29 Mart ve 6 Nisan 1979 tarihlerinde bu ifadelerden vazgeçmesine rağmen, bu tür detayların dahil edilmediği baskı konusunda ısrar ettiğini göstermemişti. Gazetecinin şahitliği bu noktayı sonuçlandırıcı değildi. Dr. Arndt'in ifadesini almak gerekmiyordu. Çünkü, Dr. Barthold fotoğraflarının çekilmesine kesin olarak izin vermişti. Böyle olunca, bu fotoğraflardan birisinde bulunmayacağı konusunda şifahi bir söz almakla –kendisinin iddia

ettiği gibi- kendinden emin olmamalıydı. Mesleksel Davranış Tüzüğü'nün ilan ve reklamı yasakladığını gazeteciye söylemiş olduğunu iddia ederken, bu Tüzükle uyuşan bir makale yazma sorumluluğunu ona havale etmesi yakışıksızdı. Yine de tekrarlama tehlikesi geçen zamana ayak diredi. "Shalen" konusu artık manşet değildi, ancak basının Dr. Barthold ile başka bir mülakattan sonra diğerleriyle birlikte bu olaya atıf yaparak daha önce ileri sürdüğü konulara geri dönmesi muhtemeldi.

İstinaf Mahkemesi sonunda kararına karşı hukuk noktasından temyiz edilmesine müsaade etmemeye karar verdi: Bu mahkeme Federal Adalet Mahkemesinin (Bundesgerichtshof) süregelen içtihatlarından ayrılmadı ve bu dava ilke sorunlarını ortaya çıkarmadı.

24 Ocak 1980 tarihinde Dr. Barthold karara Federal Anayasa Mahkemesi nezdinde itiraz etti. Ara kararı işlemleri sırasındaki (bakınız yukarıdaki 19. paragraf) anayasal başvurusuna dayandırdığı bazı iddiaları – Temel Kanunun 3, 5 ve 12. maddeleri tarafından garanti altına alındığı gibi kanun önünde eşitliğin, ifade özgürlüğü'nün, bir mesleği ifa etme özgürlüğü'nün gözetilmediği ve Veteriner Hekimler Konseyine üye olma yükümlülüğü'nün Temel Kanunun 9. maddesi tarafından garanti edilen örgütlenme özgürlüğüyle uyuşmadığı iddialarını - tekrar etmiştir. Ayrıca, duruşma hakkının ihlal edildiğini, özellikle de yasal olarak yetkili mahkeme (gesetzlicher Richter) tarafından dinlenilmediğini iddia etmiştir. Bu son noktada, Mesleksel Davranış Tüzüğü'nü uygulamanın hukuk mahkemelerinin yetkisinde olmadığını iddia etmiştir.

Anayasa Mahkemesi üç hakimli bir heyet halinde, 6 Ocak 1980 tarihinde yeterli başarı şansının bulunmaması nedeniyle anayasal başvuruyu reddetmiştir.

## II. İlgili Yasal Düzenleme

Veterinerlik mesleğini düzenleyen hukuk

Federal Almanya'da veteriner tıp kısmen federal hukuk, kısmen de Länder hukuku tarafından yönetilmektedir. Bu dava ile ilgili ana kurallar Federal Veteriner Uygulayıcıları Kanununda (Bundes-Tierärzteordnung, 22 Ağustos 1977 tarihli "Federal Kanun" da), 26 Haziran 1964 tarihli Veteriner Hekimler Konseyi Hakkında Hamburg Kanununda '1964 Kanunu' – bakınız yukarıdaki 11. paragraf), Tıbbi Meslekler Disiplin Kurulları Hakkında Hamburg Kanunu (Gesetz über die Berufsgerichtsbarkeit der Heilberufe, 20 Haziran 1972 versiyonunda – '1972 Kanunu' 16 Ocak 1970 tarihli Mesleksel Davranış Tüzüğü (bakınız yukarıdaki 11. paragraf) ve veteriner kliniklerin kuruluşu hakkında Yönetmeliklerde (bakınız yukarıdaki 12. paragraf ve aşağıdaki 29. paragraf) bulunmaktadır.

Veteriner hekimlik mesleği sınai, ticari veya esnaflık mesleği (Gewerbe) değil, ancak bir serbest meslektir (Federal Kanunun 1(2) bölümü). Federal Kanunun 1. bölümünün ilk alt bölümüne göre,

"Hayvanların acı ve hastalığını önlemek, yatıştırmak ve tedavi etmek, verimli çiftlik hayvanlarının korunması ve geliştirilmesine katkıda bulunmak, insanları hayvan hastalıklarından ve hayvan kaynaklı yiyecek ve ürünlerden kaynaklanan tehlikelerden ve zarardan korumak ve hayvan kaynaklı yiyeceklerin kalitesini geliştirmek veteriner hekimim görevidir."

Hamburg'da çalışan veteriner hekimler kamu kurumu niteliğinde olan Hamburg Veteriner Hekimleri Konseyini oluşturmaktadırlar (1964 Kanununun 1. ve 2. bölümleri). Veteriner hekimlerin mesleksel çıkarlarını korumak, bunların mesleksel yükümlülüklerini yerine getirmelerini sağlamak ve görevlerinin ifası sırasında kamu sağlığı hizmetine yardım etmek bu Konseyin görevleri arasındadır 1964 Kanununun 3. bölümü).

Konseyin organları, yönetim kurulu (Vorstand) ve genel kuruldur; bu ikincisi Sözleşmeyi düzenler ve onay için hükümete sunulan Mesleksel Davranış Tüzüğü'nü hazırlar. (1964 Kanununun 3. bölümü).

Konsey Devletin gözetimi altındadır ve gözetim kanunlara ve Sözleşmeye uyulmasına kadar genişler (1964 Kanununun 18. bölümü).

Hamburg Konseyi Mesleksi Davranış Tüzüğü, her veterinerin mesleğin ilham aldığı saygılı ve güvenli bir yolla mesleğini ifa etmesini gerektirmemektedir; başka bir veteriner hekimin kişiliği, bilgisi, veya becerileri hakkında aşağılayıcı beyanatlar vermeye müsaade edilmemektedir (madde 1 (1) ve (2)).

Tüzük, yaptıkları işlerin reklamını yapma konusunda veteriner hekimleri yasaklayan bir dizi hükümler içermektedir. 5. maddeye göre veteriner hekimler ancak bir şey yapılması istendiği zaman müdahalede bulunabilirler; Talep yapılmadan hizmet teklif etmek veya hizmet sağlamak meslek kuralları ile çelişmektedir. 7. madde özel olarak reklam ile ilgilenmektedir ve uyulması gereken şartları ortaya koymaktadır (yukarıdaki 16. paragrafa bakınız). Buna ek olarak, sırasıyla basında ve isim tabelalarındaki reklamlarla ilgi olarak madde 8 ve 9 bulunmaktadır.

Her bir veteriner hekimin acil olaylara müdahale etmesi gerekmektedir Madde 1 (3)); hafta sonları ve tatillerde hizmet verme konusuna katılmalıdırlar ve herhangi bir meslektaşının yerine kendilerini hazır bulundurmalıdırlar (Madde 14).

Kanunda veya Mesleksi Davranış Tüzüğünde bulunmayan bir konu olan veteriner hekimlerin gece hizmeti sorunu meslek içerisinde tartışma konusu olmuştu (yukarıdaki 12. paragrafa bakınız). Konsey 11 Aralık 1978 tarihinde gönüllü bir çözüme karar vermişti. Böylece veteriner hekimler temas kurulabilecekleri zamanları belirtmekte ve Konsey normal danışma saatlerinin dışında dahi uygun olan veteriner hekimlerin adlarını otomatik cevaplandırma sistemi yoluyla kamuoyuna duyurmaktadır.

Hükümete göre, nispi olarak çok sayıda veteriner hekimin bu listeye katılmayı kabul etmesinden önce, belli ki oldukça uzun bir zaman geçmişti. 1979 yılında, Konseye hafta sonu ve acil hizmet için gönüllülerin başvurusunun başlatılmasına ihtiyaç bulunduğu söylenmişti.

Yine de tekrar 1981 yılında, bir veteriner kliniğin müdürü Hamburg’da acil servisin çalışmasını kamuoyu önünde eleştirmiş ve tüm veteriner hekimler için bir görev listesi düzenlenmesi amacıyla iki yıldan beri başarısız bir biçimde mücadele ettiğini söylemişti (bakınız 11 Aralık 1981 Die Zeit).

Bununla birlikte 1981 yılında, başvurucuya göre 1982 yılından beri kendi önerileri doğrultusunda bir sistemin bulunmaktaydı. Hükümet bu iddiaya itiraz etmemiştir.

Hasta hayvanların tedavisi için bir kuruluş, eğer gerekli yere ve teçhizata sahipse ve Konsey onay verdi ise, “veteriner klinik” olarak adlandırılabilir (madde 19). Detaylı kurallar Konsey tarafından yürürlüğe konulan Yönergelerinde belirtilmiştir (yukarıdaki 12. paragrafa bakınız). Bunların en son versiyonu Aralık 1982 tarihindedir. 1982 Yönergeleri, kliniklerin bundan böyle, Konsey yeterli yardımı garanti eden diğer düzenlemeleri yapmadıkça, acil durumlar için 24 saat hizmet sağlamaları gerektiğini belirtmektedir.

#### Haksız Rekabet Konusunda Yasal Durum

1909 Kanunu, düzenli bir ekonomik faaliyetten gelir sağlamayı amaçlayan herhengi bir kişiye uygulanmaktadır; böylece, sınavi, ticari ve el sanatları faaliyetlerini, servisleri ve serbest meslekleri kapsamaktadır. Rakipleri ve tüketicileri korumak için düzenlenmiştir ve ilan ve reklam konularında serbest meslek mensuplarının davranışını düzenleyen metinlerden bağımsız olarak uygulanmaktadır.

1909 Kanununun ihlal edilmesi ile ilgili yargılama hakkı olan mahkemeler – esas olarak hukuk mahkemeleri (Kanunun 13. bölümü) – reklamı düzenleyen meslek kurallarının ışığı altında aynı gerçekler olarak düşünülebilecek mesleksi mahkemeler tarafından bulunan bulgularla bağlı değillerdir. Bununla birlikte, Federal Adalet Mahkemesi tarafından, normal şartlar altında bu



Başvurucu, Hamburger Abendblatt gazetesinde 24 Ağustos 1978 tarihinde bir makalenin yayınlanmasını takiben Alman mahkemeleri tarafından kendisine karşı verilen yasaklayıcı kararlardan şikayet etmektedir. Dilekçesinde, ara kararının ve bu ara kararının koşullarının tekrar edildiği Hanseatic İstinaf Mahkemesinin esas işlemlerindeki kararının, acil bir veteriner servisi kurulması konusundaki görüşlerini açıklamasını engellediğini ve böylece ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini belirtmiştir.

Dr. Barthold, daha sonra Komisyon önünde, veteriner hekimleri reklam yapmaktan uzak tutmaya zorlayan mesleki davranış kuralının kendi başına 10. maddeye (10. mad.) aykırı olduğunu iddia etmiştir. Bununla birlikte şikayet edilen kararlar, yalnız başına Mesleki Davranışlar Tüzüğü'nün 7. maddesinin (a) paragrafına dayanmamakta, 1909 Kanununun 1. bölümüne anılan madde ile bağlantılı biçimde dayanmaktaydı. Ayrıca, başvurucu bu iddiayı Mahkeme önünde tekrarlamamıştır. Komisyona benzer biçimde, bu nedenle Mahkeme, önündeki davanın özel şartları içerisinde incelemesini bu iki ilgili hükmün uygulanmasıyla sınırlandıracaktır.

38. Hükümetin ana sunuşu aşağıdaki gibiydi: Şikayet edilen kararların ana konusu, Hamburg'daki veteriner hekimler için gece servisinin organizasyonu ile ilgili olarak Dr. Barthold'un eleştireci yorumları değil, ancak münhasıran kendi uygulamasını ve kliniğini övmesi ve meslektaşlarını hakkındaki yerici ifadeleriydi. Kısmen yanlış bilgi veren bu ifadeler objektif görüş açıklamasının ötesine gitmekteydi ve ticari reklam seviyesine ulaşmaktaydı. Bununla birlikte 10. madde, bir ticaret veya mesleğin serbest bir biçimde yürütülmesi hakkı ile ilgili bir konu olan ve Sözleşme tarafından korunmayan ticari reklamı kapsamamaktaydı.

Öte yandan Hükümet itiraz edilen önlemin 10. maddenin 2. paragrafına göre doğru olduğunu iddia etmişti.

Komisyon ihlal bulunduğunu ortaya çıkardı. Mütealasına göre, bu terimin genel olarak anlaşıldığı anlamda davanın durumu ticari reklamı kapsamamaktaydı ve her halükarda ticari reklam 10. maddenin kapsamı ve amacı dışında bulunmamaktaydı (İsveç'e karşı Scientology Kilisesi ve X davasında 7805/77 numaralı başvurunun 5 Mayıs 1979 tarihli kabul edilebilirlik kararına bakınız).

#### 10. Maddenin Uygulanabilirliği

Delegeye göre Hükümet, davanın bu maddeye göre incelenebileceğini Komisyon önünde kabul ettiklerinden, 10. maddenin uygulanabileceği konusunun yeniden açılmasında engellenmiştir.

Hükümet, söz konusu mülakatın belli özelliklerinin ifade özgürlüğünün tam ortasında bulunan fikirlerin değişimi ile ilgili olmayıp, ekonomik faaliyet alanına girdiğini her zaman öne sürdükleri gibi ileri sürmeye hakları olduğunu düşünmüşlerdir.

Mahkeme Delege ile hemfikir olamamaktadır. Mahkemenin önündeki işlemler için Sözleşmenin ana hükümlerinin uygulanabilirliği, doğal olarak davalı Devletin önceki tavrından bağımsız olarak incelenmesi gereken davanın esası ile ilgili bir hususu oluşturmaktadır ("bakınız, Belçika Linguistic" davasındaki 6 Şubat 1967 tarihli karar, A serisi no. 5 sayfa 18-19 ve 9 Ekim 1979 tarihli Airey kararı, A serisi no. 32, sayfa 10 paragraf 18).

10. maddenin 1. paragrafı, ifade özgürlüğünün "görüşleri taşımak ve bilgi ve fikirleri ifade etmeyi kapsayacağını" hükme bağlamaktadır. Bu davada, Hamburg'da veterinerliğe ait bir gece servisine olan ihtiyaçla ilgili özel olarak Dr. Barthold'un herhangi bir beyanına ve kendi kişiliği ile kliniğine ait gerçeklere ve iddialara (bakınız, yukarıdaki 18. paragraf) uygulanan kısıtlamalar yukarıdaki kapsama ile ilgilidir. Tüm bu farklı öğeler, temelinde "görüşlerin" ifade edilmesi ve genel bir ilgi alanındaki konu üzerinde "bilgi"nin yayılması olan bir bütünü oluşturacak biçimde üst üste binmektedir. Esastan daha ziyade sunuş tarzı ile ilgili olan ve Alman Mahkemelerinin karar verdiği gibi reklam etkisi bulunan öğelerden bu bütünü ayırmak mümkün değildir. Kısıtlamaya sebep olan yayının ticari bir reklam olmayıp, bir

gazeteci tarafından yazılmış bir makale olması nedeniyle bu ayırım özellikle mümkün değildir.

Mahkeme buna dayanarak, bu davada reklamın 10. maddenin garanti alanı içerisine girip girmediğini araştırmaya gerek olmaksızın anılan maddenin uygulanabileceği sonucuna ulaşmaktadır.

#### 10. Madde ile Uyum

Başvurucunun ifade hürriyetinin kullanımı ile ilgili olarak, yani Merkez Ajans tarafından açılan davanın sonunda 24 Ocak 1980 tarihinde Hanseatic İstinaf Mahkemesi tarafından esas işlemlerdeki son aşamada verilen karardan (bakınız, yukarıdaki 22. paragraf) kaynaklanan müdahalede açık bir biçimde “kamu otoritesi tarafından müdahale” bulunmaktadır. Dar bir yorumu gerektiren 2. paragrafta belirtilen şartları sağlamadıkça bu müdahale, 10. madde ile bağdaşmayacaktır (bakınız, 26 Nisan 1979 tarihli Sunday Times kararı, A serisi, no. 30, sayfa 41, paragraf 65). Böylece müdahale “kanunla öngörülmesi”, 10. madde hükmüne göre meşru olan amaç ya da amaçlara sahip olmalı ve bu amaçlar için “demokratik bir toplumda gerekli” olmalıdır (ibid., sayfa 29, paragraf 45).

#### Müdahale “Kanunla Öngörülme müdür?”

Dr. Barthold'un dilekçesine göre söz konusu kararlar ne “kanun”a dayanmaktaydı ve ne de “öngörülme”dir. Hükümet ve Komisyon bu iddiaya karşı çıkmışlardır.

Bu noktada Mahkemenin içtihatlarına göre müdahale iç hukukta bazı temellere sahip olmalı, yeterli bir biçimde ulaşılabilmeli ve kişilerin davranışlarını düzenleyebilmeleri için eğer gerekiyorsa uygun tavsiyelerle yeterli açıklıkta formüle edilmelidir (bakınız, yukarıda anılan Sunday Times kararı, sayfa 30, paragraf 47 ve sayfa 31, paragraf 49; ayrıca bakınız, 25 Mart 1983 tarihli Silver ve diğerleri kararı, A serisi no. 61, sayfa 32-34, paragraflar, 85-88 ve 2 Ağustos 1984 tarihli Malone kararı, A serisi no. 82, sayfa 31-33, paragraflar 6-68).

Söz konusu müdahalenin yasal temeli, Hanseatic İstinaf Mahkemesi tarafından uygulandığı şekilde (bakınız, yukarıdaki 22 paragraf) 1909 Kanununun 1. bölümü, 1964 Kanununun 8(1) bölümü ve Mesleki Davranış Tüzüğü'nün 7. maddesinin (a) paragrafı tarafından sağlanmıştır. Bu hükümlerden ilk ikisinin tersine üçüncüsü doğrudan parlamento kaynaklı değil, Veteriner Hekimler Konseyi kaynaklıydı (bakınız, 11. ve 26. paragraflar). Bununla birlikte Sözleşmenin 10. maddesinin 2. paragrafı anlamında “kanun” olarak algılanmalıdır. Mesleki davranış alanında Veteriner Hekimler Konseyinin yetkisi, Federal Almanya Cumhuriyetinde diğer serbest mesleklerle birlikte veterinerlik mesleğinin geleneksel olarak sahip olduğu parlamentonun yetki vermesi sonucunda kural koyma yetkisinden kaynaklanmaktadır (bakınız, özellikle Federal Anayasa Mahkemesi tarafından verilmiş 9 Mayıs 1972 tarihli karar, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, cilt 33, sayfa 125-171). Bundan başka, bu yetki Devletin kontrolü altında ulusal yasamaya uyma konusunda özellikle kendine yeten Konsey tarafından kullanılan bir yetkidir ve Konsey mesleki davranış tüzüğünü onay için Eyalet Hükümetine sunmak zorundadır (1964 Kanununun 8(3) ve 18. bölümleri – bakınız, yukarıdaki 11. ve 26. paragraflar).

İlgili metinlere “ulaşım” konusu tartışma konusu olmamıştır. Öte yandan, başvuru şikayet edilen kararların öznel ya da nesnel olarak önceden sezilemeyeceğini iddia etmiştir. Dilekçesine göre ilgili kanunlar, müsaade edilen ve edilmeyen şeyler arasındaki ayırıcı çizgiyi veterinerlik mesleğinin her bir üyesine önceden bildirmek amacıyla, ifade özgürlüğünün sınırlarını yeterli açıklıkta belirlemediği; özellikle de 1909 Kanununun 1. bölümü son derece mühim terimlerle ifade edilmiştir.

Kanununun 1. bölümü, özellikle de “dürüst uygulamalar” ifadesi gerçekten de biraz kesin olmayan kelimeler kullanmaktadır. Böylece mahkemelere geniş bir takdir yetkisi vermektedir. Bununla birlikte Mahkeme, kanunların çerçevesini çizmede mutlak bir kesinlik elde etmenin imkansızlığını zaten tanıma fırsatına sahiptir (bakınız, yukarıda anılan Sunday Times Kararı, A serisi, no. 30, sayfa 31, paragraf 88). Bu tür düşünceler rekabetle ilgili 1909 Kanunu tarafından kullanılan ifade alanında, ilgili faktörlerin piyasada ve iletişim araçlarındaki gelişmelerle daimi bir evrim içinde olduğu bir konu olarak ikna edicidir. Nihayet, Hanseatic İstinaf Mahkemesi 24 Ocak 1980 kararını, 1909 Kanununun 1. bölümü ile daha açık ve daha detaylı hükümler olan Mesleksel Davranış Tüzüğü’nün 7. maddesinin (a) paragrafının birlikte uygulanmasına dayandırmıştır.

Komisyon önünde Dr. Barthold ayrıca iç hukuka uygunluğun bulunmadığını iddia etmiştir. İddiaları aşağıdaki gibidir. Hukuk Mahkemelerinin Mesleksel Davranış Tüzüğü’nü uygulamada yargı yetkileri yoktur; bu tüzüğün gereklerini yerine getirmeme otomatik olarak serbest mesleklere uygulanamayan 1909 Kanununun ihlali anlamına gelmemektedir; normal mahkemeler 7. maddenin (a) paragrafını mesleksel mahkemelerden farklı yorumlamışlardır ve nihayet Merkez Ajansı kendisini dava edemezdi.

Sözleşmenin 10. maddesinin 2. paragrafının amacı nedeniyle hiçbir müdahalenin “kanun tarafından öngörülen” olarak düşünülemez. Doğru olmakla birlikte, ona sebep olan bir karar ilgili iç hukukla uyum içerisinde olmadıkça, Sözleşme tarafından kurulan koruma sisteminin mantığı, bu vesileyle Mahkeme tarafından kullanılabilir inceleme gücü alanında sınırlarını belirlemektedir. En başta iç hukuku yorumlama ve uygulama ulusal otoritelere, özellikle de mahkemelere düşmektedir: Ulusal otoriteler, doğal olarak bu bağlamda ortaya çıkan konuları çözmek için özellikle yeterlidirler (bakınız, mutatis mutandis, 24 Ekim 1979 tarihli Winterwerp kararı, A serisi, no.46, sayfa 19-20, paragraf 43). Bu davada ileri sürülen kanıt 1909 Kanununa ya da Mesleksel Davranış Tüzüğü’ne herhangi bir açık şekilde uyulmamayı ortaya çıkarmamaktadır. Ayrıca, başvurucunun Mahkeme önünde vazgeçmediği iddiaları, Hamburg mahkemeleri ile anlaşmazlığından daha çok ortaya çıkmaktadır.

Özetle, şikayet edilen kararlar “kanunla öngörülmüştür”.

Müdahale 10. maddenin 2. paragrafına göre meşru bir amaca sahip midir?

Hükümet, söz konusu müdahalenin başvurucunun meslektaşları olan veterinerler hekimlerin ve bunların müşterilerinin yani diğer insanların olduğu kadar, insan “sağlığını” da korumaya hizmet ettiğini iddia etmiştir; ve ayrıca müdahale “moralin” korunmasını amaçlamıştır.

Dr. Barthold, tam tersine söz konusu müdahalenin kamu sağlığına potansiyel bir risk oluşturan bir durumu muhtemelen devam ettireceğini düşünmektedir. Komisyon ise, veteriner hekimlerin müşterilerinin haklarını korumada meşru bir amacın olduğunu bulmuştur.

Mahkeme, 24 Ocak 1980 tarihli kararda verilen sebeplere göre, bu davadaki son kararın veteriner hekimleri reklamdaki alıkoymayı gerektiren mesleksel davranış kuralı (bakınız, yukarıdaki 22 paragraf) ile uyum içerisinde davranmaya hazırlanmış meslektaşları üzerinde başvurucunun ticari bir avantaj sağlamasını engellemek amacıyla verildiğini not etmektedir. Hanseatic İstinaf Mahkemesi kararını “diğerlerinin haklarının” korunmasına dayandırmaktadır ve Sözleşmeye yabancı diğer amaçları izlediğine inanmak için herhangi bir sebep yoktur. 24 Ocak 1980 tarihli karar böylece, Sözleşmenin 10. maddesinin 2. paragrafındaki amaçlar nedeniyle kendi başına meşru bir amaca, yani söz konusu tedbirin “gerekliliği” amacına sahipti. Ayrıca diğer dayanaklar konusunda 10. maddenin 2. paragrafına göre, bu kararın haklı çıkarılabilir olup olmadığını araştırmaya gerek yoktu.

Bu müdahale “demokratik bir toplumda gerekli midir”?

Hükümet uygulanması gereken kısıtlamanın “demokratik bir toplumda gerekli” olduğunu düşünmüştür. İddiaları aşağıdaki gibi özetlenebilir: 24 Ocak 1980 tarihli karar tarafından

başvurucunun engellendiği beyanlar onun meslektaşları olan veteriner hekimleri karalamıştır ve kısmen de hatalıdır; bu beyanların aldığı şekiller ve yayımlandıkları baskı tipi nedenleriyle bu beyanlar objektif eleştiri sınırının ötesine gitmiş ve Mesleki Davranış Tüzüğü ile uyuşmayan reklama varmışlardır. Dr. Barthold, Hamburg Abendblatt'taki makalenin bizzat yazarı olmamasına rağmen, Hanseatic İstinaf Mahkemesi onu sorumlu tutmakta hatalı değildir.

Ayrıca, şikayet edilen yasaklama orantılılık ilkesi ile de uyum içerisindedir. Dar sınırlarla sınırlandırılarak bu yasaklama Dr. Barthold'u Hamburg'da gece veteriner servisi konusunda bir görüş açıklamaktan onu engellemiştir. Komisyon, böyle bir servis için zorunlu bir proje konusunda Hamburg halkının yararını abartmıştır. Beyanlar, yerel mahkemelerin yanlış davranışların vukuu zamanlarında elde bulunan özel şartların ışığı altında uygulayacağı “soyut tehdit”den daha fazlasına ulaşmayacağından, eğer başvuru yasaklanan beyanları tekrar ederse maruz kalma riski ile karşı karşıya kaldığı cezalar orantılılık ilkesi ile de çatışmamaktadır.

Nihayet, Hükümetin dilekçesine göre haksız rekabet alanında, Sözleşmeciler Devletler geniş bir takdir hakkı bulunmaktadır ve Sözleşmeciler Devletlerin yasal geleneklerine Sözleşme kurumları tarafından saygı gösterilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, ilgili Alman mevzuatı ile kıyaslanabilir hükümler Avrupa Konseyinin diğer üye ülkelerinde, uluslararası belgelerde ve Avrupa Birliği hukukunda bulunabilirdi.

Başvurucu aşağıdaki iddiaları ileri sürerek müdahalenin “gerekliliği”ne itiraz etmiştir. Beyanları reklam etkisinde değildi. Hanseatic İstinaf Mahkemesi basın ile ilişkilerinde ifadesini yönlendirdiği üzere, adının ve mesleki faaliyetlerini belirterek kamuoyuna fikirlerini yayması konusunun yasaklanması en başta ifade özgürlüğünü kısıtlamıştır. Bundan başka, demokratik bir toplumda, en azından başvuru davasında olduğu gibi veteriner hekimlerin kapsamlı bir biçimde reklam yapmalarını yasaklamak gerekli değildi.

Ayrıca, özellikle Veteriner Hekimler Konseyinin hayvan sahiplerinin gece servisi ile ilgili ihtiyaçları olabilecek bilgiyi hayvan sahiplerine sunmamamsı nedeniyle kendisine uygulanan karar, hayvan sahiplerinin meşru çıkarlarını zedeleyebilecekti. 24 Ocak 1980 kararının etkisi, gazetecileri aldıkları bilgilerin doğruluğunu yetkili bir kişi ile birlikte kontrol etmekten veya ortaya çıkarmaktan ve böylesi bir bilginin kaynağını açıklamaktan yasaklamak ve böylece basılan beyanların güvenilirliğini olumsuz olarak etkilemekti. Bu nedenle karar; doğrudan ya da dolaylı olarak, “demokratik toplum”un amaçlarından birine aykırı bir sonuç olan basının görevini zorlaştırmaktan ve okuyuculara sunulan bilgilerin miktarını düşürmekten sorumluydu. Başvurucu her ne kadar mesleki dergilerde görüşlerini ifade etmede serbest ise de, bu Hamburg'da 200000 hayvan sahibi ailenin bilgilendirilebilmesi için yetersizdi.

Komisyonun mütealasında, Hamburger Abendblatt'daki makale genel bir ilgi alanı konusu ile ilgiliydi. Dr. Barthold'un reklam amaçlı olarak makaleyi kullanmaya niyetli olduğuna ilişkin herhangi bir belirti yoktu. Kendi işiyle ilgili değişik gerçekleri ve kimliğini açıklaması ifade özgürlüğünün kullanımının temel bir ögesi oluşturmaktaydı. Komisyon ayrıca, iç mahkemelerin başvuru konusunun almasını istediği tedbirlerin, demokratik bir toplumda gerekli olarak kabul edilemeyeceğini düşünmektedir. Özetle, bu koşullarda orantılılık ilkesine uyulmamıştır.

Mahkemenin içtihatlarında, Sözleşmenin 10. maddesinin 2. paragrafı anlamı içinde “gerekli” sıfatı “vazgeçilemez” ile eşanlamlı olmadığı gibi, “kabul edilebilir”, “olağan”, “faydalı”, “makul”, veya “istenebilir” ifadelerindeki esnekliğe de sahip olmadığı, daha ziyade “acil bir sosyal ihtiyaç” anlamına geldiği belirtilmişti. Sözleşmeye taraf olan Devletler bu noktada takdir hakkına sahiptirler, ancak bu takdir hakkı koşullara bağlı olarak az ya da çok olan Avrupa denetimi ile el ele gitmektedir; söz konusu müdahalenin böyle bir ihtiyaca karşılık gelip gelmediği, müdahalenin meşru amaç ile orantılı olup olmadığı ve onu haklı çıkarmak için ulusal otoriteler tarafından belirtilen sebeplerin “konu ile ilgili ve yeterli” olup olmadığı ile



ulaşmamaktadır. Hanseatic İstinaf Mahkemesine g3re, ticari rekabet amaçlarıyla hareket etme niyeti başka saikler tarafından tamamen 3st3n gelinmedike ticari amaçlarla hareket etme niyeti olarak kalmaktadır("nicht v3llig hinter sonstigen Beweggr3nden verschwindet" – bakınız, yukarıdaki 22 paragraf). Serbest mesleklerde ilan ve reklam yapma konusuna yaklaşımdaki bu kadar sıkı bir 3l3t, ifade 3zg3rl3g3 ile uyumlu değildir. Eğer, en k33k bir ihtimal varsa serbest meslek 3yelerinin s3zleri belli bir dereceye kadar reklam etkisini gerektirmesi olarak algılanarak, yukarıdaki sıkı 3l3t serbest meslek 3yelerini toplum hayatını etkileyen konularda kamuoyu tartışmalarına katkıda bulunmaktan vazgeçmelerini teşvik eder. Aynı biçimde, b3ylesı bir 3l3t3n uygulanması, bilgi tedarikiliği ve kamuoyu beķilięi g3revinin ifasında basını engellemeden de sorumludur.

Sonuç olarak, şikayet edilen kararlar izlenen meşru amaçlarla orantılı değildir ve b3ylece S3zleşmenin 10. maddesini ihlaline sebep olma sonucunu doğurarak "başkalarının haklarının korunması için" "demokratik bir toplumda gerekli" değildir.

## II. 11. MADDENİN İHLALİ İDDİASI

Dr. Barthold 21 şubat 1984 tarihli dilekçesinde ek olarak 11. maddenin ihlal edildiğini iddia etmiştir. 11. madde ř3yledir:

"1. Herkes barışçı amaçlarla toplantılar yapmak, dernek kurmak, ayrıca çıkarlarını korumak için başkalarıyla birlikte sendikalar kurmak ve bunlara katılmak haklarına sahiptir.

Bu hakların kullanılması, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler niteliğinde olarak ulusal g3venlik, kamu g3venliği, barış ve d3zenin sağlanması ve suç işlemenin 3nlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve 3zg3rl3klerinin korunması amaçlarıyla ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu madde, bu hakların kullanılmasında silahlı kuvvetler ve g3venlik g3leriyle devletin idare mekanizmasında g3revli olanlar hakkında yasal sınırlamalar konmasına engel değildir."

İtirazı, ifade 3zg3rl3g3 konusunda yerel mahkemeler tarafından konulan kısıtlamalara karşı değil, ancak Veteriner Hekimler Konseyinin 3yesi olması için yasal zorunluluğa karşıydı. Bu zorunluluğun 3rg3tlenme 3zg3rl3g3 ile uyum içerisinde olmadığını d3ř3nmekteydi.

Başvurucu, 23 Ekim 1984 tarihindeki duruşmada bu soruna açık bir biçimde geri d3nmemiştir. Zaten bu başlık altındaki şikayet, Mahkeme tarafından halihazırda incelenen iddia ile aynı temele sahip değildir; bu iddianın desteklenmesinde ileri s3r3len iddia veya ek bir yasal sunuşla aynı ağırlıkta değildir. S3zleşme h3k3mleriyle (27. maddenin 2. paragrafı) ilişkisiz olarak Komisyon tarafından kabul edilemez bulunan bu iddia, Mahkemeye havale edilen davanın sınırının dışına d3şmektedir (bakınız, diğer otoritelerin yanında, 23 Haziran 1981 tarihli Le Compte, Van Leuven ve De Meyere kararı, A serisi, no. 43, sayfa 18, paragraf 38).

## III. 50. MADDENİN UYGULANMASI

21 şubat 1984 tarihli dilekçesinde Dr. Barthold, bu davada 50 maddenin uygulanmasıyla ilgili olarak bazı g3r3şler ileri s3r3m3řt3r. Ancak 23 Ekim 1984 tarihli duruşmada avukatı Mahkemede bu sorunun ayrılmasını istemiştir.

H3k3met, Komisyon tarafından ileri s3r3lmeyen 3zel iddiaların bulunmaması nedeniyle konu hakkında herhangi bir şey belirtmeyi teklif etmediklerini ifade etmişlerdir.

Bu nedenle bu ihtilaf karar vermek için hazır değildir. B3ylece konuyu ayırmak ve davalı Devlet ve başvurucu arasında bir anlaşma ihtimalini g3z 3n3ne alarak bundan sonraki işlemi belirlemek gereklidir (Mahkeme İ T3z3ę3n3n 53. maddesi, 1 ve 4. paragrafları).

**BU NEDENLERLE MAHKEME**

İkiye karşı beş oyla 10. maddenin ihlalinin bulunduğuna karar vermiştir;

Oybirliği ile başvurucunun 11. maddeye göre şikayetini karşılamada yargılama yetkisinin olmadığına karar vermiştir;

Oybirliği ile 50. maddeyi uygulamayla ilgili ihtilafın karar vermek için hazır olmadığına karar vermiştir;

Böylece,

anılan ihtilafi ayırmıştır;

başvurucuyu, sözkonusu ihtilaf konusunda yazılı görüşlerini gelecek iki ay içerisinde sunmaya ve özellikle de kendisi ve Hükümet arasında ulaşılan herhangi bir anlaşmadan Mahkemeyi haberdar etmeye davet etmektedir;

daha sonraki işlemleri ayırmakta ve ihtiyaç olduğunda aynı şeyi belirleme konusunda Daire Başkanına yetki vermektedir.

İngilizce ve Fransızca olarak hazırlanmış ve 25 Mart 1985 tarihinde Strazburg'daki İnsan Hakları Binasındaki halka açık duruşmada açıklanmıştır.

İmza: Gérard WIARDA  
Başkan

İmza: Marc-André EISSEN  
Yazı İşleri Müdürü

Aşağıdaki hakimlerin ayrışık oyları Sözleşmenin 51. maddesinin 2. paragrafı ve Mahkeme İçtüzüğü'nün 52. maddesinin 2. paragrafına göre bu karara eklenmiştir:

- Sayın Thór Vilhjálmsson ve  
Bayan Bindschedler-Robert'in ayrışık oyları

-Sayın Pettiti'nin Mahkemenin gerekçesine katılmama şeklindeki ayrışık oyu.

G.W.

M.-A.E.

#### HAKİMLER THÓR VILHJÁLMSSON ve BINDSCHEDLER-ROBERT'İN AZLIK OYU

Bu davanın olayları önemsizlik sınırında kalmakla birlikte, Mahkemenin ifade özgürlüğü ile ilgili bir müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığı ile ilgili olarak hiç de kolay olmayan bir değerlendirme yapmasını gerektirmektedir. Bu değerlendirmede Dairenin çoğunluk kararına katılmayarak, ihlal bulunmasına karşı oy kullanıyoruz. Bu ilgili noktada çoğunluk kararın 58. maddesinde görüşünü ortaya koymuştur. Bizim görüşlerimiz ise aşağıdaki gibi belirtilebilir.

Bu davayı doğuran gazete haberi ve Mahkemenin faaliyetleri kararda açıklanmıştır. 18. paragraftan da anlaşılacağı gibi 15 Eylül 1978 tarihinde verilen ara kararı çok özeldi. Başvurucu belirli kamuoyu açıklamalarını yapmaktan engellenmişti. Ancak, karar onun kendi kentinde bulunan veterinerlik hizmetlerini ilgilendiren konularda beyanname vermesini veya kamuoyu tartışmalarına katkıda bulunmasını

engellememişti. Buna, Alman Mahkemelerinin kararlarının mesleksi davranış ve haksız rekabet konularındaki kurallara dayandığı da eklenmelidir. Serbest meslek üyeleri tarafından ilan ve reklam yapılması konusundaki kısıtlamalar Sözleşmeye taraf olan Devletlerde iyi bilinmekle beraber, bu iki kategorideki kuralların birleşik olarak uygulanması genel bir uygulama değildir.

Başvurucunun ifade özgürlüğüne müdahalenin Sözleşmenin 10. maddesinin 2.paragrafı amaçlarıyla “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığını belirlemede, bu davanın özel gerçekleri ile ilgili aşağıdaki kısa açıklamalar akılda tutulmalıdır. Mahkeme zaten daha önceki kararlarında, bu probleme nasıl yaklaşılması gerektiği ile ilgili ilkeleri açıklamıştır bakınız, özellikle 7 Aralık 1976 tarihli Handyside kararı, A serisi, no. 24, sayfa 22-24, paragraf 48-50 ve 26 Nisan 1979 tarihli Sunday Times kararı, A serisi, no.30, sayfa 35-38, paragraf 58-62). Ayrıca, bizim de dahil olduğumuz dokuz hakim tarafından ifade edilen bir sonraki davadaki azlık oyuna da atıf yapmaktayız (paragraf 7-8).

Mahkemenin süregelen içtihatlarına göre, gerekliliğin başlangıçtaki değerlendirilmesini yapmak ulusal otoritelere aittir. Bununla ilgili olarak Sözleşmeciler Devletler bir takdir yetkisine sahiptirler. Takdir iyi niyet içerisinde çok dikkatle ve makul bir tarzda yapılmalıdır. Görüşümüze göre, başvurucunun davasında bunun böyle olduğu konusunda hiç şüphe yoktur. Mahkemenin denetim rolü ile ilgili olarak bunun tespiti için esas problem, Alman mahkemelerinin kararlarının gözetilen meşru amaçla orantılı olup olmadığıdır. Söz konusu makalenin yalnızca reklam yapmaya hasredilmemiş olma ve hatta yazarının görünürde bir amaç olarak reklamının bulunmaması gerçeği bu sonucu değiştirmemektedir. Alman mahkemeleri, reklama benzer bir etki yapan makalenin bu yönlerini dikkate alarak kesinlikle mantıksız olarak hareket etmiyorlardı. Kısıtlamaların sınırlı alanını dikkate alarak, orantılılık ilkesinin aşılmadığını düşünmekteyiz. Böylece, bu davada 10. maddenin ihlal edildiğini bulamamaktayız.

## HAKİM PETTIT'İNİN GEREKÇEYE KATILMAMA YOLUNDAKİ AZLIK OYU

(Çeviri)

Avrupa Sözleşmesinin 10. maddesinin ihlalinin bulunduğu yolundaki çoğunluk kararına katıldım ve şikayet edilen müdahalenin izlenen meşru amacın gereklerinin ötesine gittiğini ve Hanseatic İstinaf Mahkemesi tarafından uygulanan ölçütün ifade özgürlüğü ile uyum içinde olmadığına karar veren gerekçelerle (55 paragraflarda ve kararın devamında) ilgili çoğunluğun analizlerini paylaşmaktayım.

Bununla birlikte Mahkememizin kararının, ticari reklam konusuna yaklaşımın başvuru tarafından da ileri sürüldüğü kadar ifade özgürlüğü ile ilgili olarak daha açık olabileceğine inanmaktayım.

Benim görüşüme göre Komisyon doğru olarak, Dr. Barthold’a karşı şikayetin sebebi olan mülakatın reklam etkisine dikkati çekmiştir.

Şüphesiz ki Mahkeme kararının 39. paragrafı yalnız başına, özellikle de 42,43, 51, 55. ve devamı paragraflarından ayrı olarak ele alınmaz.



Mahkeme belki de yapması zorunlu olmasa bile gerekçelerini birazcık ileriye götürebilir ve böylece müdahale ve ifade özgürlüğü arasında, fikirlerin ve bilgilerin iletimi ve ticari konuşma arasındaki ilişkilerle ilgili yaklaşımını daha doyurucu bir ifade ile belirtebilirdi.

Bu iki yönün ayıramayacak kadar derinlemesine bağlı olduğu düşünüldüğü derecede, Barthold kararı, ifade özgürlüğü ile ilgili yasal metinlere yansıyan harekete ve yayın ve iletişim dünyasında ifade özgürlüğünün içeriğine ve gelişmesine daha fazla katkıda bulunur.

## Beşinci Bölüm

Lingens /Avusturya Davası

Lingens davasında\*,

Yazı İşleri Müdürlüğü Notu: Davanın numarası 12/1984/84/131'dir. İkinci sıradaki rakam, davanın Mahkemeye gönderildiği tarihi, ilk rakam ise bu yılda mahkemeye gönderilen davalar listesinde mevcut davanın sırasını gösterir. Son iki rakam ise sırasıyla davalar listesinde davanın sırasını ve kuruluşundan bu yana Mahkemeye gönderilen davalar arasında (Komisyona) yapılan ilk başvuruların numarasını gösterir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yaptığı genel toplantıda Mahkeme İcrazününün 50. kuralı uyarınca kararını vermiş ve toplantıya şu yargıçlar katılmıştır:

Bay R. Ryssdal, Başkan,  
Bay W. Ganshof van der Meersch,  
Bay J. Cremona,  
Bay G. Wiarda,  
Bay Thór Vilhjálmsson,  
Bayan D. Bindschedler-Robert,  
Bay G. Lagergren,  
Bay F. Gölcüklü,  
Bay F. Matscher,  
Bay J. Pinheiro Farinha,  
Bay L.-E. Pettiti,  
Bay B. Walsh,  
Sir Vincent Evans,  
Bay R. Macdonald,  
Bay C. Russo,  
Bay R. Bernhardt,  
Bay J. Gersing,  
Bay A. Spielmann,

Yargıçların yanı sıra Yazı İşleri Müdürü M-A Eissen ve Yardımcısı Bay H. Pedzold'un katılımıyla 27 Kasım 1985 ve 23-24 Haziran 1986 tarihlerinde yaptığı kapalı oturumlarda, en son değinilen tarihte benimsenen aşağıdaki kararı vermiştir:

### İZLENEN YÖNTEM

1. Mevcut dava İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına Dair Sözleşmenin ( "Sözleşme" ) 32. maddesi birinci fıkrası ile 47. maddesinde belirtilen üç aylık süre içinde, 13 Aralık 1984 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (Komisyon) ve daha sonra 28 Ocak 1985 tarihinde Avusturya Cumhuriyeti Federal Hükümeti (Hükümet) tarafından Mahkememize gönderilmiştir. Dava, Avusturya Hükümetine karşı Avusturya vatandaşı olan Bay Peter Michael Lingens tarafından Sözleşmenin 25. maddesi hükümleri uyarınca Komisyona 19 Nisan 1982 tarihinde verilen 9815/82 numaralı dilekçe ile açılmıştır.

Komisyon davayı Mahkemeye gönderirken Sözleşmenin 44. ve 48. maddelerine ve Mahkemenin zorunlu yargılama yetkisinin Avusturya Cumhuriyeti Hükümeti tarafından tanındığına (46. maddeye göre); Hükümetin başvurusu ise Sözleşmenin 48. maddesine atıfta bulunmuştur. Her ikisinin de amacı, açılan davada belirtilen olayların, ilgili Devletin Sözleşmenin 10. maddesine göre üstlendiği yükümlülükleri ihlal edip etmediğine dair bir karar elde etmektir.



Mahkeme heyeti Hükümet adına Bay Türk'ü, Komisyon adına Bay Schermers'i, başvuran adına Bay Masser'i ve başvuru sahibi Bay Lingens'in kendisini ve aynı zamanda adı geçen şahısların sorulan sorulara verdikleri cevapları dinledi.

6 Aralık 1985 ve 17 Mart 1986'da Bay Masser, Başkanın isteği üzerine, başvuranın adil tatmin talebine ilişkin ek bilgiler veren birkaç belgeyi Yazı İşleri Müdürlüğüne verdi. Hükümet buna 18 Mart 1986 tarihinde cevap verdi.

#### DAVA İLE İLGİLİ OLGULAR

8. 1931 doğumlu Avusturya'lı bir gazeteci olan Bay Lingens, Viyana'da ikamet eder ve Profil dergisinin editörüdür.

#### I. Başvuranın yazdığı makaleler ve bu makalelerin yazıldığı ortam

9. Ekim 1975'de, Avusturya genel seçimlerinden dört gün sonra, bir televizyon mülakatı esnasında, Bay Simon Wiesenthal (Musevi Dokümantasyon Merkezi Başkanı), Bay Friedrich Peter'i (Avusturya Liberal Partisi -Freiheitliche Partei Österreichs- Başkanı) İkinci Dünya Savaşında SS piyade tugayında görev yapmakla suçladı. Bu birim birkaç olayda, Rusya'da, Alman hattının gerisinde yaşayan sivilleri katletti. Bay Peter adı geçen birimin bir üyesi olduğunu inkar etmedi, fakat bu birimin işlediği vahşete asla karışmadığını ifade etti. Daha sonra Bay Wiesenthal bu tür bir iddiada bulunmadığını söyledi.

10. Ertesi gün, Bay Bruno Kreisky'e (emekli Başbakan ve Avusturya Sosyalist Partisi - Sozialistische Partei Österreichs – Başkanı) televizyonda bu suçlamalara ilişkin sorular yöneltildi.

Televizyon röportajından hemen önce Bay Bruno, Bay Peter'le Federal Başbakanlıkta buluştu. Onların buluşması yeni bir hükümet kurma niyetiyle iki parti başkanları arasında yapılan normal bir görüşmeydi; görüşme kamuoyunda büyük bir ilgi uyandırdı, çünkü 5 Ekim seçimlerinden önce Kreisky-Peter koalisyon hükümeti ihtimalinin propagandası yapılmıştı.

Röportajda Bay Kreisky böyle bir koalisyon olasılığını kabul etmedi, çünkü partisi mutlak çoğunluğu kazanmıştı. Fakat, o Bay Peter'i canı gönülden destekledi ve Bay Wiesenthal'in organizasyonunu "siyasal mafya"; faaliyetlerini de "mafya metotları" olarak adlandırdı. Benzeri yorumlar ertesi gün Bay Kreisky'nin röportaj yaptığı bir Viyana günlük gazetesinde nakledildi.

11. Bu zamanda, başvuran Viyana'da yayınlanan Profil adlı dergide iki makale yayınladı.

12. İlki 14 Ekim 1975 tarihinde "Peter Olayı" ("Der Fall Peter") başlığı altında yayınlandı. Makalede yukarıdaki olaylarla ve özellikle de birinci SS piyade birliği ile ilgiliydi; makale, o bölükte çarpışan kişilere karşı Graz'da açılan (ve sonra düşen) ceza davalarında Bay Peter'in rolüne de dikkati çekti. Makale, her ne kadar suç işlediği kesinleşmediği sürece masumiyetin devamı ilkesinden faydalansa da, yine de Bay Peter'in geçmişinin onu Avusturya'da bir politikacı olarak hizmet etmesini kabul edilemez kıldığı sonucunu çıkardı. Başvuran, Bay Peter'i ve diğer eski SS üyelerini siyasi sebepler için korumakla suçladığı Bay Kreisky'nin davranışını eleştirmeye devam etti. Bay Kreisky'nin Bay Wiesenthal'ı eleştirileri hususunda, başvuran "onlar bir başkası tarafından yapılmış olsaydı bu muhtemelen en adi fırsatçılık olarak tarif edilebilirdi" ("Bei einem anderen würde man es wahrscheinlich übelsten Opportunismus nennen"), diye yazdı, fakat bu şartlarda durumun daha karmaşık olduğunu çünkü Bay Kreisky'nin kendi söylediğine inandığını ekledi.

13. İkinci makale, 21 Ekim 1975'de yayınlandı, "Nazilerle barışma, fakat Nasıl?" ("Versöhnung mit den Nazis - aber wie?") başlığını taşıyordu. Bu birkaç sayfalık bir yazıydı ve bir giriş ile altı bölümden oluşmaktaydı: "Hala" veya "Zaten", "Biz hepimiz masumuz", "Savunmasız insanları öldürmek gereklimiydi?", "Niçin bu hala tartışma konusudur?", "Helbich ve Peter" ve "Siyasi açıdan cahillik".

14. Giriş bölümünde Bay Lingens olanları hatırlattı ve Bay Kreisky'nin sözlerinin kamuoyu







Bay Lingens'e isnat edilen fiillerin hukuki açıdan tarifi ile ilgili olarak, Bölge Mahkemesi 26 Mart 1979 tarihli kararını teyit etti.

Mahkeme, verdiği kararın haklılığını savunurken, davalının “en adi fırsatçılık” ifadesinin doğruluğunu ispatlamak için hiç bir delil sunmadığını teyit etti. “Ahlaka aykırı” ve “vakarsız” ifadelerine ilişkin, Bay Lingens'in sunduğu delil Bay Wiesenthal'e karşı yapılan Nazilerle işbirliği iddialarına tamamen bağlıydı. Fakat sunulan deliller dava ile alakalı değildi, çünkü Bay Kreisky beyanlarını söz konusu makalelerin yayınından sonra yapmıştı.

Bu ifadelerin Başbakanın diğer davranış ve tavırlarına yöneltildiği konusunda Bölge Mahkemesi önceki bulgularını değiştirmeden tekrarladı. Bay Lingens'in eleştirilerinin Bay Kreisky'nin Bay Wiesenthal'a yönelik eleştirilerinin çok ötesine gittiğini düşündü. Bay Kreisky'nin başvuruları dava edebilmesi fakat kendisinin Bay Wiesenthal tarafından hakaret suçlaması ile dava edememesi durumu, yasama dokunulmazlığına ilişkin mevcut kanuni düzenleme sebebiyle idi. Beyanın doğruluğunu ispatlama külfeti de kanun gereği idi ve bu ispatı kolaylaştırmak mahkemenin değil, fakat kanun yapıcının görevidir. Bazı politikacılarda görülen tolerans eksikliği ve dava açma eğiliminden Bölge Mahkemesi sorumlu değildi.

Bu nedenle Mahkeme ilk kararında olduğu gibi aynı cezayı verdi (yukarıdaki 21. paragrafa bakınız).

## 2. Temyiz Mahkemesine Yapılan Başvurular

27. Her iki taraf Viyana Temyiz Mahkemesine tekrar başvurdu ve bu Mahkeme kararını 29 Ekim 1981 tarihinde verdi. Mahkeme verilen para cezasını 15.000 Şiline indirdi, fakat diğer bütün hususlarda Bölge Mahkemesinin kararını teyit etti.
28. Bay Kreisky özel hayat ve siyasi hayat için farklı kriterler uygulandığı beyanına itiraz etti. Ünlülerinin korunması konusunda hem politikacılara ve hem de özel şahıslara aynı muamelenin gösterilmesi gerektiği görüşünü savundu.

Fakat Temyiz Mahkemesi, Ceza Kanununun 111. maddesinin sadece bir kişinin sosyal çevresinde gördüğü saygıya uygulandığına işaret etti. Politikacılar için bu sosyal çevre, kamuoyu idi. Yine de tecrübeler göstermekteydi ki, siyasi tartışmalarda hakaretin sıkça kullanılması (sık sık yasama dokunulmazlığı kisvesi altında), siyasi beyanların özel hayatla ilgili olanlarla aynı kriterler kullanılarak değerlendirilemeyeceği izlenimini vermişti. Dolayısıyla politikacılar daha fazla tolerans göstermelidirler. Genel kural olarak, siyasi tartışmalarda dile getirilen eleştiriler kişinin özel hayatına dokunmadığı müddetçe onun ününü etkilemezdi. Mevcut davada, “siyasi hayatın asgari gerekliliği” ve “çirkinlik” ifadelerinde özel hayata yönelik bir eleştiri yoktu. Dolayısıyla Bay Kreisky'nin başvurusu reddedildi.

29. Temyiz Mahkemesi daha sonra Bay Lingens'in temyiz isteğinin dayanaklarını inceledi ve ilk olarak, Bay Kreisky'nin hangi sıfatla Bay Lingens'in eleştirilerine maruz kaldığına karar vermek için ilk yargılamada sunulan delilleri inceledi. Bu mahkeme de, Bay Kreisky'nin hem bir parti lideri ve hem de özel bir şahıs sıfatıyla eleştirildiğine karar verdi.

“En adi fırsatçılık” ifadesi, isnat edilen şahsın ahlaki değerleri tam anlamıyla hiçe sayan özel bir amaçla hareket ediyor olduğu anlamına gelmekteydi ve bu nedenle de Bay Kreisky'nin onuruna saldırı niteliğindedir. “Onlar bir başkası tarafından yapılmış olsaydı” (yukarıda 12. paragrafa bakınız) ifadesinin kullanılması, eleştirinin geri alınması olarak anlaşılamazdı. Davalı bu ifadenin doğruluğunu ispatlayamadığı için, ilk derece mahkemesi onu bir cürümden suçlu bulmakta haklıydı.

Başvuran, “ahlaka aykırı” ve “vakarsız” ifadelerinin Bay Kreisky'nin davranış tarzına ilişkin kendisinin şahsi kanaati olduğu ve bunu ifade etmenin kendi hakkı olduğu, çünkü Sözleşmenin 10. maddesi ile güvence altına alınan ifade özgürlüğünün kullanılması sonucu ifade edilen bir yargı niteliği taşıdığı görüşündeydi. Temyiz Mahkemesi bu argümanı kabul etmedi; Mahkeme, Avusturya yasalarının kişiye değer yargılarını sınırsız bir tarzda formüle etme hakkı vermediğine ve 10. maddenin, diğerleri yanında, başkalarının saygınlığını korumak için kanunla sınırlamalar



yapılan en son değerlendirme için bakınız, Barthold kararı, 25 Mart 1985, Series A no. 90, p. 21, para. 43).

36. İlk iki hususa ilişkin olarak Mahkeme, söz konusu mahkumiyetin şüphe götürmez biçimde Avusturya Ceza kanununu 111. maddesine dayandığı konusunda Komisyon ve Hükümet ile aynı fikirdedir (yukarıda 21. paragrafa bakınız). Dahası, kanunun bu maddesi “başkalarının saygınlığını ve haklarını” korumak için tasarlanmıştı; bu hükmün başka bir amacı olduğunu varsaymak için hiç bir neden yoktur (Sözleşmenin 18. maddesine bakınız). Bu nedenle mahkumiyet “kanunla öngörülmişti” ve Sözleşmenin 10. maddesi 2. fıkrasında belirtildiği şekilde meşru bir amaç gütmekteydi.
37. Hükümet ve başvuran, Komisyona sundukları raporlarında, yukarıda bahsedilen amacı gerçekleştirmek için yapılan müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığı sorusu üzerinde yoğunlaştılar.

Başvuran, siyasi konular hakkında yazan bir gazeteci olarak çoğulcu bir toplumda yerine getirdiği görevi gündeme getirdi; bu sıfatı taşınması nedeniyle o, Bay Kreisky'nin Bay Wiesenthal'e yönelik suçlamalarına ilişkin fikirlerini açıklamının kendisinin bir görevi olduğunu düşündü (yukarıda 10. paragrafa bakınız). Komisyon gibi o da, muhaliflerini eleştirmeyi alışkanlık edinen bir politikacının, diğer insanlara kıyasla daha şiddetli eleştiriyi kabullenmeliydi.

Hükümet, ifade özgürlüğünün, ulusal mahkemeleri takdir haklarını kullanmaktan ve siyasi tartışmaların kişisel hakaretlere dönüşmemesini sağlamak için gerekli gördükleri kararları vermekten alıkoymayacağını savunmasında bildirdi. Bu savunmada Bay Lingens'in kullandığı bazı ifadelerin (yukarıda 12. ve 15. paragraflara bakınız) kanuni sınırları aştığı iddia edildi. Bundan başka, başvuran önceden hiç bir sansür uygulanmaksızın fikirlerini kamuoyuna açıklayabilmişti; dolayısıyla sonradan ona verilen ceza ile güdülen kanuni amaç birbirleri ile orantısız değildi.

İlaveten, Hükümet bu davada Sözleşme ile korunan iki hak -ifade özgürlüğü (10. madde) ve özel hayata saygı hakkı (8. madde)- arasında bir çatışma olduğunu iddia etti. Komisyonun bu haklardan birincisine ilişkin benimsediği oldukça geniş yorumun, ikinci hakkın korunmasına duyulan ihtiyacı karşılamak için gerekli önlemleri almaya müsamaha göstermediği belirtildi.

38. En son değinilen konuda Mahkeme, Bay Lingens aleyhine söylenenlerin, Bay Kreisky tarafından Bay Wiesenthal'a yöneltilen kimi aleni kınamalar (yukarıda 10. paragrafa bakınız) ve Bay Kreisky'nin bir politikacı olarak Nasyonel Sosyalizm ve eski Nazilere karşı olan tavrı ile ilgili olduğunu belirtir (yukarıda 14. paragrafa bakınız). Bu nedenle, bu meselede 10. maddeyi 8. madde ile birlikte yorumlamaya ihtiyaç yoktur.
39. 10. maddenin 2. fıkrasında yer aldığı şekilde “gerekli” sıfatı “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın” varlığı anlamına gelir (bakınız, yukarıda değinilen Barthold kararı, Series A no. 90, ss. 24-25, para. 55). Sözleşmeciler Devletler böyle bir gerekliliğe ihtiyaç olup olmadığını değerlendirirken belli ölçüde takdir marjına [değerlendirme serbestisine] sahiptir. Fakat bu serbestinin kullanımı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin gözetimi altında gerçekleştirilir; bu denetimin kapsamına hem ulusal mevzuat ve hem de bağımsız mahkemeler tarafından verilmiş bile olsa bu mevzuatı uygulayan kararlar girer. (bakınız, 26 Nisan 1979 tarihli Sunday Times kararı, Series A no. 30, s. 36, para. 59). Bu nedenle, bir “kısıtlama” ya da “cezanın” 10. maddenin koruması altındaki ifade özgürlüğü ile uyuyup uyuyamadığına ilişkin son kararı vermek Mahkemenin yetkisindedir (ibid.).
40. Mahkeme, denetim yetkisini kullanırken kendini sadece itiraz edilen mahkeme kararlarını değerlendirmekle sınırlayamaz; başvuran aleyhine kullanılan makaleler ve bu makalelerin yazıldığı ortam dahil olmak üzere davaya bir bütün olarak bakmakla yükümlüdür (bakınız, mutatis mutandis, 7 Aralık 1976 tarihli Handyside kararı, Series A no. 24, s. 23, para. 50). Mahkeme söz konusu olan müdahalenin “güdülen meşru amaç ile orantılı” olup olmadığını ve Avusturya mahkemelerinin bu müdahaleyi haklı çıkarmak için ileri sürdüğü sebeplerin “maksada uygun ve yeterli” olup olmadığını belirlemek zorundadır (bakınız, yukarıda değinilen Barthold kararı, Series A no. 90, s. 25, para. 55).

41. Bu münasebetle Mahkeme ifade özgürlüğünün, Sözleşmenin 10. maddesi 2. fıkrasında güvence altına alındığı şekilde, demokratik bir toplumun en önemli temellerinden birini oluşturduğunu;

demokratik toplumun gelişmesi ve her bireyin kendi kişiliğini gerçekleştirmesinin temel koşulu olduğunu hatırlatır. İfade özgürlüğü, 10. maddenin ikinci fıkrası sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen “haber” ve “düşünceler”e değil, aynı zamanda aleyhte olan, çarpıcı gelen veya rahatsız eden “haber” ve “düşünceler”e de uygulanır. Bunlar, “demokratik toplumun” olmazsa olmaz unsurları olan çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin gerekleridir. (bakınız, yukarıda değinilen Handyside kararı, Series A no. 24, s. 23, para. 49).

Bu ilkeler basın söz konusu olunca özel bir öneme sahiptir. Basın, diğerleri yanında, “başkalarının saygınlığını korumak” için konulan sınırları aşmamakla yükümlü olmakla birlikte, yine de halkı ilgilendiren diğer alanlarda olduğu gibi siyasi meseleler hakkında bilgi ve fikirleri de iletmekte yükümlüdür. Basının görevi sadece bu tür bilgi ve fikirleri iletmekte sınırlı değildir; halk da onları alma hakkına sahiptir (bakınız, mutatis mutandis, yukarıda değinilen Sunday Times kararı, Series A no. 30, s. 40, para. 65). Bu münasebetle Mahkeme, Viyana Temyiz Mahkemesinin kararında ifade edilen, basının görevi bilgiyi vermektir ve bilginin yorumu okuyucuya bırakılmalıdır, anlamına gelen görüşü kabul edemez (yukarıda 29. paragrafa bakınız).

42. Basın özgürlüğü, bu fonksiyonundan başka, siyasi liderlerin fikirlerini ve meydana çıkarmalarını ve onların düşünce ve davranışları hakkında halkın bir kanaat sahibi olmalarını sağlayan en iyi araçlardan biridir. Daha genel bir ifadeyle, Sözleşme boyunca ön plana çıkan demokratik toplum kavramının özünü siyasi tartışma özgürlüğü teşkil eder.

Bu nedenle, kabul edilebilir eleştirinin sınırları, özel kişilere nazaran politikacılar için daha geniştir. Özel kişilerin aksine politikacılar kaçınılmaz olarak ve bilerek her sözünü ve fiilini hem gazeteciler ve hem de halk kitlesinin yakın tetkikine açarlar ve sonuç olarak daha fazla tolerans göstermek zorundadırlar. Şüphesiz 10. maddenin 2. fıkrası başkalarının -diğer bir ifadeyle bütün şahısların- itibarının korunmasını gerektirir ve bu koruma politikacıları da içine alır -onlar özel şahıs olma sıfatları ile hareket etmedikleri durumlarda bile bu korumadan yararlanırlar-, fakat böyle durumlarda bu korumanın gerekleri ile siyasi meselelerin alenen tartışılmasının yararları karşılaştırılarak değerlendirme yapılmalıdır.

43. Başvuran, Viyana dergisi Profil’de 14 ve 21 Ekim 1975’de zamanın Başbakanı Bay Kreisky hakkında yayınlanan iki makalede kullandığı bazı ifadeler (“en adi fırsatçılık”, “ahlaka aykırı” ve “vakarsız”) nedeniyle suçlu bulundu (yukarıda 12-19. paragraflara bakınız). Makaleler genel olarak Avusturyalıların ve özellikle Başbakanın Nasyonel Sosyalizm ve eski Nazilerin ülke yönetimine katılımlarına ilişkili pek çok ateşli tartışmalara sebep olan kamuoyunun ilgilendiği siyasi meseleleri ele almaktaydı. Makalelerin içeriği ve anlatım biçimi genelde oldukça dengeliydi, fakat özellikle daha önce değinilen ifadelerin kullanılması Bay Kreisky’nin itibarına zarar verebilir nitelikte gözüktü.

Bununla birlikte, dava Bay Kreisky’nin politikacı olma sıfatıyla ilgili olduğu için, bu makalelerin yazıldığı ortama önem verilmelidir. Makaleler Ekim 1975 genel seçimlerinden kısa bir süre sonra yayınlandı. Pek çok Avusturyalı seçimden önce Bay Kreisky’nin partisinin salt çoğunluğunu kaybedeceğini ve iktidara gelebilmek için Bay Peter’in partisiyle koalisyon hükümeti kurmak zorunda kalacağını düşünmüştü. Seçimlerden sonra Bay Wiesenthal, Bay Peter’in Nazi geçmişi hakkında kimi ifşaatta bulunduğu zaman, Başbakan Bay Peter’i savundu ve Bay Wiesenthal’ın faaliyetlerini “mafya metotları” diye nitelendirerek eleştirdi. Bay Lingers’in sert eleştirileri bundan dolayı idi (yukarıda 9. ve 10 paragraflara bakınız).

Bu nedenle, dava konusu yapılan ifadeler, seçim sonrası siyasi ortamı göz önüne alınarak değerlendirilmelidir. Viyana Bölge Mahkemesi 26 Mart 1979 tarihli kararında işaret ettiği gibi (yukarıda 24. paragrafa bakınız), bu mücadelede herkes sahip olduğu silahları kullandı ve bu tür davranışlar hararetli siyasi çatışma ortamlarında sıra dışı şeyler değildi.

Sözleşmenin bakış açısına göre, başvurana verilen ceza ve ulusal mahkemelerin bu cezayı veriş sebepleri incelenirken bu durumlar görmezlikten gelinmemelidir.

44. Bay Lingers’in son temyiz talebini değerlendiren Viyana Temyiz Mahkemesi ona para cezası



















önlenmesi, yargılama organının otorite ve tarafsızlığının korunması amacıyla, hukukun öngördüğü ve demokratik bir toplumda gerekli olan formalitelere, şartlara, yasaklara ve yaptırımlara tabi tutulabilir.

### **1. Başvurucunun Sözleşme'nin 10. maddesindeki hakkını kullanmasına müdahale iddiası**

39. Bir politikacı ve senatör olan başvurucu, dergide bir makale yayınladıktan sonra, bir yıl hapis cezası almış, cezası ertelenmiş, ve aynı süreyle meslek icrasından ve kamu görevlerinden men edilmiştir. Yüksek Mahkeme 31 Ekim 1983 tarihli kararında, iddiaların doğruluğunu ispat talebini reddettikten sonra, başvurucuyu Hükümete tahkirden suçlu bulmuştur. Anayasa Mahkemesi 10 Nisan 1985'te, başvurucunun temyiz talebini esastan reddetmiştir.
40. Komisyon'un görüşüne göre, başvurucunun yayınlanmış makalesi, Sözleşme'nin 10. maddesinin birinci fıkrasında yer alan ifade özgürlüğünün bir tezahürüdür. Bu nedenle, başvurucunun mahkumiyeti bu Maddede tanınan hakkını kullanmasına bir müdahale oluşturmuştur. Hükümetin bu noktada bir itirazı yoktur. Ancak Hükümetin ifade özgürlüğünün meşru ve gayrimeşru kullanımına dair bir ayırım yapılması konusunda Komisyon, bu sorunun 10. maddenin ikinci fıkrasındaki müdahalenin haklılığı (justification) sorunu ile ilgili olduğunu düşünmektedir.

### **2. Müdahalenin 10 Maddesinin ikinci fıkrası bakımından haklı olup olmadığı**

41. Komisyon, demokratik bir toplumun ana temellerinden ve toplumun gelişmesi ile her bireyin kendini olgunlaştırması için asli koşullarından biri olan ifade özgürlüğünün üstün niteliğini hatırlamaktadır.
42. Başvurucunun şikayet ettiği cezaların, Sözleşme'nin 10. maddesine aykırı olmaması için, bu cezaların, ikinci fıkraya göre hukuken öngörülmüş olması, aynı fıkradaki meşru amaçlardan biri veya birkaçına dayanmış olması, ve bu meşru amaçları elde etmek için demokratik bir toplumda gerekli bulunması zorunludur.

#### **a. Hukuken öngörülebilirlik**

44. Başvurucu, mahkumiyetinin hukuki dayanağına itiraz etmemekte; ancak bu hukuki dayanağın Yüksek Mahkeme tarafından yapılan yorumunu eleştirmektedir.

Hükümet, Ceza Kanununun 161 ve 162. madde gereğince yapılan müdahalenin, hukuken öngörüldüğünü belirtmektedir.

Komisyon bu bağlamda Mahkeme'nin Sunday Times kararında verdiği içtihadı hatırlamaktadır:

" Mahkeme'nin görüşüne göre, "hukukun öngördüğü" ifadesinden şu iki koşul ortaya çıkmaktadır. Birincisi, [uygulanacak olan] hukuk, kolay ulaşılabilir olmalıdır; eş deyişle, vatandaşlar belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmelidirler. İkincisi olarak, vatandaşların davranışlarını düzenlemelerine olanak vermek için yeterli açıklıkta düzenlenmemiş bir norm, "hukuk" olarak kabul edilemez: Vatandaşlar belirli bir eylemin gerektirdiği sonuçları, durumun makul saydığı ölçüde ve eğer gerekiyorsa bir uygun bir danışman yardımıyla önceden görebilmelidir.

45. Ceza Kanununun 161 ve 162. maddelerinin ulaşılabilirliği itiraz konusu değildir.
46. Bununla birlikte başvurucu, Yüksek Mahkeme'nin ispat hakkı talebini (exceptio veritatis) reddetmesinin önceden görülemediğini ve bu red kararının kendisini sorumluluktan kurtarabilecek olan savunma araçlarından yoksun bıraktığını ileri sürmektedir.
47. Hükümetin göre Yüksek Mahkeme'nin istikrarlı bir çizgi izleyen kararları, tahkir ile ilgili ceza hükümlerin uygulanmasındaki şartları, Ceza Kanununun 161 ve 162. maddelerine göre yapılan bir suçlamada ispat hakkına (exceptio veritatis) başvurmanın kabuledilemezliğini herkese açık gelecek bir biçimde ayrıntılarıyla açıklamıştır.
48. Komisyon, uygulanacak olan hukukun 'önceden görülebilirlik' şartı bakımından İspanyol mahkemelerinin yerleşik doğrultuda bulunan kararlarının, tahkir ile ilgili ceza hükümlerin uygulanmasını açıklayan koşulları daha önce açıklığa kavuşturduğunu not etmektedir. Komisyon ayrıca, başvurucunun bir hukukçu olmasının, "önceden görülebilirlik" şartını daha özgün bir bağlama soktuğunu düşünmektedir. Komisyon, bir hukukçu ve senatör olan başvurucunun, bu makalede kullanılan bazı ifadelerin 161 ve 162. maddelere girebileceğinin, ve İspanyol mahkemeleri tarafından kabul edilen hukuki ve maddi durum karşısında, ispat hakkı iddialarının beraat etmek için genel bir imkan olarak görülemeyeceğinin farkında olması gerektiğini kabul etmiştir.
49. Komisyon sonuç olarak, ifade özgürlüğüne her hangi bir müdahalenin "hukukun öngördüğü" bir müdahale olması zorunluluğunu belirten Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasındaki şartın yerine getirildiğini düşünmektedir.

#### **b. Müdahalenin amacı**

50. Başvurucu, kendisine verilen cezaların Sözleşme'deki hiç bir meşru amacı gözetmediğini ileri sürmekte ve bu cezaların kendisinin siyasi görüşüne ve dahil olduğu ittifaka karşı bir tür misilleme oluşturduğunu iddia etmektedir.
51. Davalı Devlet ise, başvurucuyu mahkum etmekteki amacın, demokratik Devletin yüksek kurumlarından biri olan Hükümetin prestijini muhafaza etmek ve böylece demokrasiye geçişin zorlu döneminde başvurucunun tahkir niteliğindeki iddiaları nedeniyle tehlikeye giren kamu düzenini ve ulusal güvenliği korumak olduğunu söylemektedir.
52. Başvurucu, makalenin yayınlandığı "Punto y Hora de Euskal Herria" adlı haftalık derginin sınırlı bir dağıtımı olduğu düşünülürse, bu tür gerekçelere dayanmak tamamen orantısız olduğunu düşünmektedir.
53. Komisyon, şikayet konusu makalenin, çok ciddi bir durumu betimlediğini ve yetkilileri ve özellikle polisi, silahlı aşırı sağ gruplar ve çeteler tarafından işlenen cinayetler ve yapılan saldırılar karşısında pasif bir tutum takındığı ve hatta suça ortak olduğu için eleştirdiğini not etmektedir. Ne var ki makale burada durmamaktadır. Bazı ifadeler, bir bütün olarak Hükümetin faşist çetelerin ardında yer aldığı izlenimini verebilmektedir. 1979 Mart seçimleri sırasında çokça oy toplayan ve başvurucu gibi toplumda önemli etkisi bulunan bir kimsenin, genellikle Bask bölgesinde dağıtılan haftalık bir dergide yayınlanan makalesinde demokratik seçimlerle gelmiş bir Hükümetin Bask bölgesinde yaşayanları öldüren çeteleri fiilen teşvik ettiği, desteklediği veya koruduğu izlenimi vermesi, makalede yer alan iddialar dikkate alındığında, resmi yetkililerin halkın öfke ve intikam amaçlı muhtemel tepkisinden doğal olarak korku duymasına yol açmış olabilir. Bu nedenle resmi yetkililer, 1979'da İspanya'nın yaşadığı güç döneminde, bu tür tepkileri kontrol etmenin zor olabileceğini düşünmekte haklıdır; ve bunları kamu düzenine ve bir ölçüde ulusal güvenliğe karşı bir tehlike saymak doğru olur.
54. Komisyon bu koşullarda başvurucuya karşı açılmış olan davanın ve verilen mahkumiyet kararının, Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasındaki meşru bir amaç için, yani kamu düzenini korumak amacıyla verildiğini kabul etmektedir.

### **c. Müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliği**

55. Başvurucu, kendisine verilen cezaların demokratik bir toplumda gerekli olmadığını iddia etmektedir. Başvurucu, makalesinin kamuoyunu ilgilendiren olayları ortaya koyduğunu belirtmekte ve bu olaylar ile 'Hükümet, Hükümet partisi ve onun üyeleri' arasında bir ilişki bulunduğu sonucuna varmaktadır. Başvurucuya göre makale bundan fazla bir şey söylememektedir. Resmi makamların yaptığı gibi, bu ifadelerden Hükümeti suç eylemlerine karışmakla suçladığı çıkarılamaz.
56. Bu noktada Hükümet, dava konusu makalede yer alan ifadelerin iftira niteliğinde olduğunu vurgulamaktadır. Hükümet, 'ardında' ('detras de', behind) ve 'sadece' ('solo', only) kelimelerinin İspanyolcada söz konusu saldırıların tek ve biricik sebebi, tahrik ve teşvikçi olarak sadece Hükümeti hedefleyen bir suçlama olarak yorumlanabileceğini, başka türlü yorumlanamayacağını belirtmektedir.
57. Hükümet bundan başka, başvurucunun maddi olaylara yönelmiş görünürken, aslında Hükümeti itibardan düşürmek olan şüphe götürmeyen amacını gerçekleştirmek için kasten belirsiz ve muğlak ifadeleri kullanmayı yeğlediğini düşünmektedir.
58. Komisyon, başvurucu tarafından makalede kullanılan kelimelerin yorumuyla ilgili spekülasyonlarla meşgul olamaz. Komisyon, bu kelimelerin başvurucuya göre eleştiriden başka bir şey ifade etmediğini, Hükümete göre ise iftira niteliğinde olduğunu not etmektedir. Bununla beraber ulusal mahkemeler, Ceza Kanununun 161 ve 162. maddeleri anlamında bir tahkir olduğuna hükmetmişlerdir. Sonuç olarak sorun, bu ifadeleri içeren makalenin yazarına verilen cezaların, demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığıdır.
59. Başvurucu, İspanyol yetkililerin demokratik bir devletin kurallarını uygulayarak, aşırı sağ çetelerin eylemlerini önlemiş ve bu cinayetlerin ve saldırıların suçlularını kovuşturmuş olması gerektiğini düşünmektedir. Başvurucu, yetkililerin böyle davranmak yerine, Parlamento'nun bir üyesi olarak görevini yerine getirirken ve yetkilileri eleştirme hakkını kullanırken, toplumun sorunlarını aleni olarak ifade eden seçilmiş bir temsilciyi mahkum etmeyi yeğlediklerini iddia etmektedir. Bu nedenle, kendisini mahkum etme gereği yoktur; hele kendisine makalede söylediklerinin doğruluğunu kanıtlama imkanı vermeksizin mahkum etmenin hiç gereği yoktur.
60. Hükümet ise, başvurucunun iftira niteliğindeki ifadelerinin, siyasi eleştirinin kabul edilmiş sınırlarını aştığını düşünmektedir. Hükümete bir bütün olarak cezai sorumluluk atfeden Senatörün sözleri, İspanya'da otoriter bir rejimin yerine, makalenin yayınlandığı 1979'da henüz tamamlanmamış olan demokratik rejimi

koyma sürecinin gerektirdiği güç dengeyi bozucu niteliktedir. Bu özel tarihi koşullarda Devlet, yüksek kurumlarının prestijini korumak için başvurucunun iftira niteliğindeki iddialarını cezalandırmayı gerekli görmüştür. Böyle yapmakla, Devlet takdir alanını aşmış değildir. Hükümet, toplumsal ihtiyaç baskısının, olayın özel koşullarının ışığı altında belirlenmesi gerektiğini hatırlamakta, bu olayda da makalenin yayınlandığı dönemde İspanyanın özel, tarihsel ve nazik durumunu dikkate almayı gerektirdiğini belirtmektedir.

61. Komisyon 'gerekli' sıfatının, toplumsal ihtiyaç baskısının varlığına işaret ettiğini hatırlamaktadır. Böyle bir toplumsal ihtiyaç baskısının olup olmadığını değerlendirmede Sözleşmeciler Devletlerin belirli bir takdir alanına sahip oldukları da doğrudur; ancak bu alan, hem yasaları ve hem de bağımsız bir mahkeme tarafından verilmiş olsa dahi bu yasaları uygulayan kararları saran bir Avrupa denetim sistemi ile el ele yürümektedir.
62. Komisyon, ifade özgürlüğünün demokratik toplumun temeli olduğunun genel bir kural olarak kabul edildiğini düşünerek, bunun, asıl rolü seçmenlerinin görüş ve sorunlarının sözcülüğünü yapmak olan seçilmiş temsilciler için özellikle geçerli olduğunu vurgulamaktadır. Bu bağlamda Komisyon, Hükümete göre başvurucu makalesinde belirttiği aynı olaylara göndermede bulunarak benzer sözleri Parlamentoda söylemiş olsaydı, bu sözleri daha sonra basında yer alsaydı bile mahkum edilmeyecek olmasını not etmektedir.
63. İfade özgürlüğüne müdahalenin, Sözleşme'nin 10 Maddesinin ikinci fıkrası anlamında demokratik bir toplumun gereği olarak düşünülebilmesi için, Komisyon'un görüşüne göre bu müdahalenin iki koşulu yerine getirmiş olması zorunludur. Müdahale, bu tür bir toplum bağlamında haklı olmalı ve izlenen meşru amaçla orantılı olmalıdır.
64. Komisyon ilkin, Başvurucunun bir makale yayınlamış olduğu için mahkum edilmesinin, demokratik bir toplumda haklı görülüp görülemeyeceğini ele almıştır. Komisyon bununla bağlantılı olarak, Yüksek Mahkeme'nin başvurucuyu mahkum eden 31 Ekim 1983 tarihli kararında makaleyi siyasi eleştiri bağlamında değerlendirmiştir. Bununla beraber Mahkeme, Başvurucunun "animus criticandi"sinin, belirli sözcüklerin kullanılmasının ortaya çıkardığı "animus injuriandi"si tarafından aşılmasına karar vermiştir.
65. Komisyon'un görüşüne göre müdahalenin haklı olup olmadığının belirlenmesinde, yetkilileri eleştirirken kullanılan bazı sözlerin büyük öneme sahip olduğu kabul edilmelidir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin LINGENS davasında belirttiği gibi, ifade özgürlüğünün kullanıldığı alanın ardına bakılmalıdır. Bu özgürlük siyasi tartışmada hayati bir önem taşır. Ayrıca, demokratik bir toplumda basının rolü, kamusal sorunların kamu makamlarında bulunan kişilerle tartışılmasını izleyerek siyasi sürece katılmaktır. Sonuç olarak, bu tür bir özgürlüğe getirilen sınırlamalar, siyasi yetkililerin davranışları konusunda meşru eleştirileri kısıtlamak için kullanılamaz.
66. Bununla beraber Komisyon, dava konusu makalenin, 1977'den beri Bask bölgesinde süre giden huzursuzlukla ilgili kamuoyundaki tartışmanın ışığında okunmayı amaçladığını not etmektedir. Komisyon, "Punto y Hora de Euskal Herria"da yayınlanan makalenin ardağında, başvurucunun görüşüne göre, bu bölgede bir çok saldırıyı gerçekleştiren aşırı sağ grupların muafiyeti bulunmaktadır. Başvurucu bu ardağ ile ilgili olarak ciddi suçlamalarda bulunmuştur. Başvurucu özellikle çok sayıda cinayetin suçlusu olan aşırı sağ terörist grupların, polis ve devlet cihazının desteğini hatta suç ortaklığını kullanabildiğini ileri sürmüştür. Buradan kalkarak, Hükümetin bu olayların arkasında olduğu sonucuna varmıştır.
67. Komisyon, Sözleşme'nin 10. maddesinin garanti etmesi düşünülen serbest tartışmanın, demokratik bir toplumda ne denli temel bir hak olursa olsun, sınırsız olmadığını kabul etmektedir. Açık ki bu hak, kişiler ve kurumlar hakkında karineye (prima facie evidence) dayanmayan gerçeklerin veya iftira niteliğindeki iddiaların alenen ifadesini kapsamaz.
68. Bununla beraber Komisyon ifade özgürlüğünün, demokratik bir toplumda siyasi düşüncenin biçimlendirilmesi için temel bir unsur olduğunu vurgulamaktadır. Bundan da anlaşıldığı gibi, hükümete yöneltilmiş bir eleştiri, karşı argümanlar biçiminde bir yanıt görür. Komisyon'a göre demokratik bir devlette hükümet, muhalefet veya basın tarafından kendisine yöneltilen haksız saldırılara veya eleştirilere karşılık vermek amacıyla çok sayıda araçtan yararlanabilir: İlgili Bakanın Parlamentoda açıklama yapması, basın toplantısı düzenlenmesi, cevap hakkının kullanılması, resmi bir tebliğin yayınlanması gibi. Bu davada İspanyol yetkililerin, başvurucu tarafından hükümete karşı ciddi suçlamalarını yanıtlamak için bu araçları kullanmadığı görülmektedir.
69. Komisyon ayrıca, siyasi tartışma bağlamında ifade özgürlüğüne ceza davası açarak müdahale etmenin sadece, demokratik bir devletin genellikle yararlanabileceği araçlarla yeterli ve uygun bir

tarzda tepki göstermesinin mümkün olmadığı iftira niteliğindeki kötüye kullanımlara yöneldiği zaman haklı görülebileceğini kabul etmektedir. Ne var ki, gerçek ya da aslında gerçektir olduğu halde gerçekliğine inanmak için makul nedenlerin bulunduğu olayları ifade etmeyi cezalandırılmanın haklı görülmesi genellikle zordur.

70. Bu davada, başvurunun makalede yer alan ifadelerinin doğruluğunu ortaya koymak ve bu makaleyi yayınlamaktaki kastının siyasi eleştiri olduğunu göstermek amacıyla talepte bulunduğu ispat hakkı Yüksek Mahkeme tarafından kabul edilmemiştir. Bu mahkeme 19 Mayıs 1992 tarihli kararında ve 31 Ekim 1983 tarihinde verdiği hükümde ispat hakkının (exceptio veritatis), başvurucuya isnad edilen Hükümete iftira suçu konusunda beraat hükmü verilmesi için bir vasıta oluşturmadığını belirtmiştir. Bu nedenle başvuru, demokratik toplumlarda iftira davalarında genellikle kabul edilen iki vasıtayı, yani ispat hakkı (exceptio veritatis) ve iyi niyet itirazı (exceptio bona fide) yoluyla kendini temize çıkarma imkanına sahip olamamıştır.
71. Hükümet bu olayda, başvurunun iddiaları belirsiz ve muğlak olduğundan gerçeği ispatın mümkün olmadığını belirtmektedir. Hükümet aynı zamanda, makalenin eleştirisi değil fakat iftira niteliğinde iddialar içerdiğini ifade etmektedir. Komisyon'un görüşüne göre, ulusal makamların maddi yargılar ile değer yargıları arasında bir ayırım yapmaları gereklidir. Her halükarda, başvurunun iddialarının doğruluğunu ya da iyi niyetini ispat girişiminde başarılı olup olamayacağını söylemek Komisyon'a düşmez. Komisyon'a göre kesin olan şey, başvurucuya böyle bir girişimi için izin bile verilmemiş olmasıdır.
72. İspanyol yetkililer, Parlamento üyesi ve siyasi muhalif olan başvurunun aleni tartışma sırasındaki iddialarına karşılık olarak, demokratik Devletin sahip olduğu genel vasıtalarla yanıt vermek yerine cezalandırma yöntemini tercih etmişlerdir. Yetkililer ayrıca yargılama sırasında, başvurunun iddialarının gerçekliğini veya iyi niyetini kanıtlama girişimine izin vermemişlerdir. Böyle yapmakla, İspanyol yetkililer 10. maddenin ikinci fıkrasına göre kullanabilecekleri takdir alanını aşmışlardır. Bu nedenle, başvurunun mahkum edilmesi ifade özgürlüğüne, demokratik bir toplumda haklı görülemeyecek bir müdahale oluşturmuştur.
73. Nihayet Hükümet başvurunun ifade özgürlüğünün ciddi bir biçimde etkilenmediğini düşünerek, başvurunun cezasının önce geçici olarak daha sonra da kesin olarak tecil edildiğine işaret etmektedir. Buna göre mahkeme hükmü ile verilen cezalar, yerine getirilmemiştir. Ayrıca başvurunun adli kayıtlarında, mahkumiyetine ilişkin bir belge yer almayacaktır. Bu nedenle Hükümet, müdahalenin başvuru üzerinde çok küçük bir etkisi olduğunu ve bunun da izlenen meşru amaç göz önünde tutulduğunda orantısız olmadığını düşünmektedir.
74. Başvuru ise, yukarıdaki tespitin sadece hapis cezası ile ilgili olduğunu belirtmektedir. Ayrıca, belirlenen süre içinde işlenen suçtan ötürü başka bir mahkumiyet alınması halinde, bu ceza da çektirilebilecektir. Başvuru bu bağlamda, cezaların tecili ile ilgili 17 Mart 1908 tarihli yasaya dayanmaktadır. Kendisinin mahkumiyeti, her halükarda, siyasi ve mesleki kariyeri bakımından ciddi sonuçlar doğurmuştur. Başvuru ayrıca ek cezaların hala yerine getirilebileceğini, yargılama giderleri ödemek ve dairesini ipotek etmek zorunda olduğunu belirtmiştir. Başvuru son olarak, Ceza Kanununun 118. maddesine göre adli sicile giren bütün kayıtlar silinse bile, kendisinin taraf olabileceği bir başka davada bir ceza ya da hukuk yargıcı tarafından istenmesi halinde, bu kayıtların ifşa edilebileceğini iddia etmiştir.
75. Komisyon, müdahalenin izlenen meşru amaçla orantılı olup olmadığı hakkında karar vermesinin gerekli olmadığını düşünmektedir. Komisyon, bu koşullar altında başvurunun mahkumiyetinin, demokratik bir toplumda haklı görülemeyeceğini daha önce tespit etmiştir. Bu nedenle, söz konusu cezalardan kaynaklanan müdahalenin Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci fıkrası bakımından demokratik bir toplumda gerekli değildir.

### **Sonuç**

76. Komisyon, üçe karşı dokuz oyla, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.

#### **D. Sözleşme'nin 10. maddesi ile birlikte okunduğunda 14. maddeye aykırılık iddiası**

77. Sözleşme'nin 14. maddesi şöyledir:

Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin kullanılmasında cins, ırk, renk, dil, din, siyasi veya başka bir inanç, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum veya başka bir statü gibi her hangi bir nedenle ayırım yapılmaksızın güvence altına alınır.

78. Komisyon, başvurunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin Sözleşme'nin 10. maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir. Komisyon, başvurunun 10. madde ile birlikte okunan 14. maddeye dayandırmak istediği şikayetin, 10. maddenin tek başına ele alındığı zamanki şikayetele

kaynaştığını düşünmektedir. Komisyon, sorunu bir kez de 14. maddeye göre ele almayı gerekli görmemektedir.

#### **Sonuç**

79. Komisyon oybirliğiyle, Sözleşme'nin 10. maddesiyle bağlantılı olarak, 14. maddeye göre ayrı bir sonunun doğmadığı sonucuna varmaktadır.

#### **E. Özet**

80. Komisyon üçe karşı dokuz oyla, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

81. Komisyon oybirliğiyle, Sözleşme'nin 10. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddeye göre ayrı bir sorunun doğmadığı sonucuna varmaktadır.

### **KARAR**

#### **I. 10. maddeye aykırılık iddiası**

**23.** Castells Sözleşme'nin 10. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edilmesinden dolayı mağdur olduğunu iddia etmiştir. 10. madde şöyledir:

1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak kamu makamlarının müdahalesiyle karşılaşmadan ve ulusal hudutlarla sınırlanmadan bir görüşe sahip olma, haber ve düşünceleri edinme ve bunları ulaştırma özgürlüğünü de içerir...

2. Bu özgürlükleri kullanırken ödev ve sorumluluk içinde hareket edilmesi gerektirdiğinden, ulusal güvenlik, ülke bütünlüğü veya kamu güvenliği, suçun veya düzensizliğin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması, başkalarının şeref ve haklarının korunması, gizli bilgilerin açığa vurulmasının önlenmesi, yargılama organının otorite ve tarafsızlığının korunması amacıyla, hukukun öngördüğü ve demokratik bir toplumda gerekli olan formalitelere, şartlara, yasaklara ve yaptırımlara tabi tutulabilir.

Komisyon bu iddiaya katılırken Hükümet buna karşı çıkmıştır.

#### **A. Hükümetin ilk itirazı**

**İLK İTİRAZLAR [Md.26] 'iç hukuk yollarının tüketilmesi'; 'şikayetin ulusal makamlar önünde ileri sürülmüş olması':** Başvurucu ulusal mahkemeler önündeki yargılamada Sözleşme'deki ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini 'özü itibarıyla' ileri sürmüş sayılabilir mi?—*EDİTÖR.*

**24.** Hükümet, Komisyon önünde yaptığı gibi, başvurunun iç hukuk yollarını tüketmediğini ileri sürmüştür. Castells muhtemelen "taktik nedenlerle", Anayasanın 20. maddesinde korunan ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla ilgili şikayetini, Anayasa Mahkemesi önünde özellikle dile getirmemiştir. Castells "amparo" başvurusunda, ifade özgürlüğünü kullanmasında kendisine ayrımcılık yapıldığından şikayet ederken, bu hükme dolaylı olarak dayanmıştır; ayrıca Sözleşme'nin 10. maddesinden ya da benzer bir uluslararası Sözleşme hükmünden de söz etmiş değildir. "Amparo" başvurusunu düzenleyen Teşkilat Yasasına göre, Castells hem maddi olayları hem de ihlal edildiği iddia edilen hükümleri açıkça belirtmiş olmalıydı. Castells'in şimdi Mahkeme'nin önünde olan sorun hakkında Anayasa Mahkemesi'ne karar verme imkanı tanımadığı anlaşılmaktadır.

**25.** Başvurucu verdiği yanıtta, Anayasanın 20. maddesini Anayasa Mahkemesi önünde açıkça dile getirdiğini belirtmektedir. İlk, "amparo" başvurusunda belirtilen olaylar, tipik bir ifade özgürlüğü hakkı kullanımının tehlikeye girdiğini ortaya koymakta ve açıkça bir müdahale olduğunu göstermektedir. Ayrıca, "suplico" başvurusunda, başka hükümlerle birlikte söz konusu 10. maddeye göndermede bulunmuş ve hukuki argümanda 14. madde (hukuk önünde eşitlik) ile birlikte ele aldığı 20. maddeye de aykırılık bulunduğunu iddia etmiştir. Anayasanın 23. maddesi çerçevesinde, seçilmiş temsilcinin siyasi eleştiri yapma hakkı gibi daha sınırlı olan bir gerekçeyle iddiada bulunduğu doğrudur. Ancak, sorunun gerçekten ortaya konulduğunu görmek için 10 Nisan 1985 tarihli kararın "Hukuki Durum" başlıklı 10. paragrafını okumak yeterlidir. Anayasa Mahkemesi bu pasajda, Ceza Kanununun 161. maddesinin, itiraz konusu kovuşturmanın ve mahkumiyetin, ifade özgürlüğüne uygunluğunu ayrıntılı bir biçimde incelemiştir.

**26.** Komisyon, başvurunun görüşüne katıldığını belirterek, Mahkeme'den bu ilk itirazın esasına girme yetkisi olmadığına karar vermesini talep etmiştir.

**27.** Bu son nokta hakkında Mahkeme, 25 Mart 1992 tarihli *B. - Fransa* kararında<sup>167</sup> teyid ettiği yerleşik içtihatlarını belirtmeyi yeterli saymaktadır.

Mahkeme, sunuşların esas bakımından ise, Sözleşme'nin 26. maddesinin "aşırı biçimselliğe kaçmadan ve belirli bir dereceye kadar esneklikle" uygulanması gerektiğini; "Sözleşme organları önünde daha

<sup>167</sup> bk. B. - Fransa, Karar Sıra no. 347, §§35-36.

sonra yapılması düşünülen şikayetlerin", "en azından özü itibarıyla ve iç hukukta belirtilen biçimsel şartlar ile zaman sınırlarına uygun olarak" ileri sürülmüş olması yeterli olduğunu belirtmektedir.

**28.** Başvurucu, iki konuda Sözleşme'nin 10. maddesine dayanmıştır: Başvurucunun göre kendisi açıklama yaptığı için kovuşturulmuş ve mahkum edilmiş olup, açıklamaları doğru olduğu halde bunların gerçekliğini ortaya koyması engellenmiştir; ayrıca, tartışma konusu makale, bir parlamento üyesinin yerine getirmesi gereken görevlerinden olan siyasi eleştirinin sınırları içindedir.

**29.** Castells'in Yüksek Mahkeme önünde her iki sorunu da ileri sürdüğü görülmektedir. 31 Ekim 1983 tarihli kararda, Hükümeti tahkir etme fiili bakımından ispat hakkı talebini reddetmiş ve başvurucunun kabuledilebilir siyasi eleştiri sınırlarını aştığına karar vermiştir.

**30.** 22 Kasım 1983 tarihli amparo temyiz başvurusunu destekleyen sunuşlar, Anayasanın 20. maddesine sadece dolaylı ve kısa bir referans yapmışlar; aynı zamanda yukarıda tartışılan şikayetleri de belirtmişlerdir.

Başvurucu, daha dar bir hüküm olan Anayasanın 23. maddesine dayanırken, Hükümet eylemlerini senatör sıfatıyla seçilmiş temsilcilerin özel konumlarında açıkça içkin bulunan eleştirme hakkını ileri sürmüştür. Ayrıca Anayasa Mahkemesi yapılan şikayeti özetlerken, bu hakkı tanımış; 14 ve 20. maddelerle ilgili şikayeti ve 23. madde ile ilgili olanı birlikte ele almıştır.

Başvurucu ayrıca, hem masumluk karinesi hakkını ve hem de beyanlarının gerçekliğini ortaya koyabilmek için delil gösterebilme hakkını ileri sürmüştür. Böyle yapmakla, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlali iddiasıyla açıkça bağlantı kurduğu bir şikayeti biçimlendirmiştir. Aslında Anayasa Mahkemesi'nin şikayeti böyle yorumlamıştır; delillerin ortaya konulması sorunu ile davanın esasını, yani ifade özgürlüğüne uygunluğunu incelediği Ceza Kanununun 161. maddesinde öngörülen suçun esasını birleştirmiştir.<sup>168</sup>

**31.** Mahkeme son olarak, Komisyon gibi, Castells'in hem Yüksek Mahkeme dosyasında bulunan amparo temyiz başvuru dilekçesinde, hem de 22 Kasım 1983 tarihli "suplico" başvurusunda Anayasanın 20. maddesine gönderme yaptığını not etmektedir. Daha sonra, Anayasa Mahkemesi'ne verdiği bir kaç yazılı dilekçede, Castells ispat hakkı ile bağlantılı olarak "doğru bilgiyi alma ve iletme" hakkına dayanmıştır.

Bu bakımdan temyiz yapılmamasının nedeni, Anayasa Mahkemesi'nin yetkisini tespit ederken koyduğu sınırlarda aranabileceğinden kuşku yoktur. Anayasa Mahkemesi'ne göre, Hükümeti tahkir etme fiili ile ilgili olarak ispat hakkının kabuledilebilirliği sorunu, Anayasaya uygunluk sorunundan çok yasanın yorumlanması sorununu doğurmuştur; incelenmekte olan davada Ceza Yasasının 161. maddesinin uygulanması da, münhasıran olağan mahkemelerin görevine alanına girmektedir.

**32.** Buna göre Mahkeme, başvurucunun Anayasa Mahkemesi önünde "en azından özü itibarıyla" Sözleşme'nin 10. maddesiyle ilgili şikayeti dile getirdiğini düşünmektedir. Bu nedenle, Castells'in iç hukuk yollarını tüketmediği biçimindeki itiraz reddedilmelidir.

## **B. Şikayetin esası**

**İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ [Md.10] 'ifade özgürlüğüne müdahale'; 'müdahalenin hukuken öngörülebilir olması'; 'müdahalenin meşru amaca sahip olması'; 'müdahalenin demokratik toplumda gerekli olması'; 'ispat hakkı'; 'basın özgürlüğü':** Yayınlanan makalesinden ötürü başvurucuya ceza verilmesi, yargılama sırasında Hükümete hakareti ispat talebinin kabul edilmemiş olması 'demokratik bir toplum'da gerekli midir?—  
EDİTÖR.

**33.** Castells'in sunuşuna göre, Hükümeti tahkir nedeniyle hakkında ceza davası açılması ve sonra mahkum edilmesi, özellikle makalesindeki beyanlarının doğruluğunu ortaya koymasına izin verilmediği için, ifade özgürlüğüne müdahale oluşturmuştur.

**34.** Castells'in şikayetçi olduğu yasaklar ve cezalar, hiç kuşku yok ki, söz konusu ifade özgürlüğünün kullanılmasına bir "müdahale"dir. Bu tür bir müdahalenin 10. maddeyi ihlal etmemesi için, "hukukun öngördüğü" bir müdahale olmalı, 10. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen meşru amaçlardan bir ya da bir kaçını elde etmek için yerine getirilmiş olmalı, ve bu amaç ya da amaçlara varabilmek için "demokratik bir toplumda gerekli" olmalıdır.

<sup>168</sup> 10 Nisan 1985 tarihli kararın 9 ve 10. konuları için bk. yukarıda §17.

### **1. "Hukuken öngörölmüş olma"**

35. İtiraz konusu suçlamanın Ceza Kanununun 161 ve 162. maddelerine dayanan hukuki bir temeli olduğundan kuşku yoktur. Başvurucu bu noktayı tartışmamış, ancak kendisinin ispat hakkı talebinin, özellikle 1978 tarihli Anayasanın kabulünden sonra reddedilebileceğini beklemediğini iddia etmiştir. Başvurucu, 19 Mayıs 1982 tarihine kadar Yüksek Mahkeme'nin Hükümeti tahkir suçu ile ilgili bir sorun hakkında karar vermediğini, ve bu tür suçlarda ispat hakkının kabuledilebilirliği (Madde 240) hakkında akademisyenler arasında ve içtihatlarda görüş farklılıkları bulunduğunu ileri sürmüştür.

36. Hükümetin göre ise, söz konusu alanda ispat hakkının sadece kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirmeleri sırasında tahkir edilmeleri halinde kabuledilebileceği, İspanyol mevzuatında ve özellikle Ceza Kanununun 461. maddesinde açıktır; Yüksek Mahkeme ne 1978'den önce ne de sonra, bireylere yöneltilmemiş tahkirler için ispat hakkı (exceptio veritatis) tanımamıştır. Ne var ki Castells Hükümeti bir bütün olarak suçlamıştır.

37. Mahkeme bu yorumu, Ceza Kanununun 461. maddesinin yazılış tarzı bakımından, makul görmektedir. Konuyla ilgili açık bir örnek olay yoktur; - bu nedenle Yüksek Mahkeme 19 Mayıs 1992 tarihli kararında tereddüt göstermektedir -; ancak bu burada önemli değildir. Muhtemel bir çok tahkir tipini genel bir üslup ile kapsayan ve yeni durumlarda kaçınılmaz olarak kullanılabilir olan yasa metninin kendisidir. Yukarıda sözü edilen karar, yasa hükmünü farklı koşullara uygulamaktan ibarettir. Bu nedenle Mahkeme, Komisyon gibi, itiraz konusu müdahaleyi düzenleyen kuralların, Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci fıkrası bakımından yeterli ölçüde önceden görülebilir olduğunu tespit etmektedir.

### **2. İzlenen amaç meşru mu?**

38. Başvurucuya göre, hakkındaki suçlama ve mahkumiyet kararı, Sözleşme'nin 10. maddesi ikinci fıkrası göre meşru bir amaç izlememektedir. Yüksek Mahkeme'nin de kabul ettiği gibi, kendisinin suçlandığı fiiller her hangi bir tehlike meydana getirmemiştir; ayrıca, 31 Ekim 1983 tarihli kararda, müdahalenin amacının kamu düzenini ve ulusal güvenliği korumak olmadığı, fakat aslında davalı Hükümetin onurunu sağlam tutmak olduğu görölmektedir.

39. Bununla beraber, Hükümetin dile getirdiği 10 Nisan 1985 tarihli Anayasa Mahkemesi kararında demokratik kurumları itibardan düşürme girişimleri tarafından devlet güvenliğinin tehdit edilebileceği beyan edilmiştir. Castells makalesinde, Bask bölgesinde bir çok saldırı ve cinayeti içeren çok ciddi olayları sadece betimlemekle kalmamış, yetkililerin ve özellikle polisin hareketsizliğinden, ve hatta bunların suçlularla birlikte hareket etmelerinden şikayet etmiş, ve bundan Hükümetin sorumluluğunu çıkarsamıştır.

Böylece, Hükümet ve Komisyon'un görüşüne uyarak, İspanya'nın 1979'daki koşullarında başvurucuya karşı, sadece "başkalarının... şerefini korumak" amacıyla değil, ama 10. maddenin ikinci fıkrasındaki "düzensizliğin önlenmesi" amacıyla da dava açıldığı söylenebilir.

### **3. Müdahalenin gerekliliği**

40. Castells, Komisyon ile aynı görüşte olduğunu belirtmekte ve ifade özgürlüğünün, seçmenlerinin düşünce ve huzursuzluklarının sözcüsü olan seçilmiş temsilciler için hayati önemini vurgulamaktadır. Ayrıca, tartışma kamu yararı ile ilgili bir konuda olduğu zaman bu özgürlük daha fazla güvence gerektirmektedir. Aslında bu olayda söz konusu olan da, budur; itiraz konusu makale 1977'den beri Bask bölgesinde süre giden huzursuzluk ortamı ile ilgili geniş kapsamlı tartışmanın bir kısmıdır. Başvurucunun mahkumiyeti, Hükümeti haksız ve iftira niteliğindeki suçlamalara karşı korumaktan çok, yetkilileri muhalefetin tacizlerine karşı korumak için düşünülmüştür. Hükümet için sıkıntı verici olsa da, söz konusu olayların ortaya konulması kamu yararına hizmet etmiştir.

41. Hükümet, ifade özgürlüğünün mutlak olmadığını, bu özgürlüğün, "görev" ve "sorumluluk" ile birlikte kullanılabilirdiğini belirtmektedir (Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci fıkrası). Castells siyasi tartışmanın normal sınırlarını aşmış; İspanya'nın çok duyarlı hatta kritik bir döneminde, yani Anayasanın kabulünden kısa bir süre sonra, farklı siyasi görüşlerden bazı grupların siyasi şiddete başvurduğu bir sırada, demokratik hükümeti sarsabilme için onu tahkir etmiştir.

42. Mahkeme, 10. maddenin birinci fıkrasında tanınan ifade özgürlüğünün, demokratik bir toplumun esaslı temellerinden birini oluşturduğunu ve toplumun gelişmesi için temel koşullardan biri olduğunu hatırlamaktadır. İfade özgürlüğü, 10. maddenin ikinci fıkrasına bağlı olarak, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız görölen veya ilgilenmeye değmez bulunan "haber" ve "düşünceler" için değil, fakat aynı zamanda aleyhte olan, çarpıcı gelen ve rahatsız eden haber ve düşünceler için de

uygulanır. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz.

İfade özgürlüğü herkes için önemli olmakla birlikte, halkın seçilmiş temsilcileri için özellikle önemlidir. Bu kişiler seçmenlerini temsil eder; onların zihinlerini meşgul eden sorunlara dikkat çeker; onların yararlarını savunur. Bu nedenle başvuru gibi, Parlamentodaki bir muhalefet üyesinin ifade özgürlüğüne müdahale, Mahkeme'nin çok daha dikkatli incelemesini gerektir.

**43.** Bu olayda Castells görüşlerini yaptırım korkusu duymaksızın senatoda ifade edebileceği halde böyle yapmamış, bir dergide dile getirmeyi yeğlemiştir. Bu demek değildir ki, Hükümeti eleştirme hakkını kaybetmiştir.

Bu noktada, hukukun üstünlüğü ile yönetilen bir Devlet içinde basın seçkin rolü unutulmamalıdır. Gerçi basın, "düzensizliğin önlenmesi" ve "başkalarının haysiyetinin korunması" için konan sınırları aşmaması gerekir; ancak basın, siyasi sorunlar hakkında ve kamu yararıyla ilgili konularda haber ve düşünceleri yayma görevini üstlenmiştir.

Basın özgürlüğü halkın siyasi liderlerin düşünceleri ve davranışları hakkında fikir sahibi olabilmeleri için en iyi araçlardan biridir. Özellikle siyasetçilere, kamuoyunun zihnini meşgul eden sorunlar hakkında düşüncelerini ve yorumlarını belirtme fırsatı vermektedir. İfade özgürlüğü ayrıca herkesin, demokratik bir toplumun özünde yer alan serbest siyasi tartışmaya katılmasını mümkün kılmaktadır.

**44.** Yüksek Mahkeme 31 Ekim 1983 tarihli kararında itiraz konusu makalenin, kullandığı bazı kelimeler yüzünden, az da olsa siyasi eleştiri sınırını aşarak tahkir alanına girdiği görüşüne varmıştır.

**45.** Tıpkı Komisyon gibi Mahkeme de, Castells'in 1977'den beri Bask bölgesinde çok sayıda saldırıda bulunan değişik aşırı grup üyelerinin bir muafiyete sahip olduklarını söyleyerek makaleye başladığını not eder. Castells bundan sonra, söz konusu derginin çoğunun satıldığı bölgenin kamuoyunu yakından ilgilendiren olayları yeniden saymaktadır. Ancak sonuca bağlarken, kendi görüşüne göre, ortaya çıkan durumdan sorumlu olan Hükümete karşı ciddi suçlamalar yöneltmektedir.

**46.** Hiç kuşku yok ki, siyasi konuları tartışma özgürlüğü mutlak değildir. Sözleşmeciler Devletler bu özgürlüğü belirli "yasaklara" ve "cezalara" bağlayabilirler. Fakat bu tür önlemlerin, 10. maddede yer alan ifade özgürlüğüne uygunluğu hakkında nihai karar vermek, Mahkeme'nin görevidir.

Hükümeti eleştirmenin hoşgörülebilir sınırları, şahısları, hatta politikacıları eleştiri sınırından daha geniştir. Demokratik bir sistemde Hükümetin eylemleri ve ihmalleri, sadece yasama ve yargılama organlarının değil, basın ve kamuoyunun da yakından incelemesine tabidir. Dahası, Hükümetin işgal ettiği üstün mevki, özellikle muhaliflerinin veya medyanın haksız saldırılarını ve eleştirilerini karşılamak için başka araçları kullanabilecekken ceza davasına başvurmada kendini sınırlı görmesi gerektirir. Ancak yetkili Devlet otoriteleri, kamu düzeninin güvencesi olmaları sıfatıyla, temelden yoksun veya kötü niyetle oluşturulmuş iftira niteliğindeki suçlamalara, aşırıya kaçmadan ve gereği gibi tepki göstermeyi amaçlayan cezai nitelikte önlemleri de almakta serbesttirler.

**47.** Bu davada Castells, dile getirdiği olayların doğruluğunu ve yaygın olarak bilindiğini ortaya koymak için hem Yüksek Mahkeme'ye hem de Anayasa Mahkemesi'ne defalarca başvurmuştur. Castells'in görüşüne göre bu durum, beyanlarının tahkir etme amacına sahip olmadığını göstermektedir.

Yüksek Mahkeme 19 Mayıs 1982'de, kamu kurumlarına yöneltilen tahkirler bakımından ispat hakkı taleplerinin kabul edilemeyeceği gerekçesiyle bu talebi kabul etmemiş; bu yorumunu 31 Ekim 1983 tarihli kararında teyid etmiştir. Anayasa Mahkemesi ise bunun yasa hükmünün yorumlanması sorunu olduğu ve kendi yetkisinin dışında kaldığı görüşüne varmıştır.

Bu nedenle başvuru, kendisi hakkında Ceza Kanununun 161. maddesine göre açılan bir davada, doğruluğu ispata ve iyi niyete başvuramamıştır.

**48.** Hükümetin itirazına göre, Castells'in iddiaları yeterince açık olmadığından bunların doğruluğu da gösterilemez; ayrıca bu iddialar birer değer yargısı olarak görülebilir ki, bunların da ispat hakkı ile ilgisi yoktur.

Bu argüman ikna edici değildir. "Punto y Hora de Euskalherria" dergisinde yer alan makale bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Başvuru, Bask bölgesinde işlenen cinayetlerin ve yapılan saldırıların uzun bir listesini vererek başlamış, sonra bu eylemlerin cezalandırılmadan kaldığını vurgulamış; adını verdiği değişik aşırı örgütlerin bu olaylara karıştığını iddia etmiş; ve son olarak sorumluluğu Hükümete yüklemiştir. Tıpkı Castells'in iyi niyetini gösterebilmesi gibi, aslında bu iddiaların çoğunun ispat edilebileceği de kuşkuludur.

Başvurucunun göstermek istediği delilleri Yüksek Mahkeme kabul etmiş olsaydı, yargılama sonucunun ne olacağını bilmek mümkün değildir. Ancak Mahkeme, söz konusu suçlar için bu tür delillerin kabuledilmemiş olmasına büyük önem vermektedir. Mahkeme, başvurunun ifade özgürlüğüne böylesi bir müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığını kabul etmektedir.

**49.** Hükümet ayrıca, verilen cezanın çok yumuşak oluşuna dayanmıştır. Ancak Mahkeme'nin vardığı sonuca göre bu argümanı incelemesi gerekmemektedir.

**50.** Özetle, 10. maddenin ihlali vardır.

## **II. 10. madde ile bağlantılı olarak 14. maddenin ihlali iddiası**

**51.** Castells ayrımcılık mağduru da olduğunu, çünkü her hangi bir yaptırımla karşılaşmaksızın başka kişilerin benzer görüşleri ifade ettiklerini iddia etmiştir. Castell Sözleşme'nin 14. maddesine dayanmıştır. madde şöyle demektedir.

Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin kullanılması cins, ırk, renk, dil, din, siyasi veya başka bir inanç, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum veya başka bir statü gibi her hangi bir nedenle ayrımla yapılmaksızın güvence altına alınır.

Hükümet bu iddiayı reddetmiştir.

**52.** Bu sorun davanın temel bir yönü olmadığı için, Mahkeme ayrıca bu sorunla ilgilenmeyi gerekli görmemektedir.

## **III. 50. maddenin Uygulanması**

**ADİL KARŞILIK [Md.50] 'Mahkeme kararının ulusal basında yayınlanmasına dair Mahkeme'nin Devlete talimat verme yetkisi bulunmaması'; 'tazminat'; 'masraflar':**  
Mahkeme kararının ulusal basında yayınlanması için Devlete talimat verme yetkisi var mıdır?  
Olayda iddia edilen maddi ve manevi zararlar için tazminata hükmetmeye gerek var mıdır?  
Hangi masraflar ödenebilir?—EDİTÖR.

**53.** Sözleşme'nin 50. maddesi şöyledir:

*Mahkeme, bir Sözleşmeci Tarafın resmi makamları veya diğer makamları tarafından verilen bir kararın veya yapılan bir tasarrufun tamamen veya kısmen bu Sözleşme'yle üstlendiği yükümlülüklerle aykırı olduğunu tespit ederse ve bu Sözleşmeci Tarafın iç hukuku verilen kararın veya yapılan tasarrufun sonuçlarını ancak kısmen onarmaya imkan veriyorsa, Mahkeme gerekli gördüğü takdirde zarara uğrayan tarafa adil bir karşılık ödenmesine hükmedebilir.*

**54.** Başvurucu ilk önce, Mahkeme kararının bir özütünün Bask bölgesindeki, Madrid'deki ve ülkenin diğer bölgelerindeki gazetelerde yayınlanmasını ve mahkumiyetine dair kayıtların merkezdeki adli sicilden silinmesini istemiştir.

Mahkeme, bu tür talimatlar vermeye yetkili olmadığını belirtir.

### **A. Maddi zararlar**

**55.** Castells, 375 bin peseta gelir kaybına uğradığını da iddia etmiştir. Kefaletle salıverilmiş sanık olarak (tutuksuz yargılanırken) elli iki kez San Sebastian'daki Mahkeme'ye ve üç kez de Madrid'deki Yüksek Mahkeme önüne çıkmak zorunda kalmış ve bu da zaman kaybına ve avukat olarak mesleki faaliyetlerini yerine getirme imkanından yoksun kalmasına neden olmuştur.

Mahkeme, bir avukat olarak kendisinin söz konusu mahkemeye sık sık gitmiş olması nedeniyle, bu mahrumiyetin pek bir kayba yol açmadığı görüşündedir. Bu nedenle, kendisinin maddi zarara katlandığı tespit edilememiştir.

### **B. Manevi zarar**

**56.** Başvurucu, her hangi bir rakam vermeden, manevi zararlarının tazmin edilmesini istemiştir. Mahkeme, kendisinin bu tür bir zarara uğraması olasılığı hakkında karar vermemektedir; ancak bu dava çerçevesinde ihlal tespit edilmiş olması kendi başına yeterli bir adil bir karşılık oluşturmaktadır.

### **C. Masraflar**

**57.** Castells, İspanya mahkemelerinde yaptığı harcamalar için 2 milyon 181 bin 476 Peseta talep etmiştir. Söz konusu toplamdan bir kısmı Komisyon tarafından kabuledilebilir bulunan şikayetlerle bağlantılı olmayan "amparo" başvurusu ile ilgili olduğundan Mahkeme kendisine sadece 1 milyon Peseta verilmesine hükmetmektedir.

**58.** Son olarak başvuru, Sözleşme organları önünde yaptığı masraflar için, Korffun ve Baş Vervaele'nin 20 bin DM ücretleri ile birlikte, 3 milyon 328 bin Peseta istemiştir.

Mahkeme, Hükümet gibi, dört hukukçu ile temsil edilen Castells'in fazla sayıda hukukçu ile temsil edildiğini düşünmektedir; başlangıçta ileri sürülen şikayetlerden bazılarının da kabul edilmediğini de akılda tutmak gerekir.

Hakkaniyet ölçülerine göre bir değerlendirme yapıldığında Mahkeme, Castells'e hepsi 2 milyon Peseta verilmesine hükmetmektedir.

**BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,**

1. Hükümetin ilk itirazını ele almaya yetkili bulunduğu, ancak bu itirazın reddine;
2. Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlaline;
3. Davanın 10. madde ile birlikte ayrıca 14. madde açısından da ele alınmasının gerekli bulunmadığına;
4. Manevi zarar iddiası bakımından, 50. maddenin bakımından bu kararın adil karşılık oluşturduğuna;
5. Masraflar için İspanya Krallığının başvurucuya üç ay içinde 3 milyon Peseta ödemesine;
6. Başvurucunun diğer taleplerinin reddine

**KARAR VERİR.**

## Yedinci Bölüm

Jersild / Danimarka Kararı

### JERSILD-DANİMARKA DAVASI

(Çeviri: Dr. Ahmet Yıldız, Siyaset Bilimci)

c)Başvuru sahipleri adına

Bay K. Boyle, Barrister, Hukuk Profesörü, Essex Üniversitesi,

Bay T. Trier, Avukat, Kopenhag Üniversitesi Hukuk Okutmanı,

Bayan L. Johannessen, Avukat, Danışman.

Mahkeme Bay Rozakis, Bay Lehmann, Bay Elmer, Bay Boyle ve Bay Trier'in konuşmalarını, ayrıca Başkana sorulan bir soruya verilen cevapları dinledi.

## OLGULAR

Davanın muayyen şartları

9. Danimarka vatandaşı Bay Jens Olaf Jersild gazetecidir ve Kopenhag'da oturmaktadır. Mevcut davaya sebebiyet veren olaylar meydana geldiğinde ve halen Danimarka Radyosunda (Danimarka Yayım Kurumu hem radyo hem de televizyon programları yayımlar) çalışmakta ve Sundays News Magazine (Sondagsavisen) programını yapmaktadır. Bu program bilgili bir seyirci kitlesine dönük ciddi bir televizyon programı olarak bilinmektedir ve yabancı düşmanlığından göç ve ilticaya kadar uzanan geniş bir sosyal ve siyasi konular kümesini içermektedir.

### Yeşilceketliler bölümü.

10. 31 Mayıs 1985'te Information gazetesi, Kopenhag Osterbro'da bulunan ve kendilerini "Yeşilceketliler" olarak adlandıran bir gençlik grubu üyelerinin ırkçı tutumlarını anlatan bir makale yayınladı. Bu makale ışığında, Sunday News Magazine programının editörleri Yeşilceketlileri konu alan bir belgesel yapmaya karar verdi. Bunu takiben, başvuru sahibi, grup temsilcileriyle bağlantı kurdu. Yerel gençlik merkezinde sosyal çalışmacı olarak görev yapan Bay Per Axholt'la birlikte, onlardan üçünü, bir televizyon röportajına katılmak üzere davet etti. Röportaj sırasında, ki başvuru sahibi tarafından gerçekleştirildi, üç Yeşilceketli, Danimarka'daki göçmenler ve etnik gruplara ilişkin pis ve aşağılayıcı ifadeler kullandı. Röportaj beş-altı saat sürdü ve bunun iki-iki buçuk saatlik kısmı kaydedildi. Danimarka Radyosu, röportaja katılanlara süregelen uygulama muvacehesinde ödemedeki bulundu.

11. Başvuru sahibi daha sonra filmi düzenledi ve röportaj görüntülerini birkaç dakikaya indirdi. 21 Temmuz 1985'te bu röportaj, Sunday News Magazine'in bir bölümü olarak Danimarka Radyosunda yayımlandı. Program çeşitli bölümlerden oluşmaktaydı: Güney Afrika'daki sıkıyönetim, Danimarka'daki kar-ortaklığı tartışması ve müteveffa Alman yazar Heinrich Böll gibi. Yeşilceketliler bölümünün tıpkı yazımı şöyleydi: [(I): TV sunucusu; (A): başvuru sahibi; (G): bir ya da diğer Yeşilceketli]:

"Son yıllarda, Danimarka'daki ırkçılık konusunda çok şey söylendi. Halen gazetelerde, azınlıklara dönük güvensizlik ve kızgınlığı konu alan hikayeler yayımlanıyor. Azınlıklardan nefret eden insanlar kimlerdir? Nerelerden gelmektedirler? Ne tür bir zihniyete sahiptirler? Bay Vens Olaf Jersild Kopenhag Osterbro'daki bir grup aşırı (ırkçı) genci ziyaret etti.

(A) Duvardaki bayrak Amerikan İç Savaşında Güney Eyaletlerinin kullandığı bayraktır, ancak bu bayrak bugün ırkçılığın, Amerikan Ku Klux Klan hareketinin de sembolüdür ve Lille Steen, Henrik ve Nisse'in de ne olduğunu göstermektedir.

İrkçı mısınız?

(G) Evet, kendimi böyle görüyorum.

İrkçı olmak iyi bir şeydir.

Biz Danimarka'nın Danimarkalılara ait olduğuna inanıyoruz.

(A) Henrik, Lille Steen ve diğerleri Kopenhag Osterbro'da, STUÐSEN adı verilen, Studsgardsgade'te yaşayan bir gençlik grubunun üyeleri. Burası evlerin kamuya ait olduğu, sakinlerinin çoğunun işsiz

gezdiği ve sosyal güvenlikten geçindiği, suç oranının yüksek olduğu bir yer. Bu semtteki kimi genç insanlar suça karışmış ve bundan dolayı hüküm giymiş durumda.

(G) Bir petrol istasyonunda sıradan bir silahlı soygundu.

(A)Ne yaptın?

(G)Hiç bir şey. Yalnızca silahımla petrol istasyonuna koştum ve onları para vermeye zorladım. Sonra tekrar kaçtım. Hepsı bu.

(A)Senden ne haber, ne oldu?

(G)Bu konuda daha fazla konuşmak istemiyorum.

(A)Fakat, bu şiddet miydi?

(G)Evet.

(A)Henüz çıktın... tutuklandın, neden tutuklandın?

(G)Sokak şiddeti.

(A)Ne oldu?

(G)Bazı arkadaşlarla birlikte polisle küçük bir kavga yaptık.

(A)Bu sıklıkla olur mu?

(G)Evet, orada olur.

(A)Uzun sözün kısası, STUĞSEN’den aynı grupta 20-25 genç bulunmakta.Yıkılacak olan bazı eski evlerin yakınındaki, kamu evlerinden pek uzak olmayan bir yerde toplanıyorlar. Burada diğer birçok şeyin yanı sıra, ırkçılıklarını, göçmenlere duydukları nefreti ve Ku Klux Klan’a olan desteklerini teyid etmek için toplanıyorlar.

(G)Ku Klux Klan, bu Birleşik devletlerin eski günlerinden kalma bir şey-biliyorsunuz-, iç savaş ve bunun gibi şeyler, çünkü Kuzey Eyaletleri zencilerin hür insanlar olmalarını istiyordu, bunlar insan değil, bunlar hayvan, evet, yapılan şey tamamıyla yanlış. Eninde sonunda, insanların köle sahibi olmalarına izin verilmesi gerektiğini düşünüyorum.

(A)Siyahlar insan olmadıkları için mi?

(G)Evet, onların vücut yapılarından da bunu görebilirsin, büyük yassı burunlar, kepçe kulaklar vs. Yayvan kafalar ve çok geniş vücutlar, kıllı, bir gorile bakar gibisindir, bir maymunla karşılaştı, aynı olduğunu görürsün, aynı tür hareketler, uzun kollar, uzun parmaklar vs., uzun ayaklar.

(A) Bir çok insan farklı şeyler söylüyor. Böyle diyen bir çok insan var, fakat...

(G)Sadece bir goril fotoğrafına bak ve sonra bir zenciye . Aynı vücut yapısı ve her şey, geniş alın ve bunun gibi her şey.

(A)Birleşik Devletler’de olduğu gibi, önemli meslekleri olan bir çok siyah insan var.

(G)Elbette, daima daha iyisini göstermek isteyen birileri vardır; güya bunlar beyaz adamdan daha iyiler, ama uzun vadede, daha iyi olan beyaz adamdır.

(A)Ku Klux Klan sizin için ne anlam ifade ediyor?

(G)Çok şey, çünkü, ne yapıyorlarsa doğru yaptıklarına inanıyorum. Bir zenci insan değildir, bir hayvandır, bu diğer tüm yabancı işçileri, Türkleri, Yugoslavları ve her nasıl adlandırılıyorsa, diğerlerini de içine alır.

(A)Henrik 19 yaşında ve işsizlik yardımıyla yaşıyor. Kiralık odaların bulunduğu Studsgardsgade’te oturuyor. Henrik, Klan’ın en güçlü destekçilerinden ve yabancı işçilerden, “aşağılıklardan/ ‘Perkere’”(Danimarka dilinde yabancı işçiler için kullanılan son derece aşağılayıcı bir kelime) nefret ediyor.

(G)Buraya geldiler ve toplumumuza sülük gibi yapıştılar. Fakat biz, biz sosyal hayır temin etme konusunda yeterince probleme sahibiz, onlarsa bunları hemencecik edindiler. Kahretsin, sosyal hayır ofisinde paramızı alabilmek için bu serserilerle kavgaya tutuşuyoruz, onlarsa yalnızca alıyorlar. İskan listesinde ilk sırada onlar var, bizden daha iyi barınma imkanlarına sahipler ve çocuk sahibi kimi arkadaşlarımız en sefil yerlerde yaşıyorlar, evlerinde bir duş bile alamıyorlar, sonra o “aşağılık” aileler oraya yedi çocuklarıyla gidiyor ve hemen orada, o anda, en pahalı apartman dairesini ediniyorlar.Ödeme konusu olan her şeyi elde ediyorlar, bunun gibi şeyler, bu doğru olamaz, Danimarka Danimarkalılarındır, öyle değil mi?

Bunların “aşağılık” olduğu bir vakıadır, işte bizim de sevmediğimiz şey bu ve onların zihniyetlerini sevmiyoruz, yani cehennem olsunlar, yani, nasıl desem. Yani evlerinde Rusça konuşuyor gibi hissediyorlarsa, o zaman tamam, fakat bizim hoşlanmadığımız şey o Zimbabwe elbiseleriyle ortalıkta dolanıp sokakta hula-hula diliyle konuşmaları. Onlara bir şey sorsanız ya da onlardan birinin taksisine binseniz, gideceğiniz yeri bilmiyorum derler, adresi siz tarif edin.

(A) O kadar da değil. “Aşağılık” olarak adlandırdıklarından bazılarının kendi dükkanları ve arabalarının olmasını, bir işi sonuca ulaştırabilmelerini biraz çekemiyorsun sanırım.

(G)Yapmayın. Onların sattıkları uyuşturucu.Vestre’da ki cezaevinde yatanların yarısı uyuşturucudan yatıyor. Bunlar zamanlarını uyuşturucu ya da benzeri şeylerin alım-satımıyla geçirir.

Evet, bütün bu “aşağılık grup” uyuşturucudan dolayı orada. Bu yeterli olmalı, nasıl denir, bu ülkede uyuşturucu olmamalı. Eğer her halükarda uyuşturucu ticareti olacaksa, bunu da biz kendimiz yapmalıyız. Bence, bu yabancıların buraya gelip, nasıl desem, Danimarka’yı daha fazla uyuşturucu bağımlısı yapması ve bunun gibi şeyler, adil değil.

Belki boğulma hissi yaşayıp kaçarlar diye bunların kapılarını boyadık, arabalarına zıpladık ve evlerinde uyurken yüzlerine boya fırlattık.

(A) O boylarla ne yaptınız, neden boya?

(G)Boya beyaz olduğu için onlara uydu sanırım, amaçladığımız sonuç da buydu.

(A)Boyayı göçmen bir ailenin pencerelerinden içeriye fırlattınız?

(G)Evet.

(A)Ne oldu?

(G)Sadece yüzüne geldi, hepsi bu. Pekala, sanırım uyandı, sonra dışarı çıktı ve kendi hula-hula dilinde bir şeyler bağırdı.

(A)Polise bildirdi mi?

(G)Bilmiyorum, ama bunu yaparak bir yere varamaz.

(A)Neden?

(G)Bilmiyorum, bu çocukça bir şey, birbirlerinin yüzüne su fırlatanlar gibi, onun da yüzüne boya geldi. Bundan bir şey çıkaramazlar.

---

(A)’Pax’[(P)] olarak bilinen Per Axholt, Studsgardsgade’teki gençlik merkezinde görevli. Birkaç yıldır orada çalışıyor, ancak ortamın sıkılığından dolayı çoğu kişi çok geçmeden işten ayrılıyor. Per Axholt genç insanların yabancıları tazyik etmelerinin, bu gençlerin güçsüzlük ve hayal kırıklıklarından kaynaklandığını düşünüyor.

Onlara sorduğunuzda, bu insanların ne istediğini düşünüyorsunuz?

(P)Yalnızca sizin ve benim istediklerimi. Hayatları üzerinde biraz kontrol, temiz olarak nitelenebilecek, sevdikleri bir iş, makul bir ekonomik vaziyet, iyi işleyen bir aile, bir karı ya da koca ve birkaç çocuk, sizin ve benimki gibi kabul edilebilir düzeyde bir orta-sınıf hayatı.

(A)Kendilerini bunlardan uzaklaştıracak bir çok şey yapıyorlar.

(P)Bu doğru.

(A)Bunu neden yaptıklarını düşünüyorsunuz?

(P)Yapacak daha iyi bir şeyleri olmadığı için. Uzun dönemler boyunca kendilerine başarıyı sağlayacak aracın para olduğu söylenmekte.Parayı meşru yollardan kazanamıyorlar, o zaman da çoğu defa ceza konusu olan faaliyetlerle bunu elde etmeye çalışıyorlar. Bazen başarıyorlar da, bazen de başaramıyorlar. Bir çok genç insanın hapse düşmesi bu yüzden, çünkü bu yol işlemiyor.

---

(A)Ceza konusu işlere bulaştığında kaç yaşındaydın?

(G)Bilmiyorum, sanırım 14.

(A)Ne yaptın?

(G)İlkinde, hatırlayamıyorum, bilmiyorum, hırsızlık.

(A) Nasıl denir, cezai bir kariyerin var mı?

(G) Bunu böyle isimlendirebilir misiniz, bilmiyorum.

(A) İlk suçunu 14 yaşındayken işledin.

(G)Böyle de diyebilirsiniz, yani, eğer bu cezai bir kariyerse. Eğer 15 yaşından bu yana suçla iştigal etmişseniz, o zaman benim cezai bir kariyerim olduğunu söyleyebilirsiniz.

(A)Yaptığın bazı şeyleri bana anlatır mısın?

(G)Hayır, öyle değil. Müteaddit defalar aynı şey oldu. ‘Aşağılık’ların müşterimiz olduğu yerlerde, dolayısıyla paralı olduklarında, videolar aşırıydım. Eğer insanlar burada olmak , hoşça zaman geçirmek ve ırkçı olup, bira içip eğlenmek istiyorsa, açıktır ki , o zaman, ...

(A) Fakat insanları yasa dışı bir şeyi yapmaktan alıkoyan hapsedilme tehdidi midir?

(G)Hayır, hapis değil, bu, insanları korkutmaz.

(A) Bundan dolayı mı orada gece bıçakla birbirleriyle kavga eden kişilerle ilgili hikayeler duyarsınız. Bunun sebebi, bu insanların polisin kendilerini yakalama korkusu taşımamaları mıdır?

(G) Evet, bundan gerçekten bir şey çıkmaz, yani, bunun kötü sonuçları yok, muhtemelen bu yüzden. Mesela, kavgalar, bıçaklamalar, eşya parçalamalar. Yasak yerlere girdiğinizde alacağınız cezalar gerçekten çok komik, yani çoğunlukla ertesi gün serbest bırakılırsınız. Son defasında birahane kavga çıkarmıştık, ertesi sabah bizi bıraktılar. Bu tür şeylerden gerçekten bir şey çıkmaz. Cesaretimizi kırmıyor, fakat henüz dışarı çıkmış olan beşimiz, dün çıkan son çocuk için bir kutlama yapmıştık; muhtemelen bir süre tekrar içeri girmek istemeyeceklerdir, bu yüzden yeniden büyük suçlara tevessül etmezler.

(A) Studsgardsgade’de, doğup büyüdüğün yere geri dönmeyi istersin sanırım, fakat buranın suç oranı yüksek bir yer olduğunu kesinlikle biliyoruz. Çocuğunun senin gibi büyümesini ister miydin?

(G) Hayır, öyle yetişeceğini de sanmıyorum. Öncelikle, o bir kız, istatistikler riskin o kadar yüksek olmadığını gösteriyor, yani muhtemelen yapmayacaklardır, fakat suç oranı yüksek bir yerde yaşadığınız için bir suçlu olmak zorunda değilsiniz. Onun yaşlı kadınlara saldırmasını ve el çantalarını çalmasını kabul edemem.

(A) Kızın göçmenler vs.yi dövenler arasında olsaydı ne olacaktı?

(G) Bu uygundur. Buna bir itirazım olmayacaktı.

---

(I) Bu ailenin zihniyetinin değişip değişmediğini gelecek kuşakta göreceğiz. Son olarak, Osterbro’daki STUĞSEN benzeri gençlik gruplarının Kopenhag’ın diğer yerlerinde de teşekkül ettiğini söylemek isterim.”

## B. Kopenhag Şehir Mahkemesindeki Dava Süreci

12. Programdan sonra, bu konularda yetkili olan Konsey Radyosuna, ya da Danimarka Radyosuna hiçbir şikayet gelmedi ancak Alborg Piskoposu Adalet Bakanına şikayette bulundu. Soruşturmayı üstlendikten sonra Kamu Savcısı, Kopenhag Şehir Mahkemesinde (Kobenhavns Byret) başvuru sahibinin görüştüğü üç genç aleyhine Ceza Kanununun 266’ncı maddesini ( bkz aşağıda 19’uncu paragraf) ihlal ettikleri gerekçesiyle, aşağıdaki beyanlarından dolayı, ceza davası açtı:

“...Kuzey Eyaletleri zencilerin hür insanlar olmalarını istiyordu, bunlar insan değil, bunlar hayvan.”

“Sadece bir goril fotoğrafına bak ve sonra bir zenciye . Aynı vücut yapısı ve her şey, geniş alın ve bunun gibi her şey.”

“Bir zenci insan değildir, bir hayvandır, bu diğer tüm yabancı işçileri, Türkleri, Yugoslavları ve her nasıl adlandırılıyorsa diğerlerini de içine alır.”

“Bunların “aşağılık” olduğu bir vakiydir, işte bizim de sevmediğimiz şey bu ve onların zihniyetlerini sevmiyoruz, yani cehennem olsunlar, yani, nasıl desem. Yani evlerinde Rusça konuşuyor gibi hissediyorlarsa, o zaman tamam, fakat bizim hoşlanmadığımız şey o Zimbabwe elbiseleriyle ortalıkta dolanıp sokakta hula-hula diliyle konuşmaları.”

“Onların sattıkları uyuşturucu.Vestre’da ki cezaevinde yatanların yarısı uyuşturucudan yatıyor. Bunlar zamanlarını uyuşturucu ya da benzeri şeylerin alım-satımıyla geçirir.”

“Bütün bu “aşağılık güruh” uyuşturucudan dolayı orada.”

Başvuru sahibi 23’üncü maddeyle bağlantılı olarak 266’ncı maddenin b fıkrası uyarınca üç gence yardım ve suça teşvikle suçlandı. Aynı suçlama Danimarka Radyosu haber bölümü başkanı Bay Lasse Jensen’e de yöneltildi.

13. Şehir Mahkemesinde, başvuru sahibinin ve Bay Jensen’in avukatı müvekkillerinin beraatini talep etti. Müvekkillerinin eylemlerinin, hiç de sempaticizani olmadıkları diğer üç sanığın eylemleriyle hiçbir paralellik taşımadığını ileri sürdü. Onlar yalnızca sosyal bir problemin gerçekçi bir resmini vermeye çalışmışlardı: aslında program yalnızca diğer üç sanığa dönük kızgınlık ve acıma duygularına yol açtı ve bu gençlerin kendi ifadelerinden dolayı alay konusu olmalarına sebebiyet verdi. Keza, diğerlerini, Yeşilcektiler’in sahip olduğu görüşleri benimsemeye ikna etmek gibi bir niyete Danimarka Radyosunun sahip olması düşünülemez; aksine. İlgili kanuna göre, görüşleri beyan edenler ile programın düzenleyicileri birbirinden ayırt edilmelidir, çünkü ikincilerin özel bir ifade hürriyeti

vardır. Söz konusu dönemde yayım tekeline sahip olan Danimarka Radyosu, kamuoyunu ilgilendiren tüm görüşleri, görüş sahiplerinin kendilerini ifade ediş tarzlarını yansıtacak şekilde sunmakla görevliydi. Kamu, hoşlanılmasa da, kötü ünüyle şöhret bulmuş sosyal tutumlar konusunda bilgilendirme hakkına da sahipti. Program, Information’da olduğu gibi, basın yorumlarına yol açan bir kamu tartışması bağlamında yayınlandı ve yalnızca söz konusu gençlerin gerçeklikleri konusunda dürüst bir rapordu. Avukat, diğer şeyler meyanında yukarıda sözü edilen Information’daki makaleye atıfta bulunarak, bu nitelikteki davalarda tutarlı bir koğuşturma politikası izlenmediğı vakiasına dikkat çekti.

14. 24 Nisan 1987’de Şehir Mahkemesi, birini “zenciler” ve “yabancı işçiler”in “hayvan” olduğunu söylediğı, ikisini ise uyuşturucu ve “aşağılık/perkere” konusundaki beyanlarından dolayı olmak üzere, üç genci mahkum etti. Başvuru sahibi, Bay Jensen gibi, program kontrolörü sıfatıyla mahkumlara yardım ve suça teşvik ettiği gerekçesiyle yargılandı ve sırasıyla, 1000 ve 2000 Danimarka kronu ödemeye ya da beş gün hapis yatmaya hüküm giydi.

Başvuru sahibine ilişkin olarak Şehir Mahkemesi, Information gazetesinde, 31 Mayıs 1985 tarihinde yayınlanan makaleyi müteakip, başvuru sahibinin Yeşilceketlileri ziyaret ettiğini ve sonra Bay Axholt’la konuşarak, üç gencin televizyon programına katılmasında mutabakat sağladığını belirledi. Programın amacı, daha önce Information’daki makalede belirtildiğı üzere, Yeşilceketlilerin Osterbro’daki ırkçılığa karşı tutumlarını ortaya koymak ve sosyal arka planlarını göstermekti. Mahkeme, başvuru sahibinin kendisinin televizyon programını yapma konusunda inisiyatif kullandığını, dahası, önceden röportaj sırasında ırkçı nitelikli ayrımcı beyanlarda bulunulacağını bildiğı kanaatine vardı. Röportaj birkaç saat sürmüş, bu sırada, parası kısmen Danimarka Radyosu tarafından ödenen biralar içilmişti. Bu bakımdan, başvuru sahibi Yeşilceketlileri ırkçı görüşlerini beyan etmeye teşvik etmişti, ki bu görüşlerin televizyonda yayımlanmasının kendisi bile Ceza kanununun 266 (B) maddesinin ihlalini teşkil etmekteydi. Beyanlar, kayıtların başvuru sahibi tarafından düzenlenmesinden sonra, bunları dengeleyecek herhangi bir karşı görüş olmaksızın yayınlanmıştı. Bu yüzden kendisi, yardım ve suça teşviki düzenleyen 266(B)maddesini ihlalden dolayı suçluydu.

C. Doğı Danimarka Üst Mahkemesindeki Yargı Süreci

15. Üç Yeşilceketli değıl fakat başvuru sahibi ve Bay Jensen Şehir Mahkemesinin kararını Doğı Danimarka Üst Mahkemesi nezdinde temyiz ettiler. Esas itibariyle, Şehir Mahkemesine söylediklerini tekrar ettiler. Ek olarak, başvuru sahibi, Yeşilceketlilerin beyanlarının cezalandırılabilir olduğu konusunda tereddütlü olmakla birlikte, bu kişilerin gerçek tutumlarını göstermekte anahtar olduğu düşüncesiyle, bunları programından çıkarmaktan sakındığını belirtti. Bu beyanlarda bulunmanın cezai sorumluluk konusu olabileceğinin farkında olduklarını varsaydığını, bu yüzden bu konuda onları uyarmadığını söyledi.

16.16 Haziran 1988 tarihli kararında Üst Mahkeme bire karşı beş oyla başvuruyu reddetti.

Muhelif üyeye göre, Yeşilceketlilerin beyanları, 266(b) maddesine göre suç oluşturmakla birlikte, başvuru sahibi ve Bay Jensen’in televizyon ve diğer medyanın sahip olduğu konuşma hürriyeti sınırlarını tecavüz etmemekteydi; çünkü programın amacı söz konusu gençlik grubunun belirli ırkçı tutumları ve sosyal arka planı konusunda kamuoyu tartışmasını bilgilendirmek ve canlandırmaktı.

D. Yüksek Mahkemedeki Dava Süreci

17.Verilen izinle, başvuru sahibi ve Bay Jensen Üst Mahkemeden Yüksek Mahkemeye temyiz için başvurdular. 13 Şubat 1989’da Yüksek Mahkeme bire karşı dört oyla temyiz başvurusunu reddetti. Çoğunluk görüşü şöyleydi:

“Sanıklar sınırlı sayıda kişiden oluşan dar bir çevrenin ırkçı görüşlerinin yayımlanmasına sebebiyet vermiş, böylece bu kişileri cezaya liyakatli hale getirerek, Şehir Mahkemesi ve Üst Mahkeme’nin kararlaştırdığı üzere, Ceza Kanununun 266(b) maddesini 23’üncü maddeyle bağlantılı olarak ihlal etmiştir. Sanıkların beraatinin, kamu çıkarının söz konusu olduğu meselelerde, ifade hürriyetinin ırk ayrımcılığına karşı korunma çıkarı karşısında haklılaştırılmasına dayandırılmayacağı kanaatindeyiz. Bu sebeple temyiz edilen hükmün onanmasından yanayız.”

Hakim Poptoppidan muhalefet şerhinde şunları yazdı:

“Programın amacı şümüllü ve zaman zaman heyecanlı bir kamusal tartışma konusu olan bir mesele - yabancılaraya yönelik tutum- hakkındaki bilgilere katkı yapmaktı. Programın Yeşilceketlilerin görüşlerinin sarıh bir resmini vermesi beklenmelidir, ki böylece kamuya bilgilene ve kendi görüşünü oluşturma fırsatı sunulmuş olsun. Bu görüşlerin yapısı bakımından, bu görüşlerin beyanı esnasında, öncesinde ya da sonrasında herhangi bir karşı görüşün serdedilmesi faydalı bir amaca hizmet etmeyecekti. Her ne kadar aşırı görüşleri benimseyen nisbeten küçük bir gruba ilişkinse de, program hatırı sayılır ölçüde bir haber ve bilgi değerine sahiptir. Sanıkların bu görüşleri yaymak için teşebbüste bulunmuş olmaları, eylemlerinin değerlendirilmesi açısından büyük önemi haiz değildir. Bu şartlarda ve ifadelerin 266(b) maddesini ihlal ettiğinin haklılığından bağımsız olarak, sanıkların bu maddenin yardım ve suça teşvikten suçlu bulmasının tavsiye edilebilirliğini sorguluyorum. Bu yüzden sanıkların beraati lehinde oy kullandım.”

18. Yüksek mahkeme bir davada önemli ilke meseleleri doğuran bir karar verdiğinde, çoğunluk görüşü mensubu bir üyenin hüküm gerekçesinin ayrıntılı ve muteber bir nüshasını yayınlaması gelenekselleşmiştir. Bu geleneğe uyarak, Hakim Hermann 20 Ocak 1990’da Weekly Law Journal’da böyle bir görüşü yayınladı (Ugeskrift for Retsvaesen, 1989, s. 399).

Başvuru sahibinin ve Bay Jensen’in hüküm giymesine gelince, çoğunluk bu kişilerin ırkçı görüşlerin alenileşmesine sebebiyet vermelerine önem attı. Başvuru sahibinin durumu konusunda toplantıda doğrudan bir bildirimde bulunulmamıştı. Başvuru sahibinin kendisi üç gençle bağlantı kurmuş ve onların daha önce Information’da yayınlanan görüşleri beyan etmelerine sebep olmuştu, ki o bunları bilmekte ve muhtemelen tekrarlamalarını da beklemekteydi. Birkaç saat süren röportaj kaydını kendisi montajlayarak kaba yorumlar içeren birkaç dakikaya indirmişti. Eğer geniş bir insan kitlesine duyurulmamış olması durumunda 266(b) maddesine girmesi neredeyse imkansız olan beyanlar, böylece, başvuru sahibinin inisiyatifi ve Bay Jensen’in onayıyla televizyondan yayımlanarak açık bir ceza konusu haline gelmişti. Bu yüzden, bu beyanların yayılmasına yardım ve teşvik ettiklerine hiçbir şüphe yoktu.

Başvuru sahibinin ve Bay Jensen’in beraat ettirilmesi ancak eylemlerinin yanlışlığını açık bir şekilde bastırarak sebeplerle haklılaştırılabilir. Bu bakımdan, beyanlardan kabaca saldırıya uğrayanların korunmasındaki çıkar, bu beyanlardan kamunun bilgilendirilmesindeki çıkarla tartılmalıdır. Basının toplum konusunda haber yapması için en uygun şartları oluşturmak arzulanabilir olsa da, basın hürriyeti sınırsız olamaz; zira ifade hürriyetine sorumluluklar eşlik eder.

Çoğunluk görüşünü benimseyenler, söz konusu çeşitli çıkarlar arasında bir denge oluştururken, geniş bir kitlenin nazarına sunulan, fikirleri çoğu kimsenin umurunda olmayan, önemsiz bir grubun üyelerince söylenen beyanların iyi ifade edilmemiş, iftiraya dayalı ifade ve saldırılardan oluştuğunu nazar-ı dikkate almaktaydı. Bunların haber ya da bilgi değeri yayılmalarını haklı kılacak boyutta olmadığı için sanıkların beraatini gerekli kılmamaktaydı. Bu aşırı görüşlerin basında ifade edilemeyeceği anlamına gelmemektedir, fakat bu tür haberler, söz konusu televizyon programı örneğindeki kadar çok daha dengeli ve kapsamlı bir tarzda yapılmalıydı. Keza, kamu ilgisi konusu olan toplantılardan doğrudan haber yapılmasına müsaade edilmeliydi.

Öte yandan, azınlık görüşünü benimseyenler, bilgi edinme hakkının, Ceza Kanununun 266(b) maddesinde korunan çıkarlardan daha önemli olduğunu düşünmekteydi.

Son olarak, Hakim Hermann, aleyhinde bulunan önlemlerin Sözleşmenin 10’uncu maddesiyle bağdaşabilirliğinin duruşma esnasında söz konusu edilmediğini belirtti.

## II. İlgili iç hukuk

### A. Ceza Kanunu

19. Dava süreci esnasında Ceza Kanununun 266(b) maddesi şöyleydi:

“Aleni olarak veya geniş bir çevreye yaymak kastıyla, ırk, renk, milliyet veya etnik köken ya da inançları yüzünden bir grubu tehdit eden, saldıran ya da tahkir eden bir beyanda ya da diğer tür bir iletişimde bulunanlar para cezası veya basit hapis ya da iki yılı aşmayan hapis cezasına çarptırılır.”

23’üncü Maddenin birinci fıkrası:

“Cezai bir tecavüz tesis eden bir hüküm, kışkırtma, tavsiye veya eylemle bir suçun işlenmesine destek olan herkese uygulanır. Söz konusu kişi yalnızca önemsiz bir yardımda bulunma veya önceden takarrur etmiş bir niyeti güçlendirmeyi amaçlamışsa ya da tecavüz tamamlanmamış veya kastedilen destek gerçekleşmemişse ceza azaltılabilir.”

#### **B. 1991 Medya Sorumluluk Yasası**

20. 1 Ocak 1992’de, yani mevcut davaya kaynaklık eden olaylar meydana geldikten sonra, yürürlüğe giren 1991 Medya Sorumluluk Yasası, öbür hususların yanı sıra, televizyon yayınlarındaki cezai sorumluluk konusunda kurallar koymaktadır. 18’inci bölümden:

“Dolaylı yayın esnasında beyanda bulunan kişi genel yasal hükümler muvacehesinde sorumlu tutulur, ancak:

ilgili kişinin kimliği yayında görünmüyorsa; veya

yayınlanan beyana rıza göstermemişse; veya

kendisine yayın sırasında kimliğinin ifşa edilmeyeceği sözü verilmiş ve buna dönük olarak hatırı sayılır düzeyde tedbir alınmışsa

bu hüküm cari olmaz.

Yukarıda, birinci fıkranın 1-3 alt-fıkralarında belirtilen durumlarda , editör, kasıt ya da kendi ihmali olmaksızın yasanın ihlal edildiği hallerde beyanların içeriğinden sorumludur. ...”

22’nci Bölüme ilişkin olarak:

“Okumak suretiyle ya da başka bir tarzda bir metni ya da beyanı aktaran kişi o metnin ya da beyanın içeriğinden sorumlu değildir.”

#### **III. Birleşmiş Milletler Enstrümanları**

21. Irk ayırmacılığının yasaklanmasına ve ırkçı görüş ve fikirlerin propagandasının önlenmesine ilişkin hükümler birkaç uluslar arası enstrümanda bulunabilir; mesela, 1945 Birleşmiş Milletler Şartı (Önsözün 2’inci fıkrası, 1’inci maddenin 3’üncü fıkrası, 13’üncü fıkranın 1(B), 55(C) ve 76(C) bentleri, ve 1966 Uluslararası Sivil ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (2’inci Maddenin 1’inci fıkrası, 20’inci paragrafın 2 ve 26’ıncı fıkraları). En doğrudan ilgili antlaşma, Danimarka (9 Aralık 1971) dahil, Avrupa Sözleşmesine taraf olan ülkelerin çoğunun onayladığı, 1965 Irkçılığın Her Türlü Şeklinin Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme (“BM Sözleşmesi”)dir. Bu Sözleşmenin 4 ve 5’inci maddeleri şöyledir:

##### **4’üncü Madde**

“Taraf Devletler, belli bir ırkın ya da belli bir renk ya da etnik kökenden kişiler grubunun üstünlüğü düşünceleri ya da kuramları üzerine dayalı olan ya da herhangi bir biçimde ırk düşmanlığı ve ayırmacılığını haklı göstermeye ya da geliştirmeye kalkışan tüm propaganda ve tüm örgütlenmeleri kınar ve böyle bir ayırmacılığa yönelik tüm kışkırtma ya da eylemleri yok etmek için ivedi ve olumlu tedbirler almayı ve bu amaçla, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde yer alan ilkelere ve bu Sözleşmenin 5. Maddesinde açıkça öne sürülmüş olan haklara gereken saygıyı göstererek, başkaca tedbirlerin yanısıra:

a)Irki üstünlük ya da düşmanlık temeline dayalı düşüncelerin yayılmasını, ırk ayırmacılığı kışkırtıcılığını ve herhangi bir ırka ya da başka bir renk ya da etnik kökenden kişiler grubuna karşı şiddet eylemi ya da bu gibi eylem kışkırtıcılığını ve ırkçı faaliyetlere parasal yardım ya da herhangi bir yardım sağlamayı, yasalara göre cezayı gerektiren bir suç saydıklarını açıklarlar;

...”

##### **5’inci Madde**

“Bu Sözleşmenin 2. Maddesinde yazılı temel yükümlülükler uyarınca Taraf Devletler, ırk ayırmacılığını her biçimiyle yasaklamayı ve kaldırmayı ve ırk, renk, ulusal ya da etnik köken ayırımı yapmaksızın, herkes için yasa önünde eşitlik sağlamayı ve öncelikle aşağıdaki hakları güvence altına almayı taahhüt ederler:

...

(d)...

viii. Kanaat ve fikir açıklama hürriyeti;

...”

4'üncü maddedeki "gereken saygı" ibaresinin sonuçları farklı yorumlara yol açmış ve BM Irk Ayırmacılığını Önleme Komitesi (BM Sözleşmesinin uygulanmasını denetlemek amacıyla oluşturulmuş bir komite) başvuru sahibinin mahkum edilmesi konusunda mutabakata varamamıştır. Söz konusu dava, BM Komitesine Danimarka Hükümeti tarafından bir raporla bildirilmişti. Bazı üyeler bunu "herhangi bir ülkede, ırk ayırmacılığundan korunma hakkının fikir hürriyeti hakkını önceliğinin en açık ifadesi" olarak değerlendirirken diğer üyeler, "bu tür durumlarda her iki hakka ilişkin olguların değerlendirilmesine ihtiyaç olduğu" görüşünü ileriye sürdü ( Komitenin Genel Kurula Sunduğu Rapor, Resmi Kayıtlar, Kırk-Beşinci Oturum, Ek No: 18 (a-45/18), s. 21, fıkra 56).

### **KOMİSYON SÜRECİ**

22. Başvuru sahibi Komisyona yaptığı 25 Temmuz 1989 tarih ve 15890/89 sayılı başvurusunda, yargılanmasının Sözleşmenin fikir hürriyeti hakkını düzenleyen 10'uncu maddesini ihlal ettiğini ileri sürdü.

23. 8 Eylül 1992'de Komisyon başvuruyu kabul edilebilir buldu. 8 Temmuz 1993 tarihli raporunun 31'inci maddesinde, Komisyon 10'uncu maddenin ihlal edilmiş olduğu kanaatini serd etti ( Dörde karşı Oniki oyla).

Raporda yer verilen Komisyon görüşünün tam metni ve iki karşı oy görüşüne bu hükmün eklerinde yer verilmiştir.\*

### **HÜKÜMETİN MAHKEMEYE YAPTIĞI SON SUNUMLAR**

24. 20 Nisan 1994'teki duruşmada Hükümet, Mahkemeyi, sunduğu tezkerede belirtildiği üzere, Sözleşmenin 10'uncu maddesinin ihlal edilmediğini karara bağlamaya çağırdı.

### **YASAYA GELİNCE**

#### **I. 10'UNCU MADDENİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI**

26. Hükümet bu iddiaya karşı çıkarken Komisyon destek verdi.

27. Başvuru sahibinin dava açmasına sebep olan önlemlerin, başvuru sahibinin ifade hürriyeti hakkına bir müdahale oluşturduğu ortak bir temeldir.

Dahası, bu müdahalenin "kanunla öngörüldüğü," yargılamanın Ceza Yasasının 266'ncı maddesinin b ve 23'üncü maddesinin birinci fıkrasına dayandığı açıktır. Bu bağlamda, Hükümet eski hükmün BM Sözleşmesine uymak için yasalaştırıldığını belirtmişti. Hükümetin iddiası, Mahkemenin anladığı üzere, Sözleşmenin 10'uncu maddesinin uygulanabilir olduğu, bu maddenin ikinci fıkrasını uygularken Mahkemenin Ceza Yasasının ilgili hükümlerinin, BM Sözleşmesinin mantığına uygun olarak, kapsamlı bir biçimde yorumlanması ve uygulanmasını gözetmesi gerektiği yönündedir. (Bk yukarıda 21'inci paragraf). Başka bir ifadeyle, 10'uncu madde, BM Sözleşmesi ışığında ırk ayırmacılığına karşı korunma hakkını sınırlayacak, azaltacak ya da ortadan kaldıracak biçimde yorumlanmamalıdır.

Son olarak, müdahalenin meşru bir hedefi, "diğerlerinin itibarının ya da haklarının korunmasını," gözettiği tartışmasızdır.

---

\* Evrak Memurunun Notu. Pratik sebepler yüzünden bu ek yalnızca yargılamanın basılı versiyonuyla (Mahkeme Yayınlarının 298'inci cildi, Seri A) birlikte basılacaktır; ancak Komisyon raporunun bir nüshası Evrak memurluğundan edinilebilir.

Tartışma konusu olan tek husus, söz konusu önlemlerin “ demokratik bir toplumda zorunlu olup olmadığıdır”.

28. Başvuru sahibi ve Komisyon, Danimarka'nın BM Sözleşmesine Taraf olmasının doğurduğu yükümlülükler bir tarafa (bkz 21'inci paragraf), “diğerlerinin itibarının ya da haklarının korunması” ile başvuru sahibinin bilgiyi açıklama hakkı arasında adil bir dengenin sağlanmasının gerektiği görüşündedir. Başvuru sahibine göre, böyle bir denge, BM Sözleşmesinin 4'üncü maddesinde İnsan Hakları Evrensel Beyannamesindeki ilkeler ve BM Sözleşmesinin 5'inci maddesinde öngörülen hakları ima eden “gerekli saygı” ibaresinde öngörülmüştür. Bu ibare, bazı ülkelerin, “ Taraf Devletlerin ırk üstünlüğüne ya da ırki nefrete dayalı her türlü düşüncenin yayılmasını yasayla cezalandırılabilir bir suç saymasını” öngören 4'üncü maddenin (a) fıkrasının çok kapsamlı olduğu ve diğer insan hakları, özellikle de düşünce ve ifade hürriyeti hakkına ilişkin zorluklar doğurabileceği kaygısı yüzünden, taslak aşamasında vazedilmiştir. Başvuru sahibinin daha sonraki sunumunda, bunun Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin, üye devletleri Sözleşmeyi imzalamaya davet ederken, neden onay araçlarına, diğer hususlar meyanında, bu saygının, Avrupa Sözleşmesinde öngörülen haklar için de geçerli olacağını belirten bir yorumlayıcı ifade eklemelerini tavsiye etmesini de açıklar. (68 sayılı bu Karar, 31 Ekim 1968'de Bakanlar Komitesi tarafından alınmıştır.)

Başvuru sahibi ve Komisyon, bir bütün olarak yayım bağlamında alındığında, tecavüzkar ifadelerin sahiplerinin ırkçı görüşlerini yaymaktan çok onların alaya alınması sonucunu doğurduğunu vurguladı. Programın bıraktığı genel izlenim kamuoyunun dikkatinin ırkçılık ve yabancı düşmanlığı gibi büyük bir kamusal kaygı konusuna çekilmesi idi. Başvuru sahibi tecavüzkar ifadelere, ırkçı görüşleri yaymak amacıyla değil onları teşhir ederek karşı koymak için, programda bilerek yer vermişti. Başvuru sahibi, seyircilerine o dönemde Danimarka'daki yeni bir olguyu, kendini ifade etmekten aciz, sosyal bakımdan yoksun gençlerin uyguladığı şiddete bulaşmış ırkçılığı göstermeye, tahlil etmeye ve açıklamaya çalıştığını belirtti. Komisyonun da katıldığı görüşlerinde, yayımın “diğerlerinin itibarı ya da hakları” üzerinde herhangi bir önemli zararlı etkisinin olamayacağını düşünmüştü. “Diğerlerinin itibarı ya da hakları”nı korumak için gösterilen özen, bu yüzden, başvuru sahibinin ifade hürriyetini koruyanlarla dengelenmişti.

Ayrıca başvuru sahibi söz konusu dönemde, 1991 tarihli Medya Sorumluluk Yasası yürürlükte olmuş olsaydı takibata uğramayacağını, çünkü bu yasaya göre, ilke olarak, yalnızca cezalandırılabilir beyanın sahibinin sorumlu olabileceğini ileri sürdü. Bu hükümetin yargılanmasını, BM Sözleşmesinin ve 10'uncu madde içindeki “gerekli” ifadesinin gerekli kıldığı iddiasını zayıflattı.

29. Hükümet, başvuru sahibinin Yeşilcektiler konusunu bilgilendirici değil sansasyonel bir tarzda hazırladığını ve haber ya da bilgi değerinin en alt düzeyde olduğunu iddia etmekteydi. Televizyon güçlü bir araçtı ve Danimarkalıların çoğunluğu normal olarak konunun yayımlandığı haber programını izlemişti. Buna rağmen, başvuru sahibi, cezai sorumluluk taşıyabileceğini bildiği için, Yeşilcektileri ırkçı beyanlarda bulunmaya teşvik etmiş ve bu beyanları dengeleyecek karşılıklar vermemişti. İzleyicilerin söz konusu beyanları ilk anlaşılan şekliyle anlamayacaklarını varsaymak fazlaca ince kavrayışlı olmayı gerektirirdi. Bilgi azlığı ve Danimarka diline ilişkin bilgi yetersizliği, hatta şiddete başvuran ırkçıların misillemesinden duyulan korkudan dolayı saldırgan yorumların kurbanlarının şikayet etmekten vazgeçtiği, bu yüzden de programın yalnızca birkaç şikayete yol açtığı görüşüne bir ağırlık atfedilemezdi. Bu durumda, başvuru sahibi bir televizyon programcısı olarak üzerine düşen “ödev ve sorumlulukları” yerine getirmemiş olmaktadır. Ona uygulanan ceza 266'ıncı maddenin b fıkrası için öngörülen müeyyideler skalasının en altında yer almaktaydı ve bu sebeple herhangi bir gazeteciyi ırkçılık ve yabancı düşmanlığına ilişkin aleni tartışmalara katkıda bulunmaktan caydırması pek muhtemel değildi. Yalnızca ırkçı beyanların ciddiye alınacağı ve hoş görülemeyeceği konusunda kamusal bir ihtar olmanın ötesine geçmemişti.

Bunun da ötesinde, Hükümet, 1991 Medya Sorumluluk Yasası olayın gerçekleştiği dönemde yürürlükte olsaydı, meselenin farklı ele alınacağı iddiasına da itiraz etti. Yalnızca cezaya konu

olan beyanın sahibini sorumlu tutan hükmün istisnaları vardı (bk yukarıda paragraf 20); başvuru sahibinin davasının 1991 Yasası ışığında nasıl değerlendirilmiş olacağı tamamiyle spekülatif bir konuydu.

Hükümet her üç düzeyde de, Danimarka mahkemelerinin, ki ilke olarak, programın etkilerini değerlendirmek konusunda Avrupa Mahkemesine oranla daha iyi bir konumdaydılar, ilgili tüm çıkarları dikkatle dengeleyen bir uygulamada bulunmuştu. Bu mahkemeler tarafından yapılan incelemeler 10'uncu madde uyarınca yapılanlara benzerdi; kararları ulusal mercilere bırakılacak takdir kapsamı içindeydi ve acil bir sosyal ihtiyaca tekabül etmekteydi.

30. Öncelikle, Mahkeme, ırk ayırımının tüm şekil ve tezahürlerine karşı savaşmanın hayati önemi haiz olduğunun özellikle farkında olduğunu vurgulayacaktı. Başvuru sahibi tarafından iddia edildiği üzere, son zamanlarda meydana gelen olaylardan sonra ırk ayrımcılığının tehlikeleri konusundaki bilinçlenme, bugün, olayın vuku bulduğu on yıl öncesine oranla daha keskindir. Yine de, mesele, 1965 BM Sözleşmesi örneğinde görüleceği üzere, o zaman da genel önemi haiz bir konuydu. Netice itibarıyla, BM Sözleşmesinin güttüğü hedef ve amaç başvuru sahibinin yargılanmasının, hükümetin vurguladığı gibi, Danimarka'nın BM Sözleşmesine uymasını sağlamak amacıyla yasalaştırılan bir hükme dayandırılıp dayandırılmadığının tesbitinde büyük bir ağırlığa sahiptir ve 10'uncu maddenin 2'inci fıkrasının anlamı içinde "zorunluydu".

İkinci olarak, 10'uncu madde gereğince Danimarka'nın yükümlülükleri, mümkün olduğu ölçüde, BM Sözleşmesinin getirdiği yükümlülüklerle bağdaşabilecek tarzda yorumlanmalıdır. Bu bakımdan, BM Sözleşmesinin çeşitli yorumlara konu olabilecek 4'üncü maddesindeki "gerekli saygı" ibaresini Mahkeme yorumlama hakkına sahip olamaz. Ancak Mahkeme, mevcut davada, BM Sözleşmesinin 10'uncu maddesi konusunda yaptığı yorumun Danimarka'nın BM Sözleşmesi uyarınca altına girdiği yükümlülüklerle bağdaştığı görüşündedir.

31. Mevcut davanın önemli bir özelliği, başvuru sahibinin itiraza konu beyanları bizzat kendisinin yapmamış olması fakat Danimarka Radyosunun bir haber programından sorumlu televizyon gazetecisi sıfatıyla bunların yayımında yardımcı olmuş olmasıdır (bk yukarıda paragraflar 9-11). Yargılanması ve cezaya çarptırılmasının "zorunlu"luğunu değerlendirmede, Mahkeme, bu yüzden, basın rolüne ilişkin verdiği kazaî kararında (Observer ve Guardian vs. Birleşik Krallık 26 Kasım 1991 Hükmü, Seri A no. 216, ss. 29-30, fıkra 59) öngörülen ilkelere uymak zorunluluğunu duyacaktır.

Mahkeme ifade hürriyetinin demokratik bir toplumun esas temellerinden birisi olduğunu ve basına sağlanacak güvencelerin özel önemi haiz olduğunu tekrar etmektedir (a.g.k.). Basının kendisi için öngörülen sınırlamaları, bu meyanda, "diğerlerinin itibarının ve haklarının korunması"na ilişkin hükmü çiğnememesi gerekmele birlikte, basın kamuyu ilgilendiren bilgi ve fikirleri yayınlamakla yükümlüdür. Basın yalnızca bu bilgi ve fikirleri söylemek görevine sahip değildir; halk da bunları alma hakkına sahiptir. Öbür türlü olsaydı, basın "halk bekçisi" olmak gibi hayati bir rolü ifa edemezdi(a.g.k.). Her ne kadar bu ilkeler yazılı basın için öngörülmüşse de görsel-işitsel medya için de, hiç şüphesiz, geçerlidir.

Bir gazetecinin "ödevleri ve sorumlulukları"ını değerlendirmede ilgili aracın potansiyel etkisi önemli bir faktördür ve görsel-işitsel medyanın basılı medyadan çok daha hızlı ve güçlü bir etkisi olduğu yaygın kabul gören bir husustur (bk Purcell ve Diğerleri v. Ireland, Komisyonun 16 Nisan 1991 tarihli kabul edilebilirlik kararı, başvuru no. 15404/89, Kararlar ve Raporlar (DR) 70, s. 262). Görsel-işitsel medya basılı medyanın iletmeyi başaramayacağı anlamları imajlar vasıtasıyla aktarabilme imkanına sahiptir.

Aynı zamanda, objektif ve dengeli haber bildirim metotları, söz konusu medyaya bağlı olarak, oldukça değişkenlik gösterir. Gazetecilerin ne tür haber bildirim tekniklerini benimseyeceklerine ilişkin görüşlerini basının görüşlerinin yerine ikame etmek, ne bu Mahkemenin, ne de söz konusu mesele bağlamında ulusal mahkemelerin işi değildir. Bu bağlamda, Mahkeme, 10'uncu maddenin

ifade edilen fikir ve bilgilerin yalnızca esasını değil aktarılma biçimlerini de koruduğunu hatırlatmaktadır (bk Oberschlick v. Austria 23 Mayıs 1991 tarihli hüküm, Seri A no. 204, s. 25, fıkra 57).

Mahkeme değerlendirmesi Yeşilceketliler sunumunun hazırlanma tarzını, muhtevasını, yayımlandığı bağlamı ve programın amacını göz önüne alacaktır. BM Sözleşmesi ve diğer uluslararası araçlar uyarınca ırk ayrımcılığının tüm biçimlerini ortadan kaldırmak ve ırkçı doktrinler ve uygulamaları önlemek ve bunlarla savaşmak için etkili tedbirler alınması için Devletlere düşen yükümlülükler hesaba katıldığında (bk yukarıda paragraf 21), Mahkemenin değerlendirmesinde, söz konusu meselenin, bir bütün olarak alındığında, objektif bir bakış açısıyla, ırkçı görüş ve fikirlerin propagandasını yapıp yapmadığı önemli bir faktör olacaktır.

32. Ulusal mahkemeler başvuru sahibinin kendisinin Yeşilceketliler filmi hazırlamada inisiyatif aldığını ve görüşme sırasında ırkçı beyanlarda bulunulmasının muhtemel olduğunu önceden bildiği gibi bu tür ifadeleri teşvik de ettiği vakiasını önemli ölçüde vurguladılar. Program saldırgan kanaatleri içerecek şekilde düzenlenmişti. Başvuru sahibinin müdahalesi olmadan, bu beyanlar geniş bir izleyici kitlesine ulaşmamış olacak ve bu yüzden cezaya konu oluşturmayacaktı (bk yukarıda paragraf 14 ve 18).

Mahkeme bunların 10'uncu maddenin 2'inci paragrafının amaçlarıyla ilişkili sebepleri oluşturduğu kanaatini taşımaktaydı. (md. 10-2).

33. Diğer taraftan, Yeşilceketliler meselesinin içeriğine gelince, TV sunucusunun sunuşunun yakın geçmişte ırkçılık konusunda Danimarka'da meydana gelen kamusal tartışma ve basın yorumlarına atıfla başladığı, böylece izleyicilerin programı bu bağlamda görmelerinin istendiği de kaydedilmelidir. Sunucu daha sonra programın amacının problemin (çeşitli) vechelerini belli ırkçı kişileri belirlemek ve onların zihniyetlerini ve sosyal arka planlarını tasvir etmek suretiyle ele almak olduğunu belirtmişti. Bunu takip eden röportajların bu amacı gerçekleştirdiğinden şüphe etmemizi gerektiren hiçbir sebep yoktur. Bir bütün olarak alındığında, objektif olarak, programın ırkçı görüş ve fikirlerin propagandasını amaçladığı görüntüsünü verdiği söylenemez. Aksine, açıkça, bir röportaj aracılığıyla, sınırlı ve sosyal durumlarından dolayı hayal kırıklığı içinde olan, daha önce suç işlemiş ve şiddet barındıran tutumlara sahip bu muayyen gençlik grubunu teşhir ve tahlil etmeye ve açıklamaya çalışmaktadır. Böylece, daha o zaman büyük kamusal kaygı kaynağı olan bir meselenin muayyen vecheleri ele alınmış olmaktadır.

Yüksek Mahkeme, programın haber ya da bilgi değerinin saldırgan düşüncelerin yayılmasını haklılaştıracak şekilde olmadığına karar verdi (bk yukarıda paragraf 18). Ancak, yukarıda 31'inci paragrafta belirtilen ilkeler ışığında, Mahkeme, Sunday News Magazine personelinin aleyhinde oldukları konunun, ki onu üretme ve yayımlama kararlarının temelini bu oluşturdu, haber ya da bilgi değerine ilişkin kendi değerlendirmelerini sorgulayacak bir sebep görmemektedir.

34. Söz konusu programın ciddi bir Danimarka haber programının parçası olarak yayımlandığı ve bilgili bir izleyiciyi hedeflediği de unutulmamalıdır (bk yukarıda paragraf 9).

Mahkeme, ulusal mahkemeler tarafından da vurgulanan (bk yukarıda paragraf 14 ve 18), Yeşilceketlilere ilişkin bölümün ifade edilen aşırı görüşleri dengeleme amacı gütmeksizin sunulduğu iddiasını inandırıcı bulmadı. Hem TV sunucusunun takdimi hem de başvuru sahibinin röportajlar sırasındaki hareket tarzı, - görüşülenler Ku Klux Klan'ı destekleyen "aşırı uçtaki bir gençlik grubu" olarak tanıtılmış ve bazılarının sabıka kayıtlarına atıfta bulunulmuştu-, onu açık bir şekilde görüşülen gençlerden ayrı kılmaktaydı. Keza, başvuru sahibi mesela önemli mesleklere sahip siyah insanlar olduğunu hatırlatarak ırkçıların bazı görüşlerini cerh etmişti. Son olarak, bir bütün olarak alındığında, ortaya konan portre, kesinlikle ırkçı ifadelerin Yeşilceketlilerin genel anti-sosyal tutumunun bir parçası olduğudur.

İtiraf etmek gerekirse, program aleni bir tarzda ırki nefretin teşvikini ve bir ırkın üstünlüğüne dayalı görüşlerin ahlak dışılığını, tehlikelerini ve yasa dışılığını ortaya koymamaktaydı. Ancak, yukarıda bahsedilen denge sağlayıcı unsurlar ve uzun bir program içinde bu tür unsurları dile getirme konusundaki tabii tahditler ile kullanılan ifade biçimi konusunda gazetecinin tercihi ışığında, Mahkeme bu tür ihtiyati tedbirlerin yokluğunu konuyla ilgili bulmamıştır.

35.Düzenlensin ya da düzenlenmesin, röportajlara dayalı haber bildirimini, basının “kamu çıkarlarının koruyuculuğu” (mesela bk., yukarıda bahsedilen Observer ve Guardian hükmü, ss. 29-30, para. 59) rolünü yerine getirebilmesinde en önemli araçlardan birini oluşturur. Bir röportaj esnasında başkası tarafından dile getirilen görüşlerin yayımına destek olduğu için bir gazetecinin cezalandırılması kamu çıkarını ilgilendiren konuların tartışılmasında basın katkısını ciddi biçimde engelleyecektir. Bilhassa bu şekilde davranmayı gerektirecek güçlü sebepler olmadıkça bu yola tevessül edilmemelidir. Bu bakımdan Mahkeme, Hükümetin cezanın mahdut tabiatının uygun olduğu ve önemli olanın gazetecinin mahkum edilmesi olduğu iddiasını kabul etmemektedir.

Hiç şüphesiz, Yeşilceketlilerin yargılanmasına yol açan ifadeler (bk yukarıda paragraf 14) hedef alınan gruplar için incitici olmanın ötesindedir ve 10’uncu maddenin korumasına sahip değildir (mesela bk., Komisyonun Glimmerveen ve Hagenbeek v. Hollanda, başvuru nos. 8349/78 ve 8406/78, Dr 18, s. 187 ile Künen v. Almanya, başvuru no. 12194/86, Dr 56, s. 205) davalarında verdiği kabul edilirlilik kararı). Ancak, başvuru sahibinin Yeşilceketlilerle ilgili bölümü hazırlama biçimine bakıldığında bile (bk yukarıda paragraf 32), bir bütün olarak görüldüğünde, bölümün başvuru sahibinin Ceza Kanununa göre cezayı mucib bir suçtan dolayı yargılanıp ceza almasını haklılaştırdığı ortaya konulmamıştır.

36.Dahası, başvuru sahibinin söz konusu yayımı derleme amacının ırkçı olmadığı tartışma götürmez. Başvuru sahibi iç işleyişte buna güvenmiş olmakla birlikte, ilgili hükümlerdeki akıl yürütme onların böyle bir faktörü hesaba katmadığını göstermektedir (bk yukarıda 14, 17 ve 18’inci paragraflar).

37. Bütün bunların ışığında, başvuru sahibinin yargılanıp cezalandırılması için gösterilen deliller, başvuru sahibinin ifade hürriyetine sahip olmasıyla teşekkül eden müdahalenin “demokratik bir toplumda zorunlu” olduğunu ikna edici bir tarzda ortaya koymak için yeterli değildi; özellikle kullanılan araçlar “başkalarının itibarını ya da haklarını” koruma amacıyla orantılı değildi. Bu sebeple, bu tedbirler Sözleşmenin 10’uncu maddesinin ihlal edilmesine yol açtı.

## **BU SEBEPLERDEN DOLAYI, MAHKEME**

Yediye karşı on iki oyla Sözleşmenin 10’uncu maddesinin ihlal edildiğine;  
İkiye karşı on yedi oyla, Danimarka’nın, üç ay içinde, verdiği parasal zararı tazmin etmek için başvuru sahibine 1000 Danimarka kronu ödemesine ve bu kararın 45’inci fıkrası uyarınca yapılan hesaplamalardan çıkan toplam maliyet ve giderleri karşılmasına;  
Adaletin yerini bulması için davanın geri kalan kısımlarının men-i muhakemesine oy birliği ile,  
karar vermiştir.

## **HAKİMLER RYSSDAL, BERNHARDT, SPIELMANN VE LOIZOU’NUN ORTAK KARŞI OY YAZISI**

Mahkeme, ilk defa geniş bir kişiler grubuna “insan olma” keyfiyetini atfetmeyi reddeden ırkçı beyanların yayımına ilişkin bir davayı ele almaktadır. Mahkeme daha önceki kararlarında, bizce haklı olarak, demokratik bir toplum için basın, genel olarak medya, hürriyetinin taşımakta olduğu önemin altını çizmiş fakat “diğerlerinin itibar ve hakları”nın (Madde 10, fıkra 10-2) bu ölçüde tehlike altına girdiği bir durumu değerlendirmemişti.

Yeşilceketlilerin “10’uncu maddenin sağladığı korumadan yararlanamayacakları” şeklindeki çoğunluk görüşüne (Kararın 35’inci fıkrası) katılıyoruz. Aynı şey bu tür ırkçı ifadeleri

destekleyici yorumlarıyla ve onaylarıyla yayan gazeteciler için de geçerlidir. Bu sebeple, açıktır ki, basın hürriyetiyle diğerlerinin hakları arasındaki hassas dengeyi tutturmak zordur. Fakat çoğunluk görüşü, gazetecinin hürriyetine ırkçı nefretten zarar görenlerin korunmasına kıyasla çok daha fazla ağırlık hamletmektedir.

Ne röportajın yazılı metni ( kararın 117’inci fıkrası) ne de gördüğümüz video filmi Yeşilceketlilerin beyanlarının insan haklarına saygı üzerine kurulu bir toplumda hoş görülemeyeceğini açıkça ortaya koymaktadır. Başvuru sahibi, muhtemelen en kaba beyanları nazara sunma sonucu hatta niyetiyle, bütün röportajı birkaç dakikaya indirmiştir. Hal böyle olunca, en azından açık bir red beyanı eklemek kesinlikle kaçınılmaz olmuştur. Mahkeme çoğunluğu böyle bir reddetmeyi röportaj bağlamında değerlendirmektedir, oysa bu deşifre edilen beyanların bir yorumudur. Hiç kimse, televizyon spotunda yer alan halkın belli kesimlerinin ırkçı önyargılara destek verdiğini göz ardı edemez.

Peki, insanlık şerefi Yeşilceketliler tarafından saldırıya uğrayan, ya da inkar edilenlerin duyguları ne olacaktır? Televizyon yayımındaki bağlam içinde sunulmalarının korunmalarına katkı da bulunacağı izlenimini edinebilirler mi? Bir gazetecinin iyi niyeti bu tür durumlarda, özellikle de bizzat kendisinin tahrik ettiği ırkçı beyanları konu alan bir davada, yeterli değildir.

Irk Ayırmacılığının Bütün Biçimlerinin Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme bu tür bir televizyon spotundan sorumlu bir gazetecinin cezalandırılmasını gerektirmiyor olabilir. Diğer taraftan, medyanın da ırk ayırmacılığı ve ırkçı nefret alanında açık bir tutum takınmasını zorunlu kılan bir kanaati destekleyebilir.

Irk ayırmacılığı ve ırkçı tazyik tehdidi toplumumuzda kesinlikle ciddidir ve Mahkeme haklı olarak ırk ayırmacılığının tüm biçim ve tezahürleriyle mücadele etmenin hayati önemine dikkat çekmiştir (Kararın 30’uncu fıkrası). Danimarka Mahkemeleri insan olma şerefi saldırıya uğrayanların korunmasının ifade hürriyeti hakkı ile dengelenmesi gereğini bütünüyle tanımıştır. Mahkemeler başvuru sahibinin sorumluluğunu dikkatle değerlendirmiştir ve vardıkları sonuçlar da konuyla irtibatlıdır. Irki azınlıkların korunmasına bilgiyi söyleme hakkından daha az önem atfedilemez. Mevcut davanın somut şartlarında, kanaatimizce, bu Mahkemenin kendi çatışan çıkarlar dengelemesini Danimarka mahkemelerinkine ikame etmeye hakkı yoktur. Danimarka mahkemelerinin, bu hassas konuda Sözleşmeye Taraf Devletlere bırakılması gereken takdir hakkının sınırları içinde hareket ettiğini düşünüyoruz. Bu yüzden, Danimarka mahkemelerinin bulgularının Sözleşmenin 10’uncu Maddesinin ihlaline yol açtığı ileri sürülemez.

## **HAKİMLER GÖLCÜKLÜ, RUSSO VE VALTICOS’UN ORTAK KARŞI OY YAZILARI**

Jersild davasında Mahkeme çoğunluğunun görüşlerini paylaşamıyoruz.

Bu davada söz konusu edilebilecek iki temel ilke bulunmaktadır: Biri, Sözleşmenin 10’uncu Maddesinde öngörülen ifade hürriyeti, diğeri 10’uncu Maddenin 2’inci fıkrasında açıkça öngörülen kısıtlamalardan biri olan ve dahası Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun benimsediği temel insan hakları dökümanlarında, özellikle de 1965 Irk Ayırmacılığının Tüm Biçimlerinin Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşmede benimsenen irki nefreti savunmanın yasak olması. Bu Sözleşme Avrupa Sözleşmesi uygulandığında açıkça göz ardı edilemez. Üstelik bu Danimarka için de bağlayıcıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesini de, özellikle Avrupa Sözleşmesi terimlerine yüklenen kapsam ve Sözleşmenin genel terimlerinin getirdiği istisnalar bakımından, aldığı kararlarda yönlendirmelidir.

Jersild davasında Danimarka televizyonunun ilgili programında sarf edilen ve istenerek yeniden üretilen beyanlar, yorumlayıcısından her hangi bir önemli tepki görmeden, yalnızca genel olarak yabancılara değil fakat bilhassa, aşağı, insan-altı bir grup olarak tanımlanan siyah insanlara dönük nefreti tahrik etme derecesine varmıştır ( “Zenciler ... insan değildirler. Yalnızca bir goril fotoğrafına bakın... sonra da bir zenciye, aynı vücut yapısı ... Bir zenci insan değildir, bir hayvandır; bu diğer tüm yabancı işçileri, Türkleri, Yugoslavları ve her nasıl adlandırılıyorsa, diğerlerini de içine alır.”).

Bazı hakimlerin ifade hürriyetine özel önem atfetmelerini, -ülkeleri son zamanlarda bundan daha fazla yoksun bırakıldıkça bu daha fazla böyle olmaktadır-, takdir etmekle birlikte, bu hürriyetin ırki nefreti, mensup olduğumuz ırk dışındaki ırklara nefreti ve söz konusu ırklara mensup insanlara karşı şiddeti savunmayı teşvik etmeyi kapsayacak genişliğe ulaşmasını kabul edemeyiz. Yayımlanan program, izleyicilerinde sağlıklı bir reddetme tepkisini tahrik edeceği gerekçesiyle savunulmaya çalışılmaktadır. Şu kadarını söylemekle yetinelim: bu, tecrübeyle yalanlanan bir iyimserlik göstermektir. Bugün çok sayıda genç insan, hatta nüfusun önemli bir kesimi, hayatın zorlukları, işsizlik ve fakirlik altında kendilerini ezilmiş bulunca, hiçbir ihtiyat payı bırakmadan durumlarını irtibatlandırabilecekleri günah keçileri aramaya aşırı istekli hale gelmiştir; zira, ki bu önemli bir noktadır, söz konusu yayımdan sorumlu gazeteci, sunduğu görüşlere karşı görüşleri iletmek için hiçbir ciddi teşebbüste bulunmamıştır, ki bu en azından izleyiciler için, eğer etkileri dengelenecekse , yapılması zorunlu olan bir şeydi.

Bu durumda, cezai tedbirler almak suretiyle, -üstelik bunlar ılımlı cezalardı- Danimarka yargı kurumları hiçbir şekilde Sözleşmenin 10'uncu Maddesini ihlal etmemiştir.

### **HAKİMLER GÖLCÜKLÜ VE VALTICOS'UN EK KARŞI OY YAZILARI**

(Çeviri)

Başvuru sahibinin, ona her hangi bir tazminde bulunmayı bütünüyle haksız hale getirdiğini düşündüğümüz, ırkçılığın savunulmasına karşı tepkide bulunmamasının yanlış olduğuna öylesine kuvvetle kaniyiz ki, Kararın işleyen hükümlerinin 2'inci noktasının aleyhine oy verdik.

## Sekizinci Bölüm

Vogt /Almanya Kararı

## Dokuzuncu Bölüm

Fressoz and Roire / Fransa Kararı

Fransa'ya karşı Fressoz ve Roire Davasında,  
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 11 numaralı protokol<sup>169</sup> ile değişen haliyle İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin ("Sözleşme") 27. maddesine ve Mahkeme İçtüzüğü'nün<sup>170</sup> ilgili maddelerine göre aşağıdaki hakimlerden oluşan Büyük Daire olarak,

Sayın L. WILDHABER, Başkan,  
Bayan E. PALM,  
Sayın L. CAFLİSCH,  
Sayın J. MAKARCZYK,  
Sayın J.P. COSTA,  
Bayan V. STRÁŽNICKÁ,  
Sayın W. FUHRMANN,  
Sayın K. JUNGWIERT,  
Sayın M. FİSCHBACH,  
Bayan N. VAJÍC,  
Bayan W. THOMASSEN,  
Bayan M. TSATSA-NIKOLOVSKA,  
Sayın T. PANTIRU,  
Sayın R. MARUSTE,  
Sayın E. LEVİTS,  
Sayın K. TRAJA,  
Bayan S. BOTOUCHAROVA,

ve ayrıca Sayın P.J. MAHONEY VE BAYAN M. DE BOER-BUQUICCHIO, bölüm sekreterleri,  
12 Kasım 1998 ve 13 Ocak 1999 tarihlerinde gizli oturumda müzakere ederek, yukarıda belirtilen son tarihte adapte edilen aşağıdaki kararı vermiştir.

USUL

<sup>169</sup> 11 numaralı Protokol ve Mahkemenin İçtüzüğü 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>170</sup> 11 numaralı Protokol ve Mahkemenin İçtüzüğü 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

1. Dava, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (Komisyon) ve Fransa Hükümeti (Hükümet) tarafından sırasıyla 16 Mart 1998 ve 15 Mayıs 1998 tarihlerinde, Sözleşmenin değişmeden önceki 32/1 ve 47. maddelerinde belirtilen üç aylık süre içerisinde yine Sözleşmenin değişmeden önceki 19. maddesi hükmüne<sup>171</sup> göre kurulan Mahkemeye havale edilmiştir. Dava iki Fransız olan Sayın Roger Fressoz and Sayın Claude Roire tarafından 3 Ağustos 1995 tarihinde önceki 25. madde hükmüne göre Komisyona dilekçe verilmesi sonucunda bir başvurudan (no.29183/95) kaynaklanmaktadır.

Komisyonun havalesi önceki 44. ve 48. maddelerine ve böylece Fransa'nın Mahkemenin zorunlu yargı yetkisini tanımaya atıf yapmaktadır (önceki 46. madde); Hükümetin başvurusu önceki 48. maddeye atıf yapmaktadır. Talebin ve başvurunun amacı, Sözleşmenin 6/2 ve 10. maddelerine göre davalı Devlet tarafından yükümlülüklerin ihlal edilip edilmediği ile ilgili bir karar elde edebilmektir.

2. Önceki Mahkeme A İktüzüğünün<sup>172</sup> 33/3(d). maddesine uygun olarak yapılan araştırmaya cevap olarak başvuruçular, usul işlemlerinde yer almak istediklerini belirtmişler ve kendilerini temsil etmek için avukat belirlemişlerdir (önceki 30. madde).

3. 11. Protokolün yürürlüğe girmesinden önce ortaya çıkabilecek usule ilişkin sorunlarla ilgilenmek üzere daha önce oluşturulan Dairenin Başkanı olarak o zaman Mahkeme Başkanı olan Sayın R. Bernhardt Yazı İşleri Müdürü aracılığı ile hareket ederek yazılı prosedürün düzenlenmesi konusunda Hükümet Temsilcisine, başvuruçuların avukatına ve Komisyon Delegatesine danışmıştır. Bunun sonucunda oluşturulan usulü izleyerek, Yazı İşleri Müdürü Hükümetin ve başvuruçuların dilekçelerini sırasıyla 10 ve 27 Temmuz 1998 tarihlerinde almıştır. 24 Ağustos 1998 tarihinde Komisyon Delegeesi yazılı mütalaasını sunmuştur.

4. 16 Ağustos 1998 tarihinde, Başkanın talimatları üzerine Yazı İşleri Müdürü tarafından talep edilmesi üzerine Komisyon, önündeki işlem dosyasını tamamlamıştır.

5. Bunun üzerine, 1 Kasım 1998 tarihinde 11 numaralı Protokolün yürürlüğe girmesinden sonra 5/5. maddeye uygun olarak dava yeni Mahkemenin Büyük Dairesine havale edilmiştir. Büyük Daire; Fransa adına seçilmiş olan *ex officio* Hakim Sayın J.-P. Costa'dan (Sözleşmenin 27/2. maddesi ve yeni Mahkemenin İktüzüğünün 24/4 maddesi), Mahkeme Başkanı Sayın L. Wildhaber'dan, Mahkeme Başkan Yardımcısı olan Bayan E. Palm'dan, Bölüm Başkan Yardımcısı olan Sayın M. Fischbach'dan (Sözleşmenin 27/3. maddesi ve Mahkeme İktüzüğünün 24/3-5(a) maddeleri) oluşmaktaydı. Mahkeme İktüzüğüne göre atanan diğer üyeler şunlardır: Sayın L. Caflisch, Sayın J. Makarczyk, Bayan V. Stráznická, Sayın W. Fuhrmann, Sayın K. Jungwiert, Bayan N. Vajić, Sayın W. Thomassen, Bayan M. Tsatsa-Nikolovska, Sayın T. Pantiru, Sayın R. Maruste, Sayın E. Levits, Sayın K. Traja ve Bayan S. Botoucharova (Madde 24/3-5(b) ve (c) ve Madde 100/4).

6. Mahkemenin daveti üzerine Komisyon üyelerinden biri olan Sayın J.-C.Geus'u, Büyük Dairedeki işlemlerde yer almak üzere görevlendirmiştir.

7. Başkanın kararına uygun olarak 12 Kasım 1998 tarihinde Strazburg'da İnsan Hakları Binasında kamuya açık olarak bir duruşma yapılmıştır. Mahkeme önceden bir hazırlık toplantısı yapmıştır.

Mahkemenin önünde şunlar hazır bulunmuşlardır:

Hükümet adına;

Sayın J.-F.DOBELLE, Hukuk İşleri Müdür Yardımcısı Dış İşleri Bakanlığı,

Ajan,

---

<sup>171</sup> 11 numaralı Protokolün yürürlüğe girmesinden önce ve daimi bir surette görev yapan bir Mahkemenin kuruluşundan önce uygulandığı biçimde (Sözleşmenin 11 numaralı Protokol ile değişik 19.maddesi)

<sup>172</sup> Mahkemenin İç Tüzüğü A, 9 numaralı Protokolün yürürlüğe girmesinden önce Mahkemeye getirilen tüm davalara uygulanmıştır ve 31 Ekim 1998 tarihinden sonra da sadece bu Protokol ile bağlı olmayan Devletleri ilgilendiren davalara uygulanacaktır.

Sayın B. NEDELEC, hakim, İnsan Hakları Bölümü, Dışişleri Bakanlığı

Sayın A. BUCHET, hakim, İnsan Hakları Bölümü Başkanı, Avrupa ve Uluslararası  
Bölümü Başkanı, Adalet Bakanlığı,

Bayan C. ETIENNE, hakim, Ceza İşleri Bölümü, Adalet Bakanlığı, Danışman;

Başvurucular Adına;

Bayan C. WAQUET, Danıştay ve Yargıtay Barosundan, Danışman;

(c) Komisyon Adına

Sayın J.-C. GEUS,

Bayan M.-T. SCHOEPFER,

Delege;

Sekreter.

Mahkeme, Sayın Geus, Bayan Waquet ve Sayın Dobelle'nin sunuşlarını dinlemiştir.

## OLAYLAR

### OLAYIN GELİŞİMİ

8. Fransız vatandaşı olan Sayın Roger Fressoz ve Sayın Claude Roire, olayın vuku bulduğu zaman Paris'te yaşamaktaydılar. Sayın Fressoz 1921 tarihinde doğmuştur ve *Le Canard enchaîné* adlı haftalık mizah gazetesinin önceki yayın müdürüdür. Sayın Roire 1939 doğumludur ve *Le Canard enchaîné*'de gazetecidir.

#### A. Olay Konusu Makale

9. Ekim 1989 yılı Peugeot Motor Şirketi içinde endüstriyel bir huzursuzluk dönemi idi. İşgücünün talepleri; şirketin başkanı ve idare müdürü olan Sayın Jacques Calvet'in başında olduğu yönetimin vermeyi reddettiği ücret artışıydı.

10.27 Eylül 1989 tarihinde *Le Canard enchaîné* şu başlık altında Sayın Roire tarafından yazılmış bir makaleyi yayınlamıştır:

“Calvet maaşını turbo artırıyor”

Alt başlık olarak da:

“Bordroları onun gösterdiğinden fazlasını gösteriyor. Peugeot patronu son iki yıl içerisinde kendi kendine yüzde 45.9 artış yapmıştır.”

Makale şunu içermekteydi:

“Jacques Calvet Ekim 1988'de Antenne 2'nin '*L'heure de vérité*' programına çıktığında, ücreti hakkındaki soruya cevap vermek istemedi. Bu durum Peugeot açısından bir kamu ilişkileri hatası olarak görülmektedir. Ancak *Canard* doğrusunu ortaya koymak durumundadır. Bizim elimize şans eseri geçen meşhur M.D.'nin son üç aylık vergi tahakkukları formlarına teşekkürler. Programın yapıldığı tarihte her ay 185,312 Frank kazanmaktaydı.

Bu dokümanlar 1986 ve 1988 arasında Calvet'in toplam maaşının (aynî faydalar ve hastalık yardımı dahil) yüzde 45,9 oranında arttığını göstermektedir. Peugeot'un kendi rakamlarına göre, aynı iki yıl zarfında grubun 158,000 iççisinin ortalama ücreti yüzde 6,7 oranında, yani neredeyse patronunkinden 7 kez az artmıştır.

M.D.'nin umutsuzluğu

Calvet, Peugeot'yu olağanüstü bir tarzda yönetmişti, ancak Antenne 2'de son zamanlardaki bir mülakatta, Japon saldırısı karşısında grubunun durumu nedeniyle stres altında olduğunu söylemişti. Calvet'in üst düzey ücretlerde 1 numara olmadığını belirtilmesi gerekmele beraber, bu acı veren psikolojik krizin maaşını yutmasını engellemediği açıktır.

1987 yılında yıllık ücretinde yüzde 17 artış yaparak kendi kendini ödüllendirdi ve yıllık ücreti 1,786,171 Franka ulaştı, bu aylık 148,847 Frank yapmaktadır. Niçin? Çünkü muhtemelen, Maliye geçen yılın kazancından büyük bir dilim kapmıştır. Ve bu korkunç vergi ödeme helezonu bir sonraki yıl zarfında yıkıcı etkisini devam ettirmiştir. 1988'de Calvet bunu kazımak için kendine başka bir artış olarak yüzde 24 vermiştir. Bu yılda da ücreti 2,223,747 Franka ulaşmıştır, yani kesintilerden sonra aylık 185,312 Frank...”

Makale, Sayın Calvet'in toplam vergilendirilebilir gelirinin detayını gösteren üç adet vergi tahakkuk beyalarının her birinin fotokopisiyle resimlendirilmişti ve “aylık, aynı yardım ve hastalık yardımı” olarak aldığı miktarları göstermekteydi. Bu üç toplamı her biri kalem ile yuvarlak içine alınmıştı.

## **B. Başvuruculara Karşı Cezai İşlemler**

### *1. Soruşturma Aşamaları*

11. 2 ekim 1989'de Sayın Calvet bilinmeyen kişi veya kişilere karşı, Paris Yüksek İstinaf Mahkemesinde kıdemli soruşturma hakimine, tazminatları talep eden sivil taraf olarak, usule ait işlemleri birleştirme başvurusu ile birlikte bir şikayet dilekçesi verdi. Söz konusu olayların, normal olarak vergi yetkililerin ellerinde bulunan belgelerin kopyalarının veya orijinallerinin kanunsuz olarak alınmasını ve elde bulundurulmasını gerektirdiğini ve bir kamu görevlisi tarafından belgelerin veya dokümanların kötüye kullanılması, mesleksi güvenin ihlali, dokümanların yeniden çoğaltılması için gereken sürenin kötüye kullanılması ve kanunsuz olarak elde edilen dokümanların elde bulundurulması suçlarını oluşturduğunu ileri sürmüştür.

12. 5 Ekim 1989 tarihinde savcı; hırsızlık, mesleki güvenin ihlali, bir kamu görevlisi tarafından kanunsuz olarak belge ya da dokümanların alınması ve elde edilenlerin kanunsuz olarak elde bulundurulması iddialarının araştırılması amacıyla bir soruşturma yapmak için sorgu hakimine başvurmuştur.

13. 25 Ekim 1989 tarihinde, Bütçe Bakanı da, resmi dokümanların kanunsuz olarak alınması ve mesleksi güvenin ihlali nedeniyle meçhul kişi ya da kişilere karşı tazminatları talep eden sivil taraf olarak davaya müdahale dilekçesiyle birlikte cezaya ilişkin bir şikayet dilekçesi vermiştir. 11 Kasım 1989 tarihinde savcı daha derin bir soruşturma açılmasını talep etmiştir.

14. Soruşturma sırasında, Sayın Roire'nin elinde bulunan kopya dokümanların üzerindeki bilgisayar referans numarasının analizi, vergi yetkilileri tarafından tutulan vergi tahakkuku beyannamesinin fotokopileri olduğunu ve onların yerlerinden alınmasına müsaade edilmediğini göstermiştir. Mahallinde yapılan bir araştırma, dokümanları içeren odalardaki kilitlerin zorlanmadığını ve çalışma saatleri dışında binaları koruyan alarm sisteminin çalışmadığını teyit etmiştir.

Sayın Calvet'in 1988 yılı orijinal vergi tahakkukunun incelenmesi, Vergi Bölümü Müdürüne ait olan damgayı ortaya çıkardı. Bununla birlikte, bu kişinin Bölge Gelir Başkanı ve Vergi Müdürünün talebi üzerine ilgili vergi dosyasını 27 Eylül 1989 tarihinde istediği iddia edildi. Vergi mercilerinin yerlerinden dokümanı kanuna aykırı olarak almaktan sorumlu kişi veya kişilerin kimliği - bununla hiç kimsenin görevlendirilmemiş olması nedeniyle - tespit edilemedi.

15. 8 Mart 1991 tarihinde, başvurucular mesleksi güveni ihlal, belge ve dokümanları kanunsuz olarak alma ve hırsızlık yollarıyla elde edilen vergi tahakkuku beyannamelerinin kopyalarını ellerinde bulundurmaları suçlandı.

16. 20 Aralık 1991 tarihinde savcı, hırsızlık veya mesleksi güvenin ihlali suçlarıyla ilgili olarak kimsenin suçlanmamasını, birinci başvurucuya karşı tüm suçlamaların düşürülmesi ve ikinci başvurucunun, kimliği belirlenemeyen bir vergi memuru tarafından mesleksi güvenin ihlali yoluyla elde edilen vergi tahakkuklarını elde bulundurma suçlamasıyla Ceza Mahkemesinde yargılanmak üzere hapsedilmesini isteyen bir rapor hazırladı.

17. 27 Ocak 1992 tarihinde sorgu hakimi, hiçbir sanığın kimliğinin belirlenememesi nedeniyle hırsızlık ve mesleki güvenin ihlali ile ilgili işlemlerin devam ettirilmemesini emretmiştir. Hakim; kimliği belirsiz bir vergi memuru tarafından mesleki güvenin ihlali yoluyla elde edilen Sayın Calvet'in geliri ile ilgili gizli bilgiyi ve Sayın Calvet'in vergi tahakkuklarının çalınmış fotokopilerini elde bulundurma suçlamasıyla her iki başvurucağı da Ceza Mahkemesinde yargılanmak üzere tutukladı.

#### *Paris Ceza Mahkemesinde*

18. Başvurucular savunmalarında iki iddiayı ileri sürdüler: ilk olarak 29 Temmuz 1881 (bakınız aşağıdaki 25. paragraf) tarihli Basın Özgürlüğü Kanununun 42. bölümünde öngörülen yazı işleri müdürlerinin sorumluluk koşullarının uygulanamayacağı ve ikinci olarak da, Ceza Kanununun 460. maddesinde (bakınız aşağıdaki 27. paragraf) tanımlandığı üzere kendilerinin suçlandığı suçların unsurlarının olayda bulunmadığı.

19. Duruşmada Sayın Fressoz, gazetede basılan vergi tahakkuklarından alıntılarını ilk defa, kişisel olarak makaleyi baskı için vermeden önce provalara baktığında gördüğünü belirtmiştir. Sayın Roire'ye "bu dokümanların gazetecilikte güvenilir olup olmadığını" yani "bilginin doğru ve kontrol edilip edilmediğini" sorduğunu söylemiştir. Genel bir kural olarak, baskı için bir kopyayı vermenin, "herhangi bir problem bulunduğu editöre ve en sonunda da basın direktörüne danışan" editör yardımcısının sorumluluğunda olduğunu belirtmiştir.

İkinci başvurucağı, vergi tahakkuklarının fotokopilerinin, gazetede kullanılmadan yaklaşık iki gün önce kendi adına yazılmış olarak bir zarf içerisinde isimsiz olarak gönderilmiş olduğunu belirtmiştir. Özellikle *Fortune France* da dahil olmak üzere uzmanlık işlerinde Sayın Calvet'in ücret düzeyine bakarak dokümanlardaki bilgilerin "inandırıcılığını kontrol ettiğini" açıklamıştır. Ayrıca dokümanların "gerçek" vergi tahakkuk beyanlarının fotokopileri olduklarını anlamak için değişik kişilerle kontrol ettiğini söylemiştir. "Esas önem verilen düşüncenin dokümanların önemi olduğunu" ve kanuna aykırı olarak elde edildiğine ilişkin bir delil bulunmadığının ortaya çıktığını ekleyerek bunların gerçekten vergi makamlarının dokümanları olduğunu teyit ettiğini de özellikle belirtmiştir.

20. 17 Haziran 1992 tarihinde Paris Ceza Mahkemesi, dokümanları kimin açığa çıkardığını belirlemenin ve suçların işlendiği durumları ortaya koymanın imkansız olduğu ispat edildiğinden ana suçlar olan hırsızlık ve mesleki güvenin ihlali suçlarının çözülemediğine karar vererek başvurucağı beraat ettirdi.

Mesleki güvenin ihlali suçu ile ilgili olarak mahkeme şöyle karar vermiştir:

"...

Bu davada, sözkonusu dokümanların orijinallerinin Sayın Calvet'in vergi dosyasında bulunan vergi tahakkuk beyannameleri olduğu anlaşılacakla beraber, o zamanki güvenlik önlemleri ne olursa olsun, vergi yetkililerinin kendileri failin "dışarıdan biri" olduğunu kabul ettiklerinden bu durumdan mutlak surette, belgeleri fotokopi ettirmek için gerekli zaman zarfında onları yasaya aykırı olarak alma veya üçüncü kişilere açıklama suçunu işleyen kişinin yukarıda anılan hükümden (Vergi Usul Kanununun 103. maddesi) tanımlanan kişilerden biri olduğu çıkarılamaz. Çünkü, o zamanki güvenlik düzenlemeleri ne olursa olsun bizzat vergi yetkilileri failin 'dışarıdan biri' olabileceğini kabul etmişlerdir.

Bundan dolayı, ifşa etmekten sorumlu olan kişinin statüsü ve mesleki görevlerinin bilinmemesi gerçeği, mesleki güvenin ihlali suçunun ana unsurlarını ispatlama imkanını ortadan kaldırmaktadır.

Binaenaleyh, suçun işlendiğine ilişkin resmi hiçbir kanıt bulunmamaktadır. Böylece mesleki güven ihlalinin sonuçlarını ellerinde bulduran davalılara karşı suçlama ispat edilememiştir..."

Hırsızlık suçlamasıyla ilgili olarak mahkeme şöyle karar vermiştir:

“... Özellikle dokümanları kopyalayan kişinin herhangi bir yasadışı niyetinin bulunduğu veya dokümanları aldığı zaman böyle bir niyetinin bulunduğu ortaya konulamamıştır.

Dolayısıyla, bu dokümanların Sayın Roire'nin elinde nasıl bulunduğu ile ilgili cevaplandırılmamış soruları daha fazla tekrarlamadan, hırsızlık suçunun unsurlarının yeterli biçimde ispatlanamadığı sonucuna ulaşmaktayız.

En başta ciddi bir suç olarak (cürüm) veya daha başka bir önemli suç (kabahat) olarak tanımlanan bir fiilin işlendiği ve unsurlarının olduğu tam olarak ortaya konulmadıkça bir suçun ön koşulları eksiktir ve davalı beraat ettirilmelidir.”

21. 25 ve 26 Haziran 1993 tarihlerinde, sırasıyla savcı ve zararları talep eden sivil taraflar temyiz için başvurmuşlardır.

### *Paris İstinaf Mahkemesi*

22. Paris İstinaf Mahkemesi 10 Mart 1993 tarihli kararıyla kararı bozdu ve başvuru kimliği belirsiz vergi memuru tarafından mesleki güvenin ihlali yoluyla elde edilen Sayın Calvet'e ait vergi beyanlarının fotokopilerini ellerinde bulundurmakla suçlu buldu. Sayın Fressoz ve Sayın Roire sırasıyla 10.000 ve 5.000 Fransız Frankı para cezası ile cezalandırıldılar ve müştereken ve müteselsilen Sayın Calvet'e manevi zarar olarak 1 Frank ve Ceza Usul Kanununun 475-1. maddesi hükmüne göre yargılama gideri olarak 10.000 Frank ödemekle emredildiler.

İstinaf Mahkemesi aşağıdaki şekilde karar vermiştir:

“Bu mahkeme, mahkemenin aşağıda analiz ettiği olaylardaki tarz ile hemfikir değildir. Soruşturmanın sonuçları; Jacques Calvet'in dosyasını dışarıdan herhangi birinin istemesi ve 27 Eylül 1989 günü sabahleyin Chaillot Vergi Dairesinin kendine özgü uygulamasına göre dosyalanan belgelerle birlikte normal şekilde bulunması nedenleriyle, söz konusu belgeleri bu bölümü tanıyan bir vergi memurunun sızdırmış olabileceğini göstermektedir. Dosyanın sadece yetkili kişilerin ulaşabileceği kapalı bir odada metal bir dolapta tutulduğu göz önüne alındığında, memur olmayan vergi dairesinin dışından üçüncü bir kişinin dikkat çekmeksizin dosyada iki ayrı yerde bulunan belgeleri alamayacağı, fotoğrafını ya da fotokopisini çekemeyeceği ve daha sonra da tam olarak doğru yerine yerleştiremeyeceği kesindir.

Bundan dolayı bu olayda, aşağıdaki Mahkemenin tersine mesleki güvenin ihlali suçunun işlendiği ve failin tespit edilememesinin konu ile ilgisi bulunmadığı gerçeğinin tespit edildiğine karar verilmiştir.

Sayın Roire soruşturma hakimine, Jacques Calvet'in vergi beyannamelerinin bir zarf içerisinde kişisel olarak kendi adına hitaben gazeteye isimsiz olarak gönderildiğini söylemiştir. Bu belgelerin gerçek vergi belgeleri olduğundan emin olmak için değişik kişileri sorguladığını teyit etmiştir.

Söz konusu belgelerin örneklerini de içeren Sayın Roire'nin makalesi “*Le Canard enchainé*” gazetesinin yazı işleri müdürü olan Roger Fressoz'e sunulmuş ve o da baskıya vermiştir.

Sayın Fressoz soruşturma hakimine, Jacques Calvet'in vergi beyannamelerinden alıntılarını bu noktada gördüğünü söylemiştir. Kural olarak, makale nüshasının kıdemli editör yardımcısı tarafından baskıya verildiğini, eğer bir problem varsa en son olarak editör yardımcısının editöre, yani kendisine danıştığını söylemiştir.

Mesleki güvenin ihlalinin meyvelerini elde bulundurma suçu, Vergi Usul Kanununun L.103. maddesi ile Ceza Kanununun 378. maddesinin ihlali yoluyla elde edilen belgelerin

basılması şeklinde nitelendirilmektedir. Belgelerin doğası ve Sayın Roire'nin gerçekleştirdiğini söylediği kontroller göz önüne alındığında, bu suç Sayın Roire ve Sayın Fresso tarafından işlenmiştir. Davalıların bu belgelerin bir vergi dosyasına ait olduğunu bilmeleri gerekirdi. Ayrıca, bu durum makalenin niçin editör yardımcısı ya da editör tarafından değil de, yazı işleri müdürü olan Sayın Fresso tarafından baskıya verildiğini açıklamaktadır. Sayın Fresso'un belgelerin kendisine gönderildiği kişi olmamasına rağmen, belgelerden alıntılar yaparak makaleyi basmak için yetki vermeden önce gördüğünü hatırlamak manidardır. Bu nedenle, mesleki güvenin ihlali sonuçlarını işleme suçunun *actus reus* ve *mens rea*'sı makalenin yazarı olan sayın Roire'nin davasında olduğu kadar, Sayın Fresso'un davasında da mevcuttur..."

#### 4. Yargıtay Aşaması

23. Sayın Fresso ve Sayın Roire hukuk bakımından Yargıtay'a başvurmuşlardır. Başvuru gerekçelerinde (daha sonra da Sayın Calvet'in dilekçelerine cevapta) iki iddiaları ileri sürmüşlerdir.

Başvuru dilekçesinin ilk gerekçesinde, Sayın Fresso 29 Temmuz 1881 tarihli Kanunda tanımlandığı üzere yazı işleri müdürü olması nedeniyle, ilk derece mahkemelerinin genel ceza hukukuna göre suçu ele alarak kendisini mahkum etmeye yetkili olmadıklarını, ancak bu Kanunda özel olarak tanımlanan suçlardan biri ile mahkum edebileceklerini iddia etmiştir. Yanıtında, Sayın Calvet ile ilgili olanın "elde bulundurma" değil, basın kanunlarının herhangi bir hükmü ile çelişmeyen "yayın" olduğunu ileri sürerek karşı tarafın "elde bulundurma" ile "yayını" birbirine karıştırdığına işaret etmiştir. Böylece dava uygun olmayan başka bir suçlamaya, yani "elde bulundurmaya" kaymıştır.

İkinci bir iddia olarak da, her iki başvurucu itham edildikleri suçun kendi davalarında 1881 Kanununun 5, 6 ve 42. maddelerinin de aralarında bulunduğu iç hukuk kurallarında tanımlandığı üzere ortaya konulmadığını iddia etmişlerdir. Bu noktada, Sayın Calvet'in vergi tahakkuklarının, gizli olarak saklanması gereken bir görev kapsamı içinde olmadığını – böylece bu tür bir görev ihlalinin söz konusu olamayacağını – tersine kamuya açık olan bir bilgiyi içerdiğini ileri sürmüşlerdir. Hukuka uygun olarak bir gazetecinin "bilgiyi elde bulundurmaktan" mahkum edilemeyeceğini iddia etmişler ve İstinaf Mahkemesinin, itham edildikleri suçun – yani söz konusu şeyin elde bulundurulması veya kontrolü ve yasaya aykırı olarak elde edildiğini bilmiş olmaları - *actus reus* ve *mens rea*'sının kendi olaylarında nasıl ortaya konulduğunu gösterme konusunda başarısız olduğunu belirtmişlerdir. Sayın Roire'nin belgeleri aldığı bunların gerçekten vergi beyannameleri olduğunu teyit etmesi nedeniyle, İstinaf Mahkemesinin Sayın Roire'nin bunların yasalara aykırı olarak elde edilmiş olduğunu bilmesi gerektiği sonucuna ulaşması ile ilgili olarak Sayın Roire, "gazeteci olarak sadece görevini yaptığını, tüm gazetecilerin dikkatli hareket etmeleri ve kaynakları doğrulamaları konusundaki yükümlülüklerinin gerektirdiği gibi, bilgileri basmadan önce gerçek olup olmadığını kontrol ettiğini" belirtmiştir.

24. Yargıtay 3 Nisan 1995 tarihinde aşağıdaki şekilde karar vererek temyiz istemini ret etmiştir:

"...

Bu Mahkeme tarafından gözden geçirmeye tabi olmayan olayın bulgularının da gösterdiği gibi (İstinaf Mahkemesinin ortaya koyduğu) gerekçeler; Vergi Usul Kanununun L. 103. maddesine aykırı olarak mesleki güvenin ihlali yoluyla elde edilen belgeleri davalıların bilerek elde bulundurduklarını ve kontrol ettiklerini tespit eden İstinaf Mahkemesinin (davalılar tarafından) ileri sürüldüğü gibi yanılmadığını göstermektedir.

Özellikle İstinaf Mahkemesinin; yasaya aykırı olarak elde edilen fotokopileri ellerinde bulundurma nedeniyle başvuru sahipleri suçlu bulmasına rağmen, gazetecilerin Ceza Mahkemesinde tutuklanmalarına neden olan yasal olmayan yollardan elde edilen bilgileri elde bulundurma suçlamasını haklı olarak reddetmesi nedeniyle, sadece çalınan malların elde bulundurulmasının tanımlandığı o zaman geçerli olduğu şekilde Ceza Kanununun 460. maddesini yanlış yorumlamış olduğu kabul edilemez.

Bilgi ve bilginin kaynağı ne olursa olsun 1 Mart 1994 tarihinde yürürlüğe giren Ceza Kanununun ne 460. maddesi ve ne de 321/1. maddesi kapsamında değildir. Böylece bir

problem ortaya çıkarsa, yani belli bir bilgi yayınlanır ve bu yayın da ilgili kişiler tarafından reddedilirse, bununla ilgili yegane yasal hükümler özel olarak basın ve görüntülü iletişim özgürlüğü ile ilgili olanlardır...”

## İLGİLİ İÇ HUKUK

### 29 Temmuz 1881 tarihli Basın Özgürlüğü Kanunu

25. 29 Temmuz 1881 tarihli Basın Özgürlüğü Kanununun ilgili bölümleri aşağıdaki gibidir.

#### Bölüm 1

“Herkes kitap ve diğer yayınları basabilir ve satabilir”.

#### Bölüm 5

“Herhangi bir gazete veya periyodik yayın, 7. bölümde istenen beyanın sağlanması halinde önceden izin alınmaksızın ve herhangi bir teminat ödemesi yapılmaksızın basılabilir”.

#### Bölüm 6

“Tüm basımevlerinin bir yayının müdürünün bulunması zorunludur...”

#### Bölüm 42

“Aşağıdaki kişiler esas olarak ve müteakiben basın yoluyla işlenen ciddi cürümler veya diğer büyük suçlarla (*delits*) ilgili cezalardan sorumludurlar:

Yaptıkları işler ve unvanları ne olursa olsun yayın müdürleri ve yayıncılar ve 6(2). bölümde tanımlanan hallerde ortak yayın müdürleri;  
Yukarıdakilerin bulunmaması halinde gerçek failler;

...”

#### Vergi Usul Kanunu

Vergi Usul Kanununun ilgili maddeleri aşağıdaki gibidir:

#### Madde L.103

Ceza Kanununun 378. maddesinde tanımlandığı üzere mesleksi güveni koruma görevi, görev sırasında veya yetkilerin kullanımında, Genel Vergi Kanununda geçen her tür vergi, gümrük vergisi, harç ve hacizler konusundaki tahakkuk, inceleme veya tahsil yahut uyuşmazlıklarda görev alması gereken kişilere uygulanır. Gizliliği koruma görevi yukarıda anılan işlemler sırasında elde edilen tüm bilgilere uygulanacaktır.”

#### Madde L.111-1

“Gelir veya kurumlar vergisi mükelleflerinin listesi her bir belediyede bu iki vergi türü için ayrı olarak düzenlenecektir.

...

Liste her bir bölgede Gelir Bölümü tarafından tutulacak ve bu bölgedeki vergi mükellefleri tarafından danışmada bulunulması için hazır bulundurulacaktır. Bölüm listenin posta ile gönderilmesini isteyebilir.

...

Gelir vergisi ile ilgili liste, bir kararname ile belirleneceği şekilde her bir vergi mükellefi için bağımlıların ödeneğini, uygulanabilir vergi birimlerini, ödenmesi gereken vergi ve toplam vergi alacağını gösterecektir.

...Yukarıda anılan listeleri veya belli bir kişiyle ilgili olan listelerdeki bilgileri yayınlamak veya başka türlü yaymak yasaktır, aksi taktirde (Genel Vergi) Kanununun 1768. maddesine göre para cezası kesilir”.

#### Ceza Kanunu

27. Olay tarihinde Ceza Kanununun 460. maddesi şu hükmü içermektedir.

“Her kim, ciddi bir cürüm (*crime*) veya başka bir cürüm (*delit*) yoluyla alınmış, haksız olarak alınmış veya elde edilmiş olan herhangi bir eşyayı elinde bulundurursa, üç aydan beş yıla kadar hapis cezası veya 10,000 – 2,500,000 Fransız Frankı arasında para cezasıyla yahut da her iki cezayla (hapis ve para) birlikte cezalandırılır. Para cezası miktarı elde bulundurulmuş malların değerinin yarısını geçmemek üzere 2,500,000 Fransız Frankını aşacak şekilde artırılabilir...”

#### KOMİSYON AŞAMASINDAKİ İŞLEMLER

28. Sayın Fressoz ve Roire 3 Ağustos 1995 tarihinde Komisyona başvurmuştur. İstinaf Mahkemesi tarafından mahkum edilmelerinin Sözleşmenin 10. maddesindeki ifade özgürlüğünün ihlalini oluşturduğunu iddia etmişlerdir. Ayrıca Sözleşmenin 6. maddesinin 2. paragrafında belirtilen masuniyet karanesi ilkesinin kendi davalarında ihlal edildiğinden yakınmışlardır.

29. Komisyon başvuruyu (no. 29183/95) 26 Mayıs 1997 tarihinde kabul edilebilir bulmuştur. 13 Ocak 1998 tarihli raporunda (önceki 31. madde) yirmi bir oya karşı on bir oy ile 10. maddenin ihlal edildiğini belirtmiş ve on sekiz oya karşı on dört oy ile de 6. maddenin 2. paragrafına göre ayrı bir hususun ortaya çıkmadığını ifade etmiştir. Komisyonun görüşünün tam metni ve üç ayrışık oyun metinleri raporda mevcuttur ve bu rapor bu Mahkemenin kararına eklidir.

#### MAHKEMEYE SON SUNUŞLAR

30. Hükümet, dilekçesinde Mahkemeden Sayın Fressoz ve Roire'nin başvurusunun iç hukuk yollarını tüketmemeleri nedeniyle kabul edilemez bularak reddetmesini veya alternatif olarak da Sözleşmenin 10. maddesinin ihlalinin bulunmadığına karar vermesini istemiştir. Sözleşmenin 6. maddesinin 2. paragrafı hakkındaki şikayet ile ilgili olarak da, olayla ilgisiz olması - *ratione materiae* - nedeniyle reddetmesini veya yine alternatif olarak 6/2. maddenin ihlal edilmediğine karar vermesini talep etmişlerdir.

31. Başvurucular Mahkemeden 10. maddenin ve 6/2. maddenin ihlal edildiğine karar vermesini ve kendileri için adil tazminata hükmetmesini talep etmişlerdir.

#### HUKUKA DAİR

##### **I. SÖZLEŞMENİN 10. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI**

32. Başvurucular Paris İstinaf Mahkemesi tarafından mahkum edilmelerinin aşağıdaki hükmü içeren Sözleşmenin 10. maddesini ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir.

“1. Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğünü, kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerir...”

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, sağliğin veya ahlakın, başkalarının 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.”

Hükümet bu sunuşa karşı çıkmıştır; Komisyon ise bu sunuş ile hemfikirdir.

Hükümetin ön itirazı

33. Komisyon önünde olduğu gibi, Hükümet iç hukuk yollarının tüketilmediğini iddia etmiştir. Sayın Fressoz ve Roire çalınmış eşyaların elde bulundurulması suçunu reddetme konusunda kendi kendilerini sınırlamışlardır. Hiçbir aşamada, hatta alternatif bir sunuş olarak dahi, suçlu buldukları ithamlar ile ifade özgürlüğü ilkesi arasında bir çelişki bulunduğunu tartışmaya çalışmamışlardır. Böylece, ulusal mahkemelerde kabul edilebilir olan bu noktada başarılı olabileceklerine rağmen, açık bir biçimde ya da esas aşamada Sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edilmiş olduğundan yakınmamışlardır. Böylece, aleyhlerinde yürütülen cezai işlemlerin ifade özgürlüğü ile telif edilebilir olup olmadığı konusunda karar verilmesi için, Fransız Mahkemelerine şans verme konusunda başarısız olmuşlardır. Binaenaleyh, iç hukuk yolları tüketilmemiştir ve Mahkeme, Yunanistan'a karşı açılmış olan Ahmet Sadık davasındaki kararı ile uyum içinde (bkz. 15 Kasım 1996 tarihli karar, *Reports of Judgements and Decisions* 1996-V, s. 1654, paragraf 32-33) bu davayı görmemelidir.

34. Başvurucular buna karşı Yargıtay'da bulunan dilekçelerinin de gösterdiği gibi (bkz. 23. paragraf) bu Mahkemede Sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiği şikayetini esasta ileri sürdüklerini belirtmişlerdir. İfade özgürlüğü ilkesini ortaya koyan 29 Haziran 1881 tarihli Kanuna atıf yaparak, öncelikle Sayın Calvet'in vergi beyannamelerinin kamuya açık olması nedeniyle gizli olmadığını ve ikinci olarak da, “bilgiyi elde bulundurmaktan” suçlu olamayacaklarını ileri sürmüşlerdir. Ne olursa olsun, 10. maddenin ihlal edilmiş olmasının, ifade özgürlüğünün korunmasının önüne geçen çalıntı malların elde bulundurulmasını düzenleyen normal hukuk kurallarını engellemeyeceğini iddia etmişlerdir.

35. Komisyon kabul edilebilirlik kararında; Yargıtay'da başvurucuların esasta 10. maddenin ihlali ile bağlantılı olarak şikayette bulunmaları nedeniyle bu itirazı reddetmiştir. Ayrıca Komisyon Delegesi Mahkeme önünde, Yargıtay'ın yetkilerinin sınırlı olması nedeniyle (olaya yönelik İstinaf Mahkemesinin bulgularını yeniden inceleme yetkisi yoktur), hukuka uygunluk noktasında temyiz yoluyla iddia edilen ihlalin telefı edilmesinin pek mümkün olmayacağını tekrarlamıştır. Komisyon Delegesi mütalaasında; genel olarak yasalara göre bilgiyi yaymanın mahkumiyete yol açmadığı durumda, başvurucuların ifade özgürlüğünü ileri sürmelerinin çok küçük bir anlamı olacağını belirtmiştir.

36. Sözleşmenin 35. maddesinin 1. paragrafı (önceki 26. madde) aşağıdaki gibidir:

“Uluslararası hukukun genellikle kabul edilen ilkelerine göre, Mahkeme uyuşmazlığı ancak iç hukuktaki başvuru yollarının tüketilmesinden sonra ve kesin iç kararın verildiği tarihten başlayarak altı aylık bir süreden sonra çözümlenebilir.”

37. Mahkeme; yukarıda atıf yapılan kuralın amacının, iddiaların Mahkemeye getirilmeden önce ileri sürülen ihlalleri Sözleşmecı Devletlerin genellikle olağan mahkemeler yoluyla engellemesi ve düzeltilmesi imkanının verilmesi olduğunu tekrar etmektedir. Bu kural “bir derece esneklik ve aşırı şekilcilikten uzak olarak” uygulanmalıdır; daha sonra Strazburg'da yapılması amaçlanan şikayetler, ulusal otoriteler önünde “en azından esasta iç hukukta belirlenen süreler ve şekilsel gerekliliklerle uyumluluk içinde yapılmış olmalıdır (bkz.İspanya'ya karşı Castells kararı, 23 Nisan 1992, Series A no. 236, sayfa 19, paragraf 27, ve Türkiye'ye karşı Akdivar ve Diğerleri Kararı, 16 Eylül 1996, *Reports* 1996-IV, sayfalar; 1210-11, paragraflar; 65-69).

38. Başvurucular bilgiyi yayma işi ile uğraşmaktadırlar ve belgeleri basmaları nedeniyle mahkum olmuşlardır. Yargıtay'da başvurucular, kendilerinin eylemleri göz önüne alındığında 10. maddeye paralel hükümler içeren 29 Temmuz 1881 tarihli Basın Özgürlüğü Kanununun değişik hükümlerini ileri sürmüşlerdir. Bu Mahkemeye yaptıkları temyiz başvurusundaki dilekçelerinde Başvurucular, makalelerinin Basın Özgürlüğü Kanununun herhangi bir hükmü ile çelişmediğini ve bir gazeteci olarak Sayın Roire'nin sadece “görevini” yaptığını iddia etmişlerdir (bkz. Yukarıdaki 23. paragraf). Cevap dilekçelerinde başvurucular; elde bulundurma ile suçlanmış olduklarını, bu nedenle medyayı düzenleyen özel hükümlerden ziyade, genel hükümlere göre yargılanmaları gerektiğini söyleyerek,

“elde bulundurma” ile “yayını” karıştırmasından dolayı yargıyı eleştirmişlerdir (bkz. Yukarıdaki 23. paragraf). Gerçekten de, Yargıtay, kararında bilginin kendisine uygulanması gereken kanun ile bilgiyi içeren belgeye uygulanması gereken kanun arasında ayırım yaparak gazetecilerin bilgi hakkı alanında dolaylı olarak karar vermiştir.

39. Bu şartlar altında Mahkeme, ifade özgürlüğünün Yargıtay’daki yargılama sürecinde ihtilafı olduğuna ve bu Mahkemede başvurucular tarafından ileri sürülen yasal iddiaların Sözleşmenin 10. maddesi ile bağlantılı bir yakınma içerdiğine karar vermektedir.

Böylece Yargıtay’da Sözleşmenin 10. maddesine göre başvurucuların iddiası en azından esasta ileri sürülmüştür. Bundan dolayı da Hükümetin iç hukuk yollarının tüketilmediği yolundaki iddiası reddedilmelidir.

### **Davanın Esası**

40. Başvurucular meçhul bir vergi memuru tarafından mesleki güvenin ihlali yoluyla elde edilmiş olan vergi beyannamelerinin fotokopilerini ellerinde bulundurmaları nedeniyle mahkum edilmelerinin ifade özgürlüğü haklarını ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir.

41. Başvurucuların mahkumiyeti ifade özgürlüğünün kullanımına “bir müdahale” idi. Böylesi bir müdahale, ikinci paragrafta sözü edilen bir veya birden fazla meşru amaç gözetilmeksizin ve böyle bir amacı veya amaçları elde etmek için “demokratik bir toplumda gerekli” olmaksızın “kanunla belirlenmedikçe” 10. maddeyi ihlal eder.

### *“Kanunla Belirlenme”*

42. Mahkemede duruşmaya katılanlar, müdahalenin Ceza Kanununun 460. maddesi ve Vergi Usul Kanununun L. 103. maddesi ile “kanunla belirlendiği” konusunda hemfikirdirler. Mahkeme bu görüşü paylaşmaktadır.

### *Meşru Amaçlar*

43. Başvuruculara, Hükümete ve Komisyona göre müdahale başkalarının ünlerini veya haklarını korumak ve gizli olarak ulaşılmış bilgilerin açıklanmasını engellemeyi amaçlamaktadır. Mahkeme bu konuda başka türlü karar vermek için herhangi bir neden görmemektedir.

### *3. “Demokratik bir toplumda gereklilik”*

44. Bu nedenle Mahkeme, müdahalenin bu amaçlara ulaşmak için demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını konusunda düşünmelidir.

### **Genel İlkeler**

45. Mahkeme 10. madde ile ilgili içtihatlarına göre temel ilkeleri tekrarlamaktadır.

İfade özgürlüğü demokratik bir toplumun vazgeçilmez temellerinden birini teşkil etmektedir.

İfade özgürlüğü, 10. maddenin 2. paragrafına bağlı olarak, sadece hoş giden veya zararsız olarak telakki edilen “bilgi” veya “fikirlere” değil, aykırı olan, sarsan veya rahatsız eden “bilgi” veya “fikirlere” de uygulanabilir. Bunlar “demokratik toplumun” olmazsa olmazları olan çoğulculuk, hoşgörü ve geniş fikirlilik talepleridir. (bkz. Birleşik Krallığa karşı Handyside kararı, 7 Aralık 1976, Series A no. 24, sayfa 23, paragraf 49, ve Danimarka’ya karşı Jersild kararı, 23 Eylül 1994, Series A no. 298, sayfa 26, paragraf 37).

(ii) Basın demokratik bir toplumda temel bir rol oynamaktadır. Özellikle başkalarının şöhreti ve hakları ile ilgili olarak ve ayrıca gizli bilgilerin açıklanmasını önleme ihtiyacı açısından belli sınırları aşmaması gerekmele birlikte, basının görevi, yükümlülükleri ve sorumlulukları ile uyum içinde kamu yararı ile ilgili tüm konularda bilgi ve fikirleri ifade etmektir. (bkz. Belçika’ya karşı De Haes ve Gijssels kararı, 24 Şubat 1997, Raporlar 1997-I, sayfalar 233-34, paragraf 37). Ayrıca Mahkeme, basına ait özgürlüğün mübalağa ve hatta provokasyon derecesini muhtemelen kapsadığı gerçeğinin de farkındadır (bkz. Avusturya’ya karşı Prager ve Oberschlick kararı, 26 Nisan 1995, Series A no. 313, sayfa 19, paragraf 38).

(iii) Genel bir kural olarak ifade özgürlüğü konusundaki herhangi bir kısıtlama için “gereklilik” inandırıcı bir şekilde belirlenmelidir. Gerçekten de, kısıtlama için “baskı yapan bir sosyal ihtiyaç” bulunup bulunmadığını değerlendirmek en başta ulusal otoritelere aittir ve ulusal otoriteler bu değerlendirmelerinde belli bir taktir yetkisine sahiptirler. Basını ilgilendiren bu olay gibi olaylarda, ulusal değerlendirme yetkisi, serbest bir basının temininde ve onu devam ettirmede demokratik toplumun çıkarları tarafından kuşatılmaktadır. Buna benzer biçimde; 10. maddenin 2. paragrafına uygun olarak yapılması gerektiği gibi, bu fayda büyük ölçüde, kısıtlamanın amaçlanan meşru bir hedefe uygun olup olmadığını belirlemedeki denge içerisinde ölçülecektir. (bkz. *mutatis mutandis*, birleşik Krallığa karşı Goodwin kararı, 27 Mart 1996, *Reports* 1996-II, sayfalar; 500-01, paragraf 40, ve Avusturya’ya karşı Worm kararı, 29 Ağustos 1997, *Reports* 1997-V, sayfa 1551, paragraf 47).

(iv) Denetim işlevini yerine getirirken Mahkemenin görevi, ulusal Mahkemelerin yerini almak değil, aksine 10. maddeye göre takdir yetkisi izlenerek alınan kararları gözden geçirmektir. Bu şekilde Mahkeme görevini yerine getirirken, bir bütün halinde olayın ışığı altında yakınılan “müdahale” yi incelemeli ve ulusal otoriteler tarafından ileri sürülen müdahaleyi meşru kılacak sebeplerin “ilgili ve yeterli” olup olmadığını tespit etmelidir (bkz. Pek çok başka içtihat arasında yukarıda sözü edilen Goodwin kararı, sayfalar; 500-01, paragraf 40).

### **Yukarıdaki ilkelerin bu olaya uygulanması**

46. Sayın Fresso ve Sayın Roire, makalelerinin o zaman özel bir ilgi ile Sayın Calvet’in kazancındaki değişikliklere karşı genel bir kamuoyu tartışması içinde basıldığını söylemişlerdir. Peugeot başkanının önemli olmasının, onun oynadığı rolün, endüstriyel tartışmanın boyutunun ve söz konusu şirketin büyüklüğünün kendilerini tartışmaya iten konular olması nedenleriyle, makale ile Peugeot başkanının kişiliğinden daha ötedeki tartışmaya katkıda bulunmak amaçlanmıştır. Bu nedenle basılan makale, Sayın Calvet’in şöhretini veya haklarını değil, başında bulunduğu şirketin yönetimini ilgilendirmektedir.

Kendilerine verilen ceza, Yargıtay’ın içtihatlarına göre, eğer özellikle bir kimse kamusal görevleri ya da yarı kamusal görevleri yerine getiriyorsa, bu kimsenin gelirini veya malvarlığının detaylarını yayınlamak özel hayatına bir müdahale teşkil etmemesi nedenleriyle daha da haksızdır.

Ayrıca bu ceza, gizliliği korumak amacıyla görevle uyumu sağlamak için gerekli değildi. Bu olayda sadece vergi memurlarının gizlilikle ilgili yükümlülükleri vardır. Çalışma meclisi üyeleri ya da Sayın Calvet’in aile üyeleri gibi diğer kimseler geliri hakkında bilgi açıklayabilirlerdi. Her halde de, Sayın Fresso ve Sayın Roire, isimsiz olarak kendilerine gönderilen vergi tahakkuklarının fotokopilerinin – ulusal mahkemelerinin bizzat kendilerinin de iki yıllık soruşturmaya rağmen bu tür bir ihlali tespit edemedikleri gibi – mesleksi güvenin ihlali yoluyla elde edildiğini bilemezlerdi.

Başvurucular fotokopisi yapılmış belgelerin bir kısmını basarak, bilgilerin doğru olduğunu gösterebilmişler ve gazeteci olarak teyit edilen bilgileri ve delilleri iletme amacıyla görevlerini yapmışlardır.

Nihayet, İstinaf Mahkemesinin ve Yargıtay’ın gerekçesi açık bir şekilde yapaydır ve basın özgürlüğü üzerindeki zararlı etkileri çok yakındır. Sayın Calvet, sadece kendisinin gelirinin açıklanmasından şikayetçi olmuştur. Başvurucuların, fotokopileri ellerinde bulduklarından dolayı sadece kurallara dayalı olarak bir suçtan mahkum oldukları gerçeği; yayının bizzat kendisinin oldukça yasal olmasına rağmen, bilgiyi basmak için onları cezalandırma isteğini gizlemiştir.

47. Komisyon bu anlatılanların esası ile aynı şekilde düşünmüştür.

48. Hükümet; başvurucuların mahkumiyetine yol açan şeyin vergi konuları ile ilgili gizliliğin ihlali olduğunu ve bu mahkumiyetin gizliliğin etkili biçimde korunmasını sağlamak için gerekli olduğunu iddia etmiştir. Eğer gizli kalması gereken bilgi de dahil olmak üzere herhangi bir bilgi ceza görmeksizin açıklanabilir ise, gizliliği koruma göreviyle uyumu temin etmeyi ummak gerçekçi olmayacaktır. İfade özgürlüğü üzerindeki kısıtlamalar, bilginin elde edildiği zaman bu bilgi ile ilgili sorumluluklar ve yükümlülüklerin ışığı altında değerlendirilmelidir. Mektubun muhatapları belgelerin hukuka aykırı olarak elde edildiğinden haberdar olmalıydılar. Gerçekten de, İkinci başvuru, bu

belgelerin bir vergi dosyasından geldiğini ve bu nedenle de gizli kalması gerektiğini bilerek bu konuyu tartışmamıştır.

Ayrıca, büyük bir özel şirketin başkanının ki bile olsa sadece bir kişinin ücretini açıklamak, kamuoyunun ilgisini çeken bir konudaki tartışmaya katkıda bulunmamıştır. Yayınlanan bilgi, kamu yararı sorunu olamayacak kadar çok özel olan bir durumla ilgiliydi. Bu bilgi sadece, Sayın Calvet'e zarar vermek ve devam etmekte olan ücret görüşmelerinde onu zor duruma sokmak amacıyla yayınlanmıştır. Fransız hukuku, vatandaşların Fransa'da vergi mükelleflerinin geliri ve vergi yükümlülükleri ile ilgili bilgileri elde etme imkanı vermektedir. Böylece Vergi Usul Kanununun L. 111. maddesine göre (bkz. Yukarıda 26. paragraf), bir belediye'deki vergi mükelleflerinin, vergi ödeyen kişilerin listesine başvurma ve bu kişilerin vergiye tabi gelirini ve vergi yükümlülüklerini ortaya çıkarma hakları vardır.

Her halde de, bir suç işlenmeksizin, kamuya onaylanması için herhangi bir hak veren alternatif bir çözümün bulunması nedeniyle, ifade özgürlüğüne orantısız bir müdahale bulunmamaktaydı. Eğer başvuru; haklı olarak mesleki güven yükümlülüğüne tabi olan bir kişi tarafından kendilerine gönderilmiş olan vergi beyannamelerinin fotokopilerinden özetleri çoğaltmaksızın Sayın Calvet hakkındaki bilgileri basarak kendilerini sınırlandırmamış olsalardı, fotokopileri ellerinde bulundurma suçundan dolayı suçlu bulunmayacaklardı. Gerçekten de, kendilerine karşı basın yoluyla onur kırıcı yayın nedeniyle yargısal işlemler gerçekleştirilmeyecekti. Bununla birlikte, belgeler hukuka aykırı olarak elde edilmiş olsa bile, Yargıtay'ın içtihatları gazetecilerin iddialarını haklı çıkarmada kanıt gösterme konusunda haklarının bulunduğunu göstermektedir. Buna bağlı olarak gazeteciler, kısıtlama bulunmaksızın bilgiyi açıklayabilirlerdi.

49. Bu tartışmaların ışığı altında, Mahkeme 10. maddenin 2. paragrafındaki amaçlar için başvuru sahiplerinin mahkumiyetini haklı çıkaracak ilgili ve yeterli sebeplerin bulunup bulunmadığını incelemelidir.

50. Mahkeme, bilginin genel çıkar meselesi olduğu konusunda Hükümetin iddiasına inanmamaktadır. Makale, önde gelen Fransız otomobil üreticilerinden birinde - basında geniş bir şekilde yer alan - endüstriyel bir tartışma sırasında yayınlanmıştır. İşçiler yönetimin reddettiği bir ücret artışını istiyorlardı. Makale, işçilerin artış taleplerine karşı olarak aynı anda, şirketin başındaki kişinin söz konusu dönem zarfında büyük ücret artışları aldığını göstermekteydi. Bu şartlara karşı böylesi bir karşılaştırma yaparak makale, genel çıkar konusundaki bir kamuoyu tartışmasına katkıda bulunmuştur. Sayın Calvet'in ününe zarar vermek amaçlanmamış, ancak kamuoyunu ilgilendiren bir konuda daha genel bir tartışmaya katkıda bulunmak amaçlanmıştır (bkz. Örneğin, İzlanda'ya karşı Thorgeir Thorgeirson kararı, 25 Haziran 1992, Series A no. 239, sayfa 28, paragraf 66).

Yargıtay, büyük şirketlerin başındaki kişilerininki gibi kamu rakamları ile ilgili konuların, onların özel yaşantıları ile ilgili olmadığına karar vermiştir. Bu Hükümetin tartışmadığı bir konudur.

51. Basın sadece kamu yararı konularında bilgi ve fikirleri yayma görevine sahip değildir: Kamuoyu da bu bilgi ve fikirlere ulaşma hakkına sahiptir (bkz. Diğerleri arasında aşağıdaki kararlar: Birleşik Krallığa karşı *Observer and Guardian* 26 Kasım 1991, Series A no. 216, sayfa 30, paragraf 59; yukarıda belirtilen Jersild kararı sayfa 23, paragraf 31; ve yine yukarıda belirtilen De Haes and Gijssels kararı sayfa 234, paragraf 39). İş ve ücreti ilgilendiren konuların oldukça ilgi uyandırması nedeniyle, bu durum şu andaki davada özellikle doğrudur.

Binaenaleyh, basın özgürlüğünün kullanımına müdahale - kamu yararında baskın olan bir gereklilik tarafından haklı çıkarılmadıkça - Sözleşmenin 10. maddesi ile telif edilemez (bkz. Yukarıda belirtilen Goodwin kararı, sayfa 500, paragraf 39).

52. Gerçekten de, gazetecilerin de içinde bulunduğu ifade özgürlüğünü kullanan kişiler, alanı kendi durumlarına ve kullandıkları teknik araçlara dayanan "görevleri ve sorumlulukları" yerine getirmektedirler (bkz. *mutatis mutandis*, yukarıda belirtilen Handyside kararı sayfa 23, paragraf 49, *kasaca*). Bu davada İstinaf Mahkemesi, belgelerin doğası ve Sayın Roire'nin yerine getirdiği kontrollerin ışığı altında, davalıların belgelerin bir vergi dosyasından gelmiş olduğunu ve bu nedenle de bunların gizli olduğunu bildiklerine (bkz. Yukarıdaki 22. paragraf) karar vermiştir. Basın tarafından demokratik bir ülkede oynanan hayati rolün farkında olarak Mahkeme, kural olarak gazetecilerin, 10. maddenin kendilerine koruma vermesi temelinde olağan ceza hukukuna uyma görevinden istisna tutulamayacaklarını vurgulamaktadır. Gerçekten de, 10. maddenin 2. paragrafı ifade özgürlüğünün kullanımının sınırlarını tanımlamaktadır. Olayın özel koşullarında kamuoyunun bilgilendirilmesindeki

yararın; başvuruculara gönderilen belgelerin kaynağındaki şüphenin sonucu olarak bu kişilerin “görev ve sorumluluklarına” baskın olup olmadığına karar vermek gerekmektedir.

53. Mahkeme özellikle, kendi başına meşru olan mali gizliliği koruma amacının müdahale için ilgili ve yeterli bir sebep oluşturup oluşturmadığını karar vermelidir. Bu bağlamda, başvurucuların mahkumiyeti sadece mesleki güvenin ihlali ile Sayın Fressoz ve Sayın Roire’ye iletilmiş olduğuna karar verilen vergi yetkililerinin elindeki belgelerin *Le Canard enchainé* gazetesinde kopyalanmasına dayanmış olmasına rağmen, kesinlikle bilginin açıklanmasıyla bağlantılı olduğu belirtilmelidir. Bununla birlikte sorun, zaten kamuya açık olan (bkz. İsviçre’ye karşı Weber kararı, 22 Mayıs 1990, Series A no. 177, sayfa 23, paragraf 51, ve Hollanda’ya karşı Vereniging Weekblad *Bluf!* Kararı, 9 Şubat 1995, Series A no. 306-A, sayfa 15, paragraf 41) ve çok sayıda halk tarafından bilinebilecek bilginin açıklanmasını önlemenin gerekli olup olmadığından kaynaklanmaktadır. Hükümetin de kabul ettiği gibi, kazançlar ve ücret artışları ile ilgili olarak bir derece şeffaflık bulunmaktadır. Böylece yerel vergi mükellefleri, belediyelerinde vergi mükellefi olan kişilerin listesini her bir vergi mükellefinin vergilendirilebilir gelirini ve vergi mükellefiyetini detaylarıyla birlikte sorabilirler (bkz. Yukarıdaki 26. ve 48. paragraflar). Bu bilgi yayılamamakla birlikte, böylece sonuçta başkalarına verebilecek çok sayıda kimseye ulaştırılabilir. Bu davada vergi tahakkuklarının basımının yasaklanmış olmasına rağmen, içerdiği bilgi gizli değildir. Gerçekten de, büyük şirketleri yöneten Sayın Calvet gibi kişilerin ücretleri düzenli olarak mali dergilerde yayınlanmaktadır ve tartışmasız olarak ikinci başvurucu, Sayın Calvet’in ne kadar kazandığını kabaca kontrol etmek için bu tür bir bilgiye gönderme yaptığını söylemiştir (bkz. Yukarıdaki 19. paragraf). Bundan dolayı, bilginin gizli olarak korunması için baskın gelen bir zorunluluk bulunmamaktadır.

54. Hükümetin kabul ettiği gibi eğer, Sayın Calvet’in yıllık geliri hakkındaki bilgi hukuka uygun ve açıklanmasına müsaade edilmiş ise, sadece bu bilginin bulunduğu belgeleri basmaktan dolayı başvurucuların mahkumiyeti 10. maddeye göre haklı bulunamaz. Aslında, bu madde güvenilirliği sağlamak için bu tür belgelerin çoğaltılmasının gerekli olup olmadığını belirlemeyi gazetecilere bırakmaktadır. Bu madde gazetecilerin iyi niyetle ve doğru olarak gerçek temelde hareket etmeleri ve gazetecilik ahlakı ile uyum içinde “güvenli ve doğru” bilgi sağlamaları şartıyla genel yarar konularında bilgiyi yayma haklarını korumaktadır (özellikle bkz. Yukarıda belirtilen Goodwin kararı, sayfa 500, paragraf 39; Avusturya’ya karşı Schwabe kararı, 28 Ağustos 1992, Series A no. 242-B, sayfa 34, paragraf 34; ve olaylarda tersine bir bulgu örneği olarak yukarıda belirtilen Prager and Oberschlick kararı, sayfa 18, paragraf 37).

55. Bu davada Mahkeme, ne Sayın Fressoz’un ve Sayın Roire’nin olayları anlatmasının ve ne de onların iyi niyetinin gündeme gelmediğini belirtmektedir. Vergi beyannamelerinin gerçek olduğunu teyit eden Sayın Roire, bir gazeteci olarak mesleğinin standartlarıyla uyum içinde hareket etmiştir. Her bir belgeden çıkarılan özetler, söz konusu makalenin anlatımını doğrulamayı amaçlamıştır. Böylece vergi beyannamelerinin yayınlanması sadece konu ile ilgili değil, aynı zamanda sağlanan bilginin güvenilirliği ile de ilgilidir.

56. Özetle, Mahkemenin görüşüne göre, demokratik bir toplumun çıkarımın basın özgürlüğünü sağlamakta ve korumakta olduğu göz önüne alındığında, gazetecilerin mahkumiyeti yoluyla amaçlanan meşru amaç ile bu amaca ulaşmak için kullanılan araçlar arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle de Sözleşmenin 10. maddesi ihlal edilmiştir.

## II. SÖZLEŞMENİN 6/2. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

57. Başvurucular aşağıda metni bulunan Sözleşmenin 6/2. maddesinin iki türlü ihlal edildiğinden yakınmışlardır:

“Kendisine bir suç yüklenen herkes, suçluluğu kanuna göre kanıtlanıncaya kadar suçsuz sayılır.”

Ulusal mahkemeler suçsuzluk karinesini uygulamada iki yönden başarısız olmuşlardır. Öncelikle, Sayın Fressoz’un mahkumiyeti, basın suçları için yazı işleri müdürlerini sıkı bir biçimde sorumlu tutan 29 Haziran 1881 Yasası tarafından oluşturulan (bkz. Yukarıdaki 25. paragraf) özel ceza hukuku sisteminin şümülüne haksız olarak sokulmasından kaynaklanmıştır. İkinci olarak ise, başvurucuların aleyhlerine somut bir kanıtın bulunmaması nedeniyle, genel kurallara göre bir suçtan

mahkum edilmemeleri gerekirdi. Mahkumiyet kararı verebilmek için, İstinaf Mahkemesi, başvurucuların ulaştığı fotokopilerin hileli kaynağını bilmiş olmaları yoluyla, tamamen varsayımsal entelektüel yorumuna başvurmuş olmalıydı.

58. Hükümet, bu şikayetin Sözleşmenin hükümleri ile bağdaşmadığını - *ratione materiae* – iddia etmiştir. Başvurucuların aslında yapmak istedikleri şey İstinaf Mahkemesi tarafından mahkumiyetlerinin esaslarını reddetmektir. Bununla birlikte, ulusal mahkemelerin delilleri doğru olarak değerlendirip değerlendirmediklerini tespit etmek Sözleşme kurumlarına ait değildir. Herhalde, kararı için mükemmel gerekçeler veren İstinaf Mahkemesinde gazetecilerin suçlu varsayımları söz konusu değildir.

59. Komisyon, önünde yapılan argümanları dinleyerek ve Sözleşmenin 10. maddesinin ihlalinin söz konusu olduğu sonucuna ulaştığını göz önünde tutarak, Sözleşmenin 6/2. maddesine göre yapılan şikayetin aynı gerçeklerden kaynaklandığını ve ayrı bir incelemeyi gerektiren hukuk sorunları doğurmadığı sonucuna varmıştır.

60. Mahkeme aynı sonuca ulaşmaktadır ve 56. paragraftaki bulgularının ve bu bulgulara götüren konuların ışığı altında Sözleşmenin 6/2. maddesine göre ayrı bir konunun ortaya çıkmadığını düşünmektedir.

### III SÖZLEŞMENİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

61. Sözleşmenin 41. maddesi aşağıdaki gibidir:

“Mahkeme, işbu Sözleşme ve protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci tarafın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telefi edebiliyorsa, Mahkeme gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder.”

#### **Verilen Zarar**

62. Başvurucular Mahkeme tarafından Sözleşmenin ihlal edildiğini bulması durumunda adil bir tazminat gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Bununla birlikte, Sayın Calvet’e manevi zarar olarak (bir frank) ve işlemler sırasında maruz kalınan giderler için Ceza Usul Yasasının 475-1. maddesine göre (bkz. Yukarıdaki 22. paragraf) İstinaf Mahkemesinin ödemelerini emrettiği toplam 10,001 Fransız Frankının ödenmesini talep etmişlerdir.

63. Hükümet, başvurucuların ikinci tazminat talepleri için bu başlık altında özel herhangi bir maddi tazminat belirtmedikleri ve ayrıca tazminat kararının İstinaf Mahkemesi kararının bağlayıcı olması konusunda şüphe oluşturacağı nedenleriyle ikinci tazminat taleplerine izin verilemeyeceğini iddia etmiştir. Diğer tazminat talebi için ise, olaydaki ihlal bulgusunun bizzat adil tatmin oluşturacağını belirtmişlerdir.

64. Komisyon Delegatesi, bu konuda herhangi bir inceleme yapmamıştır.

65. Mahkeme, başvurucuların 10,001 Fransız Frankını ödemelerinin gerekmesi nedeniyle, Sayın Calvet’e verilen 10,001 Fransız Frankı ödemesi ile 10. maddenin ihlal edildiğinin ortaya konulması arasında illiyet bağı bulunduğuna karar vermektedir. Bu nedenle talep edilen meblağın verilmesi uygun bulunmaktadır. Bu bir tarafa, ihlal bulgusu başka herhangi bir zarar için adil tatmin oluşturmaktadır.

#### **Masraf ve Harcamalar**

66. Gazeteciler vekalet nedeniyle maruz kalınan masraf ve harcamalar için 166, 100 Fransız Frankı talep etmişlerdir. Bu toplamı aşağıdaki gibi belirlemişlerdir: Yargıtay’da işlemler için 12,000 Fransız Frankı da dahil olmak üzere Ulusal mahkemelerde temsil edilmek için 55,800 Fransız Frankı ve Strazburg kurumlarındaki işlemler için ise 110,300 Fransız Frankı.

67. Komisyon Delegatesi bu konuda herhangi bir inceleme yapmamıştır.

68. Sözleşmenin 10. maddesine göre yapılan şikayet yerel mahkemelerde öne sürülmediğinden, Hükümet ulusal işlemlerin maliyetini kendilerinin karşılamamaları gerektiğini ileri sürmüştür. Sadece Sözleşme kurumlarındaki işlemlerde maruz kalınan masraf ve harcamaları tazmin etmekten sorumlu tutulmaları ve geçmişte Mahkeme tarafından verilen meblağlar dikkate alındığında sorumluluklarının 40,000 Fransız Frankını geçmemesi gerektiğini belirtmişlerdir.

69. Mahkeme kendi önünde bulunan bilgilere dayanarak hakkaniyete uygun bir şekilde karar vererek başvuruculara 60,000 Fransız Frankına hükmetmiştir.

## Temerrüt Faizi

70. Mahkemenin elindeki bilgilere göre bu kararın verildiği tarihte Fransa'da uygulanan yasal faiz oranı yıllık olarak yüzde 3.362'dir.

### BU NEDENLERLE MAHKEME OYBİRLİĞİ İLE

Hükümetin ilk itirazını *reddetmiştir*;

Sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edilmiş olduğuna *karar vermiştir*;

Sözleşmenin 6/2. maddesine göre ayrı bir uyuşmazlığın ortaya çıkmadığına *karar vermiştir*;

Davalı Devletin başvuruculara üç ay içerisinde maddi zarar olarak 10,001 (on bin bir) Fransız Frankı ve masraf ve harcamalar için de 60,000 (almış bin) Fransız Frankını ödemesine ve yukarıda anılan üç aylık sürenin bitiminden itibaren ödeme tarihine kadar geçen süre için yıllık %3.36 faiz uygulanmasına *karar vermiştir*;

Bu kararın daha başka bir zarar için kendi başına adil tatmin oluşturduğuna *karar vermiştir*.

Adil tatmin için iddianın kalan kısmını *reddetmiştir*.

İngilizce ve Fransızca olarak hazırlanmış ve 21 Ocak 1999 tarihinde Strazburg'daki İnsan Hakları Binasında halka açık duruşmada karar verilmiştir.

İmza

Luziuz WILDHABER

İmza

Paul MAHONEY

Sekreter Yardımcısı

## Onuncu Bölüm

Ceylan / Türkiye Kararı

**Ceylan / Türkiye Davası**, 8 Temmuz 1999  
(23556/94)

### Ceylan / Türkiye davasında,

11 No'lu Protokol<sup>1</sup> ile değişen İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Yönelik Sözleşme'nin ("Sözleşme") 27. Maddesi ve Mahkeme İç Tüzüğü'nün<sup>2</sup> ilgili hükümleri uyarınca görev yapan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Büyük Dairesi aşağıda isimleri verilen hakimlerden oluşmuştur:

Sn. L.	WILDHABER,	<i>Başkan,</i>
Bn. E.		PALM,
Sn. A.	PASTOR	RIDRUEJO,
Sn. G.		BONELLO,
Sn. J.		MAKARCZYK,
Sn. P.		KÜRIS,
Sn. J.-P.		COSTA,
Bn. F.		TULKENS,
Bn. V.		STRÁŽNICKÁ,
Sn. M.		FISCHBACH,
Sn. V.		BUTKEVYCH,
Sn. J.		CASADEVALL,
Bn. H.	S.	GREVE,
Sn. A.B.		BAKA
Sn. R.		MARUSTE,
Sn. K.		TRAJA,
Sn. F. GÖLCÜKLÜ,		<i>ad hoc yargıç,</i>

aynı zamanda Sayın P.J. MAHONEY ve Bayan. M. DE BOER-BUQUICCHIO, *Sekreter Yardımcıları*,

1 Mart ve 16 Haziran 1999 tarihlerinde yaptıkları gizli görüşme neticesinde, anılan son tarihte verilen kararı aşağıda sunmuşlardır:

### USULİ İŞLEMLER

1. Başvuru, Sözleşme'nin eski 32/1 ve 47. maddeleri ile belirlenen üç aylık süre içinde, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ("Komisyon") tarafından, Sözleşme'nin<sup>3</sup> eski 19. Maddesi gereği, 17 Mart 1998 tarihinde Mahkeme'ye sunulmuştur. Dava, Türkiye Cumhuriyeti aleyhine eski 25. Madde gereğince Münir Ceylan adında bir Türk vatandaşı tarafından 10 Şubat 1994 tarihinde Komisyona yapılan 23556/94 no'lu başvuruya dayanmaktadır.

Komisyonun talebi, Sözleşmenin eski 44 ve 48 (a) maddeleri ile eski Divan İçtüzüğü A'nın<sup>4</sup> 32.maddesinin 2. paragrafına dayanmaktadır. Talebin amacı, davadaki olayların davalı devlet tarafından Sözleşme'nin 10. maddesi gereği 14. maddeyle birlikte ya da tek başına üstlenilen yükümlülüklerin ihlal edilip edilmediğine karar vermektir.

2. İçtüzük madde 33/3 (d)'ye uygun olarak yapılan tahkikata mukabil, başvuran davaya şahsen katılmak istediğini belirtmiş ve kendisini temsil edecek bir avukat görevlendirmiştir (içtüzük eski madde 30). Avukata Başkan Sn. R. Bernhardt tarafından yazılı işlemlerde Türkçe kullanılması

### *Sekretaryanın Notları*

<sup>1-2</sup> 11 No'lu Protokol ve Divan içtüzüğü 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

### *Sekretaryanın Notları*

<sup>3</sup> Bu hükmü değiştiren 11 no'lu Protokol'ün yürürlüğe girmesinden itibaren Mahkeme daimi surette görev yapmıştır.

<sup>4</sup> Mahkeme A İçtüzüğü 9 No'lu Protokolün yürürlüğe girmesinden (1 Ekim 1994)önce Mahkeme'ye gönderilen davaların tümüne ve bu tarihten 31 Ekim 1998 tarihine kadar bu Protokolün bağlamadığı ülkelerle ilgili davalara uygulanmıştır.

konusunda izin verilmiştir (Madde 27/3). Bunu takiben, Mahkeme Başkanı Sn. Wildhaber duruşmada Türkçe konuşulmasına izin vermiştir (Tüzük 36/5).

3. 11 No'lu Protokol'ün yürürlüğe girmesinden önce ortaya çıkabilecek işlemlerle ilgili olarak oluşturulan Dairenin Başkanı Sn. Bernhart (Sözleşme'nin eski 43. maddesi ve Tüzük eski madde 21) Raportör aracılığıyla hareket ederek Türk Hükümeti Ajanı, başvuranın avukatı ve Komisyon Delegeleri ile yazılı işlemlerin organizasyonu hakkında istişarede bulunmuştur (eski içtüzük 37/1 ve 38. maddeler). Netice olarak, 27 Nisan 1998 tarihinde verilen emre uygun olarak Raportör, sırasıyla başvuranın görüşünü 15 Temmuz 1998, Hükümetin görüşünü ise 31 Temmuz 1998 tarihinde almıştır. 7 Eylül 1998 tarihinde Hükümet görüşlerine dosyalanmış belgeleri eklemiş ve 25 Şubat 1999 tarihinde ise başvuranın iddiaları hakkındaki görüşleri 41. madde gereğince dosyalanmıştır.

4. 11 No.lu Protokol'ün, 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra, dava 5/5. Maddeye uygun olarak Mahkeme'nin Büyük Dairesine sunulmuştur. 22 Ekim 1998 tarihinde Sn. Wildhaber, adaletin düzgün işlemesi amacıyla bu davanın ve Türkiye hakkında açılan diğer 12 davanın dinlenmesi için bir Büyük Dairenin oluşturulması gerektiğine karar vermiştir. Bu davalar sırasıyla şöyledir: Karataş / Türkiye (başvuru no. 23168/94); Arslan / Türkiye (no. 23462/94); Polat / Türkiye kararı (no. 23500/94); Okçuoğlu / Türkiye kararı (no. 24146/94); Gerger / Türkiye kararı (no. 24919/94); Erdoğan ve İnce / Türkiye kararı (25067/94 ve 25068/94); Başkaya ve Okçuoğlu / Türkiye (23536/94 ve 24408/94); Sürek ve Özdemir / Türkiye kararı (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.24762/94).

5. Bu amaçla oluşturulan Büyük Daire'ye ex officio olarak Türkiye adına seçilen yargıç Sn. R. Türmen (Sözleşmenin 27/2. maddesi ve Mahkeme Tüzüğü'nün 24/4 Maddesi), Mahkeme Başkanı Sn. Wildhaber, Mahkemenin Yardımcı Başkanı Bn. E. Palm, Bölüm Başkan Yardımcıları Sn. J.-P. Costa ve Sn. M. Fischbach, (Sözleşmenin 27/3. maddesi ve içtüzüğü'nün 24/3 ve 5(a) maddesi) katılmışlardır. Büyük Daire'yi tamamlamak için tayin edilmiş diğer üyeler ise şöyledir: Sn. A. Pastor Ridruejo, Sn. G. Bonello, Sn. J. Makarczyk, Sn. P. Kuris, Bn. F. Tulkens, Bn. V. Straznicka, Sn. V. Butkevych, Sn. J. Casadevall, Bn. H. S. Greve, Sn. A. Baka, Sn. R. Maruste ve Bn. S. Botoucharova (içtüzük 24/3 ve 100/4).

Oğur Türkiye davasında içtüzüğü'nün 28/4 maddesine uygun olarak Büyük Dairenin aldığı kararın ışığında davadan çekilmesinden sonra, Sn. Wildhaber, 19 Kasım 1998 tarihinde Sn. Türmen'i duruşmadan muaf tutmuştur. 16 Aralık 1998 tarihinde Hükümet Sn. F. Gölcüklü'nün *ad hoc* yargıç olarak kayda geçtiğini onaylamıştır (İçtüzük 29/1). Sonuç olarak Sn. Kristaq Traja, davanın geri kalan kısmına katılmayan Sn. Botoucharova'nın yerini almıştır.

6. Mahkemenin daveti ile (içtüzük 99/1), Komisyon üyelerinden biri olan Sn. H. Danelius Büyük Dairenin huzurundaki dava muamelelerinde yer alması için görevlendirilmiştir.

7. Başkanın kararına uygun olarak söz konusu dava ile ilgili duruşmanın Aslan / Türkiye ve Sürek / Türkiye davaları ile aynı anda halka açık olarak 1 Mart 1999 tarihinde Strazburg' da İnsan Hakları binasında yapılmıştır.

Mahkeme önünde:

- |    |                                 |                         |
|----|---------------------------------|-------------------------|
| a) | <i>Hükümet</i>                  | <i>adına</i>            |
|    | Sn. D.                          | TEZCAN,                 |
|    | Sn. M.                          | ÖZMEN,                  |
|    | Sn. B. ÇALIŞKAN,                | <i>Ajan Yardımcısı,</i> |
|    | Bn. G.                          | AKYÜZ,                  |
|    | Bn. A.                          | GÜNYAKTI,               |
|    | Sn. F.                          | POLAT,                  |
|    | Bn. A.                          | EMÜLER,                 |
|    | Bn. I.                          | BATMAZ                  |
|    | Sn. B.                          | KEREMOĞLU,              |
|    | Sn. Y. ÖZBEK,                   | YILDIZ,                 |
|    |                                 | <i>Avukatlar;</i>       |
| b) | <i>Komisyon</i>                 | <i>adına</i>            |
|    | Sn. H. DANELIUS,                | <i>Delege;</i>          |
| c) | <i>Başvuran</i>                 | <i>adına</i>            |
|    | Sn. H. KAPLAN, İstanbul barosu, | <i>Avukat</i>           |

Mahkeme Sn. Danelius'un Sn. Kaplan'ın Sn. Tezcan'ın ve Sn. Özmen'in konuşmalarını dinlemiştir.

## DAVANIN ESASI

### I. DAVA ŞARTLARI

#### A. Haftalık Yeni Ülke gazetesindeki makale

8. İlgili zamanda "*Petrol-İş Sendikası*"nın başkanı olan başvuran, İstanbul'da basılan haftalık bir gazete olan *Yeni Ülke*'nin 21-28 Temmuz 1991 tarihli basımında "*Söz işçinin, yarın çok geç olacaktır*" adlı bir makale yazmıştır. Makale aşağıda verilmiştir:

"Bugün Doğu ve Güneydoğu Anadolu'da giderek yoğunlaşan devlet terörü, Kürt halkı üzerinde uluslararası planda uygulanan, emperyalizmin gündemindeki politikaların tam bir yansımından başka bir şey değildir.

ABD emperyalizmi Irak'taki Kürt hareketini kırmak için, önce Kürtleri Saddam rejimine karşı kıskırtmış, sonra da bu hareketi ezebilecek olan güçlü bıraktığı Saddam yönetimini Kürtlerin üzerine göndermiştir.

Sonuç; tüm dünya insanlığının yüreklerini sızlatan görüntüler altında onbinlerce Kürdün, açlıktan, soğuktan, salgın hastalıklarından kırılması, bir o kadarının Irak ordusunca yok edilmesi yüzbinlerce insanın yerini yurdunu terketmek zorunda kalışdır.

Emperyalizm kendi yarattığı bu tablolar karşısında sahte gözyaşlarını dökerken tüm dünyanın gözü önünde, Türkiye'de giderek yoğunlaşan soykırımına da seyirci kalmaktadır. Özellikle son çıkartılan Terörle Mücadele Yasasının ardından, Güneydoğu'da hızla tırmanan yargısız infazlar, toplu gözaltılar, gözaltında kaybolmalar, gelecek günlerin ne denli zorlu geçeceğinin adeta habercisidir.

Son olarak HEP Diyarbakır İl Başkanının büyük bir olasılıkla kontrgerilla tarafından gözaltında öldürülmesi, cenaze töreninde halka ateş açılarak, polislin verdiği bilgiye göre 3, yöre halkına göre 10 kişinin öldürülmesi yüzlerce insanın yaralanması, bini aşkın insanın gözaltına alınması devlet terörünün son örneği olmuştur.

Anti-Terör Yasasını dikkatlice inceleyenler kolaylıkla göreceklerdir ki, yasa yalnızca Kürt halkının değil, tüm işçi sınıfımızın ve emekçi yığınlarımızın ekmek, özgürlük ve demokrasi mücadelesini kırmaya yöneliktir.

Bu yasalar ve bugünkü "devlet terörü" bu nedenle karşısında sadece Kürt halkını değil, bir bütün olarak emekçi halkımızı bulmalıdır.

Sendikacılar açısından da sorun, birkaç demeç birkaç ilanla geçiştirilemeyecek kadar önemli ve can alıcıdır.

Bir takım muğlak kavramlarla, her eylemi, her örgütü, bir terör suçu ya da terör örgütü olarak tanımlama olanağı yaratan siyasi iktidar ve tekeli sermaye, uygun bir ortam bulduğu an silahını işçi sınıfımıza çevirmekte tereddüt bile etmeyecektir.

Her zaman belirttiğimiz gibi, işçi sınıfımız ve onun ekonomik, demokratik örgütleri yalnızca ekonomik talepleri değil, siyasi ve demokratik taleplerini de ön plana çıkartmak, bu mücadele içerisinde etkin yerini almalıdır.

Bunun için yasalardaki tüm engellere karşın demokratik kitle örgütleriyle, siyasi partilerle ittifak yapabilecek tüm kişi ve kuruluşlarla eylem birliği gerçekleştirmeli, olabildiğince örgütlü ve eşgüdüm içerisinde bu kanlı katliamlara, bu devlet terörüne karşı çıkmalıdır.

Aksi takdirde, emperyalizmin güdümünde Kürt halkının sesini soluğunu kesme amacındaki tekeli sermaye çevreleri için sıra kaçınılmaz olarak işçi sınıfımıza ve emekçi halkımıza gelecektir.

"Yarın çok geç olacaktır" diyen, tüm halkımızı ve demokrasi güçlerimizi bu kavganın içinde aktif olarak yer almaya çağırıyoruz."

#### B. Başvurana karşı yapılan işlemler

##### 1. Başvurana aleyhine yapılan suçlamalar

9. 16 Eylül 1991 tarihinde İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi savcısı, başvurana kin ve düşmanlığa tahrik etmek girişiminde bulunmakla suçlamış, Madde 312/1 ve Türk Ceza Kanununun 2. Maddesinin uygulanmasını istemiştir (bkz. aşağıdaki 15-16. paragraflar).

## 2. İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesindeki işlemler

10. İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesindeki davada başvuran kendisine yöneltilen suçlamaları reddetmiştir. Makalenin, Türkiye'nin güneydoğusundaki insan haklarının ihlali ile ilgili olduğunu iddia etmiş ve bölücülüğe teşvik etme yada halk arasında düşmanlık yaymak gibi bir niyetinin olmadığını belirtmiştir. Başvurana göre demokratik bir toplumda her konu hiçbir kısıtlama olmaksızın tartışılabilir. Aynı zamanda kendisinin bir sendika başkanı olarak Türkiye'nin güneydoğusundaki demokrasi sorunları hakkındaki görüşlerini ifade etme sorumluluğu olduğunu belirtmiştir.

11. 3 Mayıs 1993 tarihli kararında, Devlet Güvenlik Mahkemesi, başvurunu Türk Ceza Kanununun 312/2 ve 3. maddesi gereğince suçlu bulmuş, 1 yıldan 8 aya kadar hapse ve 100.000 Türk Lirası (TL) para cezasına çarptırmıştır.

Mahkeme, başvuranın makalesinde Türkiye'de Kürt halkına zulüm edildiğini, katledildiğini ve susturulduğunu iddia ettiğini ileri sürmüştür. Özellikle de Mahkeme makalenin 4. ve 13. cümlelerini; "Türkiye'de Kürtlere karşı soykırımı uygulanmakta..." ve "... Kürt halkını susturmayı ve sindirmeyi..." yorumlamıştır.

Mahkeme, başvuranın etnik köken ve din ya da sosyal sınıfa dayalı ayrımcılık yaparak halkı kin ve düşmanlığa tahrik etme girişiminde bulunduğu sonucuna varmıştır.

## 3. Yargıtay işlemleri

12. Başvuran, Yargıtay'a başvurarak Devlet Güvenlik Mahkemesinin başvuranın makalesi hakkında yaptığı yoruma itiraz etmiş, yorumlanabilmesi için bir uzman gerekli olduğunu ileri sürmüştür. Mahkemenin, başvuranın cezasını tecil etme kararı vermesi gerektiğini de belirtmiştir.

13. 14 Aralık 1993 tarihinde Yargıtay, Devlet Güvenlik Mahkemesinin, delillerle ilgili değerlendirmesini ve başvuranın savunmasının kabul edilmemesinin gerekçelerini onayarak başvuruyu reddetmiştir.

14. Başvuran cezasını tamamlamıştır. Mahkumiyetinin sonucu olarak, siyasi ve medeni haklarını kaybetmenin yanısıra, Petrol İş Sendikası'ndaki başkanlık görevini de kaybetmiştir (bkz. aşağıdaki 17. paragraf).

## II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMASI

### A. Ceza hukuku

15. Ceza Kanununun 312. Maddesi şöyledir:

"Suç işlemeye aleni olmayan tahrik

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

Halkı, sınıf, ırk, din, mezhep ve bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik eden kimse bir yıldan üç yıla kadar hapis ve dokuzbin liradan otuzaltıbin liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Bu tahrik umum emniyeti için tehlikeli olacak bir şekilde yapıldığı takdirde faile verilecek ceza üçte birden yarıya kadar artırılır.

Yukarıdaki fıkralarda yazılı suçları 311. Maddenin ikinci fıkrasında sayılan vasıtalarla işleyenlere verilecek cezalar bir misli artırılır."

16. Ceza Kanununun 311/2. Maddesi aşağıdaki gibidir:

"Suç işlemeye aleni tahrik

...

Korku ve panik yaratma amacıyla tehdit, tahrik, her türlü kitle haberleşme araçları, ses kayıt bantları, plak film, gazete, mecmua ile v.s basın aletleriyle veya elle yazılıp çoğaltılarak yayınlanan ve dağıtılan yazılan ya da umumi yerlerde levha ile ilan asmak suretiyle olursa yukarıdaki bentler uyarınca suçlu hakkında tayin olunacak ağır hapis ve hapis cezaları bir misli artırılır..."

17. Bir kimsenin 312. maddenin 2. fıkrasına dayanarak mahkum edilmesi özellikle bazı özel düzenlemelerle yürütülen özel faaliyetlerin tatbik edilmesi konusunda farklı sonuçları gerektirir. Örneğin bu maddeye göre bir cürümle suçlu bulunan şahıslar, dernek veya sendika kuramazlar (2908 no'lu kanun, bölüm 4 (2) (b), bu sendikaların yönetim kurullarında görev alamazlar, (2929 no'lu

kanun, Bölüm 5). Ayrıca, siyasi parti kuramaz ve bu partilere katılamazlar (2820 no’lu kanun, bölüm 11 (5)) ve milletvekili seçimlerine katılamazlar (2839 no’lu kanun, bölüm 11 (f3)).

## **B. Hükümet tarafından sunulan Cezai İçtihatlar**

18. Hükümet, İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi Savcısı tarafından davaların geri çekilmesi ile ilgili olarak, verilen altı kararın suretini tedarik etmiştir. Bu davalardan biri, Ceza Kanununun 312. Maddesine aykırı olarak halkı, özellikle din farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa, aleni olmayan tahrik etme ile ilgilidir. Davaların diğer beşi ise, Terörle Mücadele Kanunu’nun (3713 no’lu) 8. bölümüne aykırı olarak, devletin bölünmez bütünlüğüne zarar vermeyi amaçlayan bölücü propaganda yapan şahıslarla ilgilidir. Basın yoluyla işlenen suçları içeren bu davaların üçünde, savcının kararında verilen sebeplerden biri, suçun unsurlarından birinin oluşmamasıdır.

Ayrıca, Hükümet yukarıda verilen durumlardan dolayı suçlanan davalıların suçlu bulunmadığına dair bir kısım Devlet Güvenlik Mahkemesi kararlarını sunmuştur. Bu kararlar şöyledir: 1996 yılı içinde 19 Kasım tarihli 428 nolu başvuru, 27 Aralık tarihli 519 nolu başvuru, 1997 yılı içinde, 6 Mart tarihli 33 nolu başvuru, 3 Haziran tarihli 102 nolu başvuru, 17 Ekim tarihli 527 nolu başvuru, 24 Ekim tarihli 541 nolu başvuru, 23 Aralık tarihli 606 nolu başvuru, 1998 yılı içinde, 21 Ocak tarihli 8 nolu başvuru, 3 Şubat tarihli 14 nolu başvuru, 19 Mart tarihli 56 nolu başvuru, 21 Nisan tarihli 87 nolu başvuru ve 17 Haziran tarihli 133 nolu başvuru. Kürt sorunu ile ilgili suçların faillerini beraat ettiren kararlar, suçun bir unsuru olan “propaganda” unsurunun olmayışına dayanmıştır.

### **KOMİSYON ÖNÜNDEKİ İŞLEMLER:**

19. Sn Ceylan, 10 Şubat 1994 tarihinde Komisyon’a başvurmuştur. Mahkum edilmesinin, düşünce ve ifade özgürlüğü hakkını garanti altına alan Sözleşmenin 9. ve 10. maddelerine aykırı olduğunu iddia etmiştir. Aynı zamanda 10. madde ile birlikte 14. maddeye aykırı olarak, siyasi görüşü nedeniyle fark gözetildiğini de iddia etmiştir.

20. Komisyon, 15 Nisan 1996 tarihinde 23556/94 nolu başvuruyu kabul edilebilir bulmuştur. 11 Aralık 1997 tarihli raporunda (eski 31. madde) sadece, ilk şikayeti 10. madde bağlamında incelemiştir. Bu madde ile ilgili olarak bir ihlalin söz konusu olduğunu ve 14. madde ile bağlantılı olarak farklı bir konunun ortaya çıkmadığını ifade etmiştir (2’ye karşı 30 oy). Komisyon görüşünün tam metni ve rapordaki muhalefet şerhi bu karara ek olarak tekrar düzenlenmiştir.<sup>5</sup>

### **MAHKEMEYE SON SUNUŞLAR**

21. Başvuran, görüşünde Mahkemeye Sözleşmenin 6/1, 9, 10 ve 14. Maddelerinin ihlal edildiği yönünde karar vermesini ve 41. madde gereğince tazminat verilmesini talep etmiştir.

22. Hükümet Mahkemeden “başvuranın iddia ettiği Sözleşme maddelerinin ihlalinin söz konusu olmadığını ve buna bağlı olarak başvurunun reddedilmesi”ni talep etmiştir.

### **HUKUK AÇISINDAN**

#### **I. SÖZLEŞMENİN 9. VE 10. MADDELERİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI**

23. Başvurusunda Sn. Ceylan, Ceza Kanununun 312. Maddesi gereğince mahkum edilmesinin, Sözleşmenin 9. ve 10. maddelerinin ihlalinin oluşturduğunu ileri sürmüştür. Fakat, başvuran, Hükümetin ve Komisyonun teklif ettiği gibi, Mahkeme önündeki duruşmada, şikayetinin sadece 10. madde bağlamında incelenmesine itiraz etmemiştir (bkz. 9 Haziran 1998 tarihli İncal / Türkiye Kararı, 1998-IV *Hüküm ve Karar Raporları* s.1569, paragraf 60). 10. madde şöyledir:

“1. Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir almak ve vermek 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 güvenliğinin toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesini sağlığın veya ahlakın başkalarının şöhret ve haklarının korunması veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir”.

<sup>5</sup> *Sekretaryanın Notu*. Uygulama ile ilgili sebeplerden dolayı bu ek kararın son versiyonu ile birlikte yayımlanacaktır. (*Hüküm ve Karar Raporları* 1999). Fakat, Komisyon Raporunun bir kopyasını Sekretaryadan temin etmek mümkündür.

24. Mahkeme huzurunda hazır bulunanlar, başvuranın “söz işçinin, yarın çok geç olacak” isimli makalesinin yayımlanmasının ardından mahkum edilmesinin, düşünce özgürlüğü hakkına “müdahale” oluşturduğu kararına varmışlardır. Böyle bir müdahale, bu koşulun 2. paragrafındaki talepleri karşılamadığı müddetçe 10. maddenin ihlalini ortaya koyacaktır. Mahkeme bu tür amaç veya amaçlara ulaşmak için “kanun tarafından öngörülüp öngörülmediği” ya da paragrafta ortaya konan meşru amaçların birden fazlasının mı sebep olduğu veya “demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı” konularında karar vermelidir.

### **1. “Yasa ile öngörülme”**

25. Başvuranın mahkumiyetinin Ceza Kanununun 312. Maddesinin 2. ve 3. paragraflarına dayanması tartışılmamıştır ve 10. Maddenin 2. Paragrafında belirtilen amaçlar nedeniyle “yasa tarafından öngörüldüğü” göz önünde bulundurulmalıdır.

### **2. Meşru amaç**

26. Başvuran bu noktada görüş sunmamıştır.

27. Hükümet söz konusu müdahalenin amacının sadece “devlet güvenliği” ve “kamu düzeninin korunması” (Komisyon’un tespit ettiği gibi) değil, aynı zamanda “toprak bütünlüğü”nün de korunması olduğunu belirtmiştir.

28. Ceza Kanununun 312. maddesi, halkı, sınıf, ırk, din, mezhep, bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik etmeyi cezalandırılması gereken bir suç olarak kabul eder. Kamu emniyetini tehdit eden durumlarda bu tür suçların cezalarının artırılacağını belirtir (bkz.yukarıdaki 15. paragraf).

Türkiye’nin güneydoğu bölgesindeki güvenlik durumunun hassasiyeti (bkz. 25 Kasım 1997 tarihli Zana / Türkiye Kararı, Raporlar 1997-VII, s. 2539, paragraf 10) ve şiddeti artırabilecek olaylara karşı yetkililerin hazır olması gerektiğini göz önünde bulundurarak, Mahkeme, başvuranın mahkumiyetinin Hükümet tarafından belirlenen amaçlar doğrultusunda gerçekleştirildiğini kabul etmiştir. Bu dava ile ilgili olayların meydana geldiği zaman, Türkiye’nin güneydoğu bölgesinde şiddet kullanmaya dayalı metotlara başvuran bölücü hareketlerin varolduğu kesinlikle doğrudur.

### **3. “Demokratik bir toplumda gereklilik”**

(a) Mahkeme huzurunda hazır bulunanların tartışmaları

#### **(i) Başvuran**

29. Başvuran, bu makalenin şiddete tahrik etmediğini, yasadışı hiçbir örgütten söz etmediğini ve bölücülüğü teşvik eden bir unsur taşımadığını belirtmiştir. Başvurana göre Türk yetkililer, düşünce ve ifade özgürlüğüne kendi içinde ters düşen Türk Ceza Kanunu’nun 312. maddesini kötüye kullanmışlardır.

#### **(ii) Hükümet**

30. Hükümet, Alman Ceza Kanunu’nun 130. Maddesi örneğinden yola çıkarak, Türk Ceza Kanununun 312. maddesinde belirtilen suçların, Avrupa Konseyi’ne üye diğer ülkelerin yasalarında da mevcut olduğunu ileri sürmüştür. Bu tür yasaların devletlerin demokrasiyi korumalarına yardımcı olduğunu belirtmiştir. Son olarak da madde 312’nin uygulanmasında hak verilebilir bir “tehlike” söz konusu olup olmadığı hususunda Türk Mahkemelerinin görüşlerini değiştirmenin, Strazburg Kuruluşları’nın görevi olmadığını belirtmiştir.

#### **(iii) Komisyon**

31. Komisyon 10. maddenin 2. paragrafında “görev ve sorumluluklar”dan söz edildiğini hatırlatmış ve “kanunsuz siyasi şiddet”e göz yumulmaması için kişilerin hassas siyasi konularda kendilerini açıkça ifade etmelerinin önemli olduğu sonucuna varmıştır. Ancak, ifade özgürlüğünün kullanılması, Türkiye’nin karşı karşıya olduğu sorunların temel nedenlerin açıkça tartışılması ve çözüm yöntemleri hakkında görüş belirtme gibi hakları kapsamaktadır.

Komisyon, makalenin geçmiş yıllar süresince etkisini sürdüren şiddet konusunda siyasi bir açıklama yapmak amacıyla yazılmış olduğunu ve başvuranın düşüncelerini makul tabirlerle ifade ettiğini, bu ifadelerde kendisinin şiddete ya da halkı yasal olmayan yollara başvurmaları için kışkırtmadığını ifade etmiştir. Komisyonun görüşüne göre, başvuranın mahkumiyeti 10.maddeye uymayan bir çeşit sansür oluşturmaktadır.

(b) Mahkemenin değerlendirmesi

32. Mahkeme, Zana / Türkiye kararı (yukarıda belirtilen s. 2547-48 paragraf 51) ve 21 Ocak 1999 tarihli Fressoz ve Roire / Fransa kararında belirtildiği gibi, 10. Madde ile ilgili kararlara dayalı temel ilkeleri tekrar etmiştir (1999 Raporları, s.... paragraf 45).

(i) İfade özgürlüğü, demokratik bir toplumun temel özelliklerinden biridir ve demokrasinin gelişimi ve her bireyin tatmin olması için gerekli temel şartlardan birini oluşturur. 10. maddenin 2. paragrafıyla ilgili olarak ifade özgürlüğü, sadece zararsız olarak nitelendirilen “bilgi” ya da “fikirlere” değil, aynı zamanda zararlı, rahatsız edici durumlara da uygulanır. Bütün bunlar çoğulculuk, hoşgörü ve açık görüşlü olmanın gereğidir ve bu üç unsur demokratik bir toplumun vazgeçilmez unsurlarıdır. 10. maddede ileri sürüldüğü gibi, bu özgürlük dikkatli bir şekilde belirlenmesi gereken bir takım istisnalara tabidir ve herhangi bir kısıtlama ihtiyacı, ikna edici açıklamalarla birlikte belirlenmelidir.

(ii) Sözleşmenin 10. Maddesinin 2. paragrafının anlamı dahilindeki “gerekli” kelimesi “acil bir sosyal ihtiyacın” varlığını ima etmektedir. Böyle bir ihtiyacın var olup olmadığını değerlendirirken, Sözleşmeye imza atan devletlerin sahip olduğu belli bir takdir sınırı vardır, fakat bu yetki, bağımsız bir mahkeme tarafından verilen kararlar da dahil olmak üzere, hem kanunları hem de bu kanunları uygulayan kararları da içine alacak şekilde Avrupa denetimi ile uyum içindedir. Bu nedenle Mahkeme, bir “kısıtlamanın” veya “cezanın” 10. Madde ile korunan ifade özgürlüğü ile uyumlu olup olmadığı konusunda son kararı vermeye yetkilidir.

(iii) Mahkeme denetim yetkisini kullanırken, yapılan müdahaleyi, söz konusu ifadelerin içeriğini ve bütünlük içindeki kullanılmasını kapsayacak şekilde bir bütün olarak incelemelidir. Özellikle de, söz konusu müdahalenin “takip edilen meşru amaca denk olup olmadığı” ve gerekli olduğunu savunmak için devlet yetkilileri tarafından gösterilen sebeplerin “uygun ve yeterli” olup olmadığı konularında karar vermelidir. Mahkeme bu şekilde hareket ederek, ulusal yetkililerin 10. maddede belirtilen kurullarla uyumlu standartlar uyguladığı ve verdikleri kararları ilgili olayların kabul edilebilir değerlendirmesine dayandırdıkları konusunda tatmin olmalıdır.

33. Söz konusu makale içeriği ve kullanılan ifadelerin çeşidiyle siyasi söylem niteliğini kazanmıştır.

Başvuran, Marksist deyimler kullanarak, birkaç yıl önce Doğu ve Güneydoğu Anadolu’daki şiddetin yeniden canlanması hakkında bir açıklama arz etmiştir. Başvuranın iddiasının esası, Kürt hareketinin “işçi sınıfı ve bu sınıfın ekonomik ve demokratik kuruluşları” tarafından özgürlük ve demokrasi için verilen genel bir mücadelenin parçası olduğu veya en azından bir parçası olması gerektiği şeklindedir. Makalenin mesajı şöyledir “kanunlar tarafından yapılan bütün engellemelere rağmen, birlikte çalışmanın mümkün olduğu bütün demokratik kuruluşlarla, siyasi partilerle ve her birey veya kuruluşla birlikte hareket etmek suretiyle “katliamlara” ve “devlet terörüne” karşı çıkarak ve “örgütlenmenin ve işbirliğinin bütün gücünü kullanarak birlik sağlamalıyız”.

“Devlet terörü” ve “katliam” kelimelerinin kullanılmasının da gösterdiği gibi, ülkenin ilgili bölgelerinde Türk yetkililerinin fiilleri hakkındaki eleştiri sert, kullanılan dil ise keskindir (bkz. yukarıdaki paragraf 8).

34. Buna rağmen Mahkeme, Sözleşmenin 10. maddesinin 2. paragrafı bağlamında, siyasi söylem veya kamu çıkarı ile ilgili konulardaki kısıtlamanın küçük olduğunu hatırlatmıştır (Bkz. 25 Kasım 1996 tarihli Wingrove / Birleşik Krallık kararı Raporlar 1996-V, s. 1957 paragraf 58). Ayrıca Hükümet ile ilgili olarak yapılmasına müsaade edilen eleştirinin sınırı, bireyler veya siyasetçiler hakkında yapılan eleştiriye oranla daha büyüktür. Demokratik bir sistemde, Hükümetin fiilleri ve ihmalleri sadece yasama ve yargı otoritelerinin değil, aynı zamanda kamuoyunun da incelemesine açık olmalıdır. Ayrıca, Hükümetin güçlü pozisyonu, özellikle düşmanların eleştirilerine ve haksız saldırılarına başka yöntemlerle karşılık vermenin mümkün olduğu hallerde, ceza davası başlatma konusunda çekimser davranmasını gerekli kılmaktadır. Bununla beraber, kamu düzeninin güvencesi olan devlet yetkililerinin, bu tür durumlara karşı aşırıya gitmeden ve uygun bir şekilde tepki vermeyi amaçlayan tedbirleri -ceza hukuku bağlamında bile olsa- benimsemesi mümkündür (Bkz. 9 Haziran 1998 tarihli İncal / Türkiye Kararı, Raporlar 1998-IV, s. 1567, paragraf 54). Sonuç olarak, bu tür durumların bir bireye, kamu personeline ya da nüfusun bir kesimine karşı şiddet kullanmayı tahrik ettiği hallerde, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin gerekli olup olmadığı incelenirken, devlet yetkilileri daha kapsamlı bir takdir sınırından faydalanırlar.

35. Mahkeme, kendisine sunulan davaların evveliyatını, özellikle de terörle mücadele ile bağlantılı sorunları dikkate almaktadır (Bkz. yukarıda belirtilen İncal / Türkiye kararı, s. 1568, paragraf 58). 15 yıldır Türkiye’de süregelmekte olan ciddi rahatsızlıkların bu tür görüşlerin yayılması ile şiddetlenebileceği hakkındaki Türk yetkililerin endişelerini dikkate almıştır (bkz. yukarıdaki paragraf 28). Bu bağlamda, söz konusu makalenin Körfez Savaşından kısa bir süre sonra, çok sayıda

Kürt kökenli insanın Irak'taki baskıdan kaçıp, Türk sınırlarına sığındığı sırada yayımlandığı dikkate alınmalıdır.

36. Mahkeme, başvuranın sendika lideri ve bir siyasetçi olarak yazdığını ve bu makaledeki sert üsluba rağmen, şiddeti, silahlı direnişi ya da isyanı teşvik etmediğini gözlemlemiştir. Mahkemenin görüşüne göre bu göz önünde bulundurulması gereken önemli bir unsurdur.

37. Mahkeme başvurana verilen 1 yıldan 8 aya kadar hapis ve 100.000.-TL, para cezasının ağır olduğuna dikkati çekmiştir (bkz. yukarıdaki paragraf 11). Mahkumiyetinin sonucu olarak, başvuranın Petrol İşçileri Sendikası'ndaki başkanlık görevini kaybetmesi gibi, bir takım siyasi ve medeni haklarını da kaybetmesi dikkate alınmıştır (Bkz. 14. ve 17. paragraflar).

Bu bağlamda Mahkeme, müdahalenin ölçüsü değerlendirilirken verilen cezanın şiddetinin ve çeşidinin göz önünde bulundurulması gereken unsurlar olduğunu belirtmiştir.

38. Sonuç olarak, Sn. Ceylan'ın mahkumiyeti takip edilen amaçlara ve "demokratik bir toplumda gereklilik" ilkesine uygun değildir. Bu nedenle Sözleşmenin 10. Maddesi ihlal edilmiştir.

## **II. SÖZLEŞMENİN 10. MADDESİ İLE BAĞLANTILI OLARAK 14. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI**

39. Başvuran, makalenin sadece, Kürt kökenli bir kimse tarafından yazıldığı ve Kürt sorunu ile ilgili olduğu için yargılandığını ifade etmiştir. Sözleşmenin 10. maddesi ile birlikte okunduğunda 14. maddenin aleyhine kendisinin ayırimcılığın kurbanı olduğunu ileri sürmüştür. Madde 14 aşağıda verilmiştir:

"Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayırimcilık yapılmadan sağlanır."

40. Hükümet bu konu ile ilgili olarak görüş sunmamıştır.

41. Komisyon, 10. madde ile birlikte okunduğunda Sözleşmenin 14. maddesi bağlamında farklı bir konunun ortaya çıkmadığı görüşünü ifade etmiştir.

42. Sözleşmenin 10. Maddesinin ihlal edildiği şeklindeki sonuç göz önüne alındığında (bkz. yukarıdaki paragraf 38), Mahkeme, şikayetin 14. Madde bağlamında incelenmesini gerekli görmemiştir.

## **III. SÖZLEŞMENİN 6. MADDESİ'NİN 1. PARAGRAFININ İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI**

43. Başvuran, ayrıca, Mahkeme huzurunda Sözleşmenin 6. Maddesinin 1. paragrafının ihlal edilmiş olduğunu iddia ederek şikayette bulunmuştur (bkz. yukarıdaki paragraf 21). Fakat Mahkeme, Komisyon'un bu başvurunun kabul edilebilirliğini incelediği sırada, Sayın Ceylan söz konusu şikayeti sunmadığı için, bu aşamada böyle bir şikayette bulunamayacağını tespit etmiştir.

## **IV. SÖZLEŞMENİN 41.MADDESİNİN UYGULANMASI**

44. Başvuran Sözleşme'nin 41. maddesi gereğince hakkaniyete uygun tatmin talebinde bulunmuştur. Bu maddeye göre:

"Mahkeme işbu Sözleşme ve protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder."

### **A. Zarar**

#### **1. Maddi zarar**

45. Başvuran, mahkumiyetinin sonucunda uğradığı gelir kaybını da içine alacak şekilde, yasal harcamaları ve dava muameleleri ile ilgili harcamalarından oluşan maddi zararlar için tazminat yoluyla toplam 850.000 Fransız Frangı talep etmiştir. İddialarına destek olarak, Petrol-İş Sendikası Genel Sekreteri tarafından imzalanmış yıllık toplam maaşının 1994'te 189,927.25, 1998'de 145,500.36 Fransız Frangı olduğunu gösteren bir belge sunmuştur.

46. Hükümet, Sözleşmenin iddia edilen ihlali ile talep edilen maddi zarar arasında nedensel bir ilişki olmadığını ileri sürmüştür. Her halükarda, Sn. Ceylan iddia ettiği kazançları ve harcamaları belgelerle kanıtlamamıştır.

47. Mahkeme başvuranın iddia ettiği kazançlarının kaybı ile 10. maddenin ihlali arasında nedensel bir ilişki olmadığını tespit etmiştir. Ayrıca, başvuranın şikayet ettiği kayıp iddiası yeterince ispatlanamamıştır. Bu nedenle Mahkeme iddianın bu kısmını reddetmiştir.

Mahkeme başvuranın ulusal mahkemelerdeki masraf ve harcamaları ile Strazburg Kuruluşları huzurundaki muamelelerin masraflarını birlikte inceleyecektir.

## 2. Manevi zarar

48. Sn. Ceylan manevi zarar için 150.000 Fransız Frangı talep etmiştir.

49. Hükümet, Mahkemeden ihlal bulgusunun kendi içinde yeterli adil tazmin oluşturduğu şeklinde karar vermesini istemiştir.

50. Mahkeme, başvuranın dava ile ilgili olarak sıkıntı çekmiş olacağını göz önünde bulundurmıştır. Mahkeme adil olarak, bu başlık altında başvurana 40.000 Fransız Frangı ödenmesine hükmetmiştir.

## B. Masraf ve Harcamalar

51. Başvuran Strazburg Kuruluşları önündeki yasal masrafları için 120.000 Fransız Frangı talep etmiştir. Bu masraflar tercüme, fax, telefon ve kırtasiye giderleri için 45.000 Fransız Frangı, avukat ücreti içinse 75.000 Fransız Frangıdır. İddiasını desteklemek için birçok belge sunmuştur.

52. Hükümet talep edilen meblağın fahiş olduğunu ileri sürmüştür. Özellikle de başvuran tarafından sunulan faturanın talep edilen meblağı desteklemediğini ve harcamaların söz konusu muamelelerle ilgili olmadığını ileri sürmüştür. Tercüme masrafları ve yasal ücretler ile ilgili olarak talep edilen meblağın normal Türk standartlarına göre abartılı olduğunu belirtmişlerdir.

53. Mahkeme, başvuranın avukatının Sözleşmenin 6. ve 10. maddeleri bağlamındaki benzer şikayetlerle ilgili davaların hazırlıklarıyla ilgilendiğine dikkati çekmiştir. Mahkeme, adil karar vererek ve içtihatlarındaki kriterlere göre, (bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 25 Mart 1999 tarihli Nikolova / Bulgaristan kararı, 1999 Raporları...,s. ..., paragraf 79), başvurana toplam 15.000 Fransız Frangı verilmesine hükmetmiştir.

## C. Temerrüt Faizi

54. Divan, bu kararın verildiği tarihte Fransa'da uygulanan yıllık %3,47 yasal faiz oranının kabul edilmesini uygun görmüştür.

BU SEBEPLERDEN DOLAYI MAHKEME,

- 1'e karşı 16 oyla Sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiğine;
2. Oybirliğiyle, 14. Madde ile birlikte incelendiğinde 10. madde bağlamında ayrı bir konunun ortaya çıkmadığına;
3. Oybirliğiyle başvuranın, Sözleşmenin 6. maddesinin 1 .paragrafı bağlamında şikayette bulunamayacağına;
4. 1'e karşı 16 oyla
  - (a) Sözleşmeci Devletin başvurana aşağıdaki miktarları üç ay içerisinde ödeme günündeki döviz kuru üzerinden Türk Lirası olarak ödemesine;
    - (i) 40.000 (Kırkbin) Fransız Frangı manevi tazminat;
    - (ii) 15.000 (onbeşbin) Fransız Frangı yargılama masrafları.
  - (b) Bu rakamlara, yukarıda belirtilen üç aylık sürenin bitiminden ödeme tarihine kadar yıllık %3,74 basit faiz uygulanmasına;
5. Başvuranın geri kalan tazminat taleplerinin reddine oybirliğiyle karar vermiştir.

Fransızca ve İngilizce olarak hazırlanan bu karar, 8 Temmuz 1999 tarihinde Strazburg İnsan Hakları Binasında kamuoyuna açık duruşmada tefhim edilmiştir.

İmza: Luzius WILDHABER

Başkan

İmza: Paul

Sekreter Yardımcısı

Sözleşmenin 45. Maddesinin 2. Paragrafı ve Mahkeme İç Tüzüğü'nün 74. maddesinin 2. paragrafına uygun olarak, aşağıdaki görüşler bu karara eklenmiştir.

- (a) Bn. Palm, Bn.Tulkens, Sn.Fischbach, Sn.Casadevall ve Bn, Greve'in mutabakat şerhleri;
- (b) Sn. Bonello'nun mutabakat şerhi;
- (c) Sn. Gölcüklü'nün muhalefet şerhi.

Paraf : L.W.

Paraf : P.J.M.

## HAKİM PALM, TULKENS, FISCHBACH, CASADEVALL VE GREVE'İN MUTABAKAT ŞERHLERİ:

Hernekadar Sürek / Türkiye (no. 1) davasında Hakim Palm'ın kısmi muhalefet şerhinde ortaya konulan daha içeriksel yaklaşım uygulayan bir yöntem ile aynı sonuca vardıysak da, son davada 10. maddenin ihlaline dair Mahkeme'nin aldığı kararı paylaşıyoruz.

Bizim görüşümüze göre, davalı devlete karşı açılan bu davalarda 10. maddenin genel değerlendirmesi, makalede kullanılan kelimelerin biçimine çok fazla ağırlık verirken kullanılan kelimelerin hangi bütün içinde yer aldığına ve yarattıkları etkiye önem vermemiştir. Makalede kullanılan dilin sert ve hatta tahripkar olduğu şüphesizdir. Fakat demokrasilerde, Mahkemenin de vurguladığı gibi “mücadeleyi” çağrıştıran kelimeler bile 10. madde ile korunur.

Mahkeme içtihatlarında siyasi söylem konusuna sağlanan kapsamlı korumaya uygun olan yaklaşım, kullanılan kelimelerin kışkırtıcı yanlarına daha az, ifadelerin hangi bütün içinde kullanıldığına ve bu bütünün farklı unsurlarına daha fazla odaklanmaktır. Kullanılan dil kışkırtıcı mıydı ya da şiddete mi teşvik ediyordu? Gerçek bir tehdit unsuru mevcut muydu? Bütün bu soruların cevabı sırasıyla her durumun genel şartlarını oluşturan, farklı kademelerin ölçülü değerlendirmesini talep eder. Başka soruların da yöneltmesi gereklidir. Suç teşkil eden makalenin yazarı, toplumda, sözlerinin etkisini artırabilecek bir konuma mı sahiptir? Söz konusu makaleye önemli bir gazetede mi yoksa sözlerin etkisini artırabilecek başka bir basın yolunda mı öncelik verilmiştir? Kelimeler şiddet kullanmaya tahrik etmekten uzak mı yoksa eşliğinde midir?

Şiddet içerikli ve zararlı bir üslup ile -10. madde ile korunan- demokratik bir toplumdaki hoşgörü konusunda ceza verilmesi gereken üslup arasındaki ayırım sadece suç teşkil eden kelimelerin kullanıldığı içeriğin dikkatli bir incelemesi sonucunda yapılabilir.

### YARGIÇ BONELLO'NUN MUTABAKAT ŞERHİ

10. maddenin ihlali konusunda çoğunluğa katılıyorum, ancak demokratik bir toplumda ulusal yetkililer tarafından başvuranın ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin haklı olup olmadığına karar verirken, Mahkeme tarafından yapılan ilk tahlili onaylamıyorum.

Bu dava ve şiddete yönelik tahrikin söz konusu olduğu daha önceki ifade özgürlüğü davalarında, Mahkeme tarafından varılan ortak kanaat şu şekildedir: Başvuran tarafından yazılıp, yayınlanan yazıların şiddet kullanılmasını destekleyip teşvik ettiği hallerde, ulusal mahkemeler tarafından mahkum edilmeleri demokratik bir toplumda haklı görülebilir. Ben bu görüşü yetersiz olduğu için kabul etmiyorum.

İnanıyorum ki, demokratik bir toplumda şiddet kullanmaya teşvik edenlerin devlet yetkilileri tarafından cezalandırılması, sadece kışkırtmanın “açık ve mevcut tehlike” arz ettiği durumlarda mümkündür. Şiddet kullanmaya teşvikin akla dayalı, soyut hale gelmesi durumunda ve zaman ve mekan içinde asli ve potansiyel şiddet halinden çıktığı durumlarda, temel olarak fikir özgürlüğü üstün gelen bir unsur olur.

Bütün zamanların en güçlü anayasa hukuku uzmanlarının yasa ve düzeni bozmaya yönelik sözlerle karşılık söylemeleri gereken ifadelerden birini sunuyorum: “Ülkeyi korumak için<sup>6</sup> talep edilen acil bir müdahale, yasanın kanuni ve acil amaçlarını tehdit etmedikçe, ifade özgürlüğüne yapılan nefretle karşıladığımız ve ölümcül olduğuna inandığımız müdahale girişimlerine karşı sonsuza kadar uyanık olmalıyız.”

Güç kullanmayı müdafaa etmenin kanunsuzluk oluşturduğu veya kanunsuzluğa kışkırttığı ya da böyle bir ihtimali ortaya çıkardığı hallerin<sup>7</sup> dışında, ifade özgürlüğü teminatı, bir devlete güç kullanmayı yasaklaması konusunda izin vermez. Bu bir yakınlık ve derece<sup>8</sup> sorunudur.

İfade özgürlüğünün kısıtlamasını haklı gösteren açık ve mevcut bir tehlikenin varlığını desteklemek için, ciddi bir şiddet beklentisi ya da müdafaasının mevcut olduğu ya da başvuranın

<sup>6</sup> Abrahams Birleşik Devletlere Karşı Davası. Yargıç Oliver Wendell Holmes. 630'da 250 U.S. 616 (1919)

<sup>7</sup> Brandenburg Ohio'ya Karşı. 447'de 395 U.S. 444 (1969)

<sup>8</sup> Schenek Birleşik Devletlere Karşı 52' de 294 U.S. 47

şiddet kullanmayı müdafaa etmesinin acil ve ciddi bir durum ortaya koyabileceğine inanmak için önceki davranışlarının yeterli neden oluşturduğunun gösterilmesi gerekmektedir<sup>9</sup>.

Başvuranların itham edildiği her söz her ne kadar bazılarına oldukça ciddi görünse de, ulus düzenine karşı tehditkar ve korkutucu niteliğe sahip olduğu bana göre açık değildir. Yine bu ifadelerin ani olarak bastırılmasının Türkiye'nin selameti için gerekli olduğu bana göre açık değildir. Söz konusu fikirler kendi haline bırakıldıkları takdirde tehlike yaratmamaktadırlar. Kısacası, Mahkeme, başvuranların Ceza Mahkemeleri tarafından mahkum edilmelerine göz yumduğu takdirde ifade özgürlüğünün yıkılmasına yardımcı olacaktır.

Özet olarak, “kötü olarak idrak edilen etki, tam olarak tartışılma fırsatını bulamadan önce meydana gelebilecek kadar yakın değilse, sözlerden çıkan hiçbir tehlikenin açık ve mevcut olduğu düşünülemez. Tartışma doğrultusunda yalan ve safsatayı karşı karşıya getirmek için zaman olursa, eğitim süreci tarafından kötülüğün önüne geçmeyi sağlamak için uygulanan yol, sükunete zorunluluk olarak boyun eğmek değil, daha fazla tartışmaktır”<sup>10</sup>.

### YARGIÇ GÖLCÜKLÜ'NÜN MUHALEFET ŞERHİ (Çeviri)

Sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiği kararını alan Mahkeme'nin görüşüne katılmadığımı bildirmek istiyorum. Benim görüşüme göre, bu dava ile ilgili olarak demokratik bir toplumda müdahalenin gerekli olmadığı ve ulusal güvenliği koruma amacına uygun olmadığı şeklinde tespitte bulunmanın geçerli bir nedeni mevcut değildir.

25 Kasım 1995 tarihli Zana / Türkiye kararında ortaya çıkan ve Gerger / Türkiye kararında ilave ettiğim muhalefet şerhimde hatırladığım genel ilkeler şimdiki davaya uygun ve geçerlidir. Tekrardan kaçınmak için okuyucuya bu karşı görüşün 1-9 paragraflarını sunuyorum.

Ceylan / Türkiye kararı, Zana, Gerger ve Sürek davalarından ayrı tutulamaz. Başvuran makalesinde Türkiye'de “soykırımın ... artması”, “özellikle son çıkartılan Terörle Mücadele Yasasının ardından, hızla artan yargısız infazlar ve göz altında kaybolmalar; “... HEP Diyarbakır il Başkanının (Halkın Emek Partisi) büyük olasılıkla kontrgerilla tarafından öldürülmesi ve yalnızca Kürt halkının değil aynı zamanda tüm işçi sınıfımızın ve emekçi halk yığınlarımızın çabalarının yok edilmesi gibi konulardan bahsetmektedir. Başvuran makalesinde sonuç olarak “bu yasalar ve bugünkü “devlet terörü” karşısında sadece Kürt halkını değil bir bütün olarak emekçi halkımızı da bulmalıdır” demiş ve bitiş bölümünde bütün yurttaşlarına ve demokratik güçlere seslenerek çok geç olmadan “bu kavganın içinde aktif olarak yer almaya” çağırıştır. Bana göre metinlerden yapılan alıntılar düşmanlığa kışkırtmakta ve şiddete tahrik etmektedir. Ulusal yetkililere bırakılması gereken takdir sınırını göz önünde tutarak söz konusu müdahalenin, demokratik bir toplumda gerekli olduğu sonucuyla birlikte orantısız olmadığına kanaat getirdim.

<sup>9</sup> Whitnev Kaliforniya'ya Karşı 376'da 274 U.S. 357 (1927)

<sup>10</sup> Whitney Kaliforniya'ya Karşı, Hakim Louis D. Brandeis. 377'de 274 U.S. 357 (1927)

## **Onbirinci Bölüm**

Sürek ve Özdemir / Türkiye Kararı

Bu karar metni, Mahkemenin seçkin karar ve hükümleri resmi raporlarında nihai şekilde yayınlanmasından önce Sekreteryaya revizyonuna tabidir .

### **Sürek ve Özdemir / Türkiye davasında,**

11 nolu Protokol<sup>11</sup> ile değişen İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşmenin ("Sözleşme") 27 .Maddesi ve Mahkeme İçtüzüğü'nün<sup>12</sup> ilgili hükümleri uyarınca;

Sn. L. WILDHABER, Başkan,

Sn. E. PALM,

Sn. A. PASTOR RIDRUEJO,

Sn. G .BONELLO,

Sn. J .MAKARCZYK,

Sn. P .KÜRIS,

Sn. J.-P. COSTA,

Sn. F .TULKENS,

Sn. V .STRAZNICKA,

Sn. M. FISCHBACH,

Sn. V .BUTKEVYCH,

Sn. J .CASADEVALL,

Sn. H.S. GREVE,

Sn. A.B. BAKA,

Sn. R. MARUSTE,

Sn. K. TRAJA,

Sn. F .GÖLCÜKLÜ, yedek hakim,

ile Sekreter Yardımcıları Sn. P.J. MAHONEY ile Sn. M. DE BOER-BUQCCHIO'nun katılımı ile toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Heyeti:

---

<sup>11</sup> Sekreteryaya Notları : 11 no'lu Protokol ve Mahkeme İçtüzüğü 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir

<sup>12</sup> Sekreteryaya Notları: 11 no'lu Protokol ve Mahkeme İçtüzüğü 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir

3 Mart ve 16 Haziran 1999 tarihli gizli görüşmesi sonucunda, yukarıda son anılan tarihte benimsenmiş olan aşağıdaki karara varmıştır:

## USULİ İŞLEMLER

1. Dava, Sözleşme'nin 32. madde 1. fıkra ve 47. maddesinde öngörülen üç aylık süre içinde, 27 Nisan 1998 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ("Komisyon") tarafından Sözleşmenin<sup>13</sup> 19. maddesi uyarınca Mahkememize sunulmuştur. Türk vatandaşları olan Sn. Kamil Tekin Sürek ve Sn. Yücel Özdemir tarafından sırasıyla 25 Şubat 1994 ve 4 Mayıs 1994 tarihlerinde eski Madde 25 kapsamında Türkiye Cumhuriyeti aleyhine Komisyon'a sunulmuş olan başvuruya (No. 23462/94) 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, 10. Maddesi ve 18. Maddesi kapsamındaki yükümlülüklerin ihlalini ortaya koyup koymadığına ilişkin bir kararın verilmesidir .

2. Mahkeme'nin Eski A<sup>14</sup> 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). Ardından o zamanki Mahkeme başkanı Sn. R. Bernhardt tarafından anılan avukata yazılı prosedürde Türkçe dilini kullanma izni verilmiştir .(İçtüzük 27 .madde 3 . fıkra). Daha sonra ise yeni Mahkeme Başkanı Sn. L. Wildhaber tarafından anılan avukata sözlü prosedürde Türkçe dilini kullanma izni verilmiştir (İçtüzük 36. madde 5. fıkra).

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 Sn. Bernhardt, Sekreter aracılığıyla hareket ederek, Türkiye Cumhuriyeti ("Hükümet") Temsilcisi, başvuranların avukatı ve Komisyon Delegatesinden yazılı prosedürün organizasyonu hakkındaki görüşlerini bildirmelerini istemiştir. Bunun sonucunda gönderilen talebe ilişkin olarak Sekreter, Hükümetin görüşlerini 16 Eylül ve başvuranların görüşlerini 13 Ekim 1998 tarihlerinde almıştır .29 Eylül 1998 tarihinde Hükümet, Sekreteryaya 'ya görüşlerini destelemek amacıyla ek bilgi göndermiştir ve 14 Ekim 1998 tarihinde başvuranlar adil tazmin taleplerine ilişkin görüşlerini sunmuşlardır .26 Şubat 1999 tarihinde ilk başvuran, Sn. Sürek, adil tazmin talebine ilişkin detayları sunmuştur .1 Mart 1999 tarihinde ise Hükümet, her iki başvuranın adil tazmin taleplerine ilişkin görüşlerini sunmuştur .

4. 11 Nolu Protokolün 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra ve anılan Protokolün 5. Maddesinin 5. Fıkrası uyarınca dava Büyük Daireye sunulmuştur. 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. 24146/94); Gerger / Türkiye (no. 24919/94); Erdoğan ve İnce / Türkiye (no. 25067/94 ve 25068/94); Sürek / Türkiye No. 1 (no. 26682/95); Başkaya ve Okçuoğlu / Türkiye (no. 23536/94 ve 24408/94); Sürek / Türkiye No. 2 (no. 24122/94); Sürek / Türkiye No. 3 (no. 24735/94) ve Sürek / Türkiye No. 4 (no. 24762/94) davalarının birleştirilmesine karar vermiştir .

<sup>13</sup> 19. Maddeyi değiştiren 11 No'lu Protokolün yürürlüğe girmesinden itibaren Mahkeme sürekli bazda faaliyet göstermiştir .

<sup>14</sup> Sekreteryanın Notu: A İçtüzüğü, 9 nolu Protokolün yürürlüğe girmesinden önce ( 1 Ekim1994) Mahkemeye sunulan davalar ile anılan tarih itibarıyla 31 Ekim 1998 tarihine kadar ilgili Protokole tabi olmayan Devletler ile ilgili davalar için geçerlidir.

5. Bu amaca yönelik olarak oluşturulan Heyet, Türkiye adına re'sen seçilen Sn. R. Türmen'i (Sözleşmenin 27. Maddesinin 2. Fıkrası ve Mahkeme İçtüzüğü'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 İçtüzüğü'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 (İçtüzüğü'nün 24. Maddesinin 3. Fıkrası ve 100. Maddesinin 4. fıkrası). 19 Kasım 1998 tarihinde Sn. Wildhaber İçtüzüğü'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 yedek hakim olarak Sn. F. Gölcüklü'nün atandığını Sekreteryaya bildirmiştir (29. Maddenin 1. Fıkrası). Ardından davanın ileri aşamalarına katılmayacak olan Sn. Bootoucharova'nın yerine Sn. K. Traja atanmıştır (İçtüzüğü'nün 24. Maddesinin 5. Fıkrasının (b) bendi).

6. Mahkeme'nin daveti üzerine (İçtüzük 99. madde) Komisyon, heyet ezdindeki takibata katılmak üzere üyelerinden biri olan Sn. D. Svaby'yi atamıştır . Ardından Komisyon Sekreteryaya sözlü prosedürde temsil edilmeyeceğini bildirmiştir .16 Şubat 1999 tarihinde Delege Sekreteryaya 'ya davaya ilişkin yazılı savunmasını sunmuştur .

7 .Başkanın kararına uygun olarak duruşma 3 Mart 1999 tarihinde Sürek / Türkiye No. 2 davası ile birlikte Strazburg İnsan Hakları Mahkemesinde gerçekleştirilmiştir .Mahkeme duruşma öncesinde bir hazırlık toplantısı yapmıştır .

Mahkeme huzurunda bulunanlar:

(a) Hükümet adına

Sn. D. TEZCAN, Ajan,

Sn. D. AKÇAY , Ajan yardımcısı,

Sn. B. ÇALIŞKAN,

Sn. G. AKYÜZ,

Sn. A. GÜNYAKTI,

Sn. F. POLAT,

Sn. A. EMÜLER,

Sn. I. BATMAZ KEREMOĞLU,

Sn. B. YILDIZ,

Sn. Y .ÖZBEK, Danışmanlar;

(b ) başvuranlar adına

Sn. S. MUTLU, İstanbul Barosundan, Avukat.

Mahkeme, Sn. Mutlu'nun ve Sn. Tezcan'ın beyanlarını dinlemiştir.

## DAVA ESASLARI

### 1. DAVA İLE İLGİLİ OLAYLAR

#### A. Başvuranlar

8. İlgili tarihte birinci başvuran, Sn. Kamil Tekin SÜREK, İstanbul'da *Haberde Yorumda Gerçek* isimli haftalık bir dergiyi yayınlayan, Türk kökenli sınırlı sorumlu bir şirket olan *Deniz Basın Yayın Sanayi ve Ticaret Organizasyon'un* başlıca hisse sahiplerinden biridir. Diğer başvuran, Sn. Yücel Özdemir, derginin yazı işleri müdürüdür.

#### B. Dava Konusu Makaleler

9. Derginin 31 Mayıs 1992 ve 7 Haziran 1992 tarihli sayılarında, yasadışı bir örgüt olan Kürdistan İşçi Partisi'nin ("PKK") bir lideri ile yapılan bir röportaj, iki bölüm halinde yayınlanmıştır. 31 Mayıs 1993 baskısında dört sosyalist teşkilatın müşterek bildirgesi yayınlanmıştır .

10. Bu yayınların ilgili bölümleri aşağıda verilmiştir (tercüme ):

1. PKK'nın ikinci başkanı Sn. C.B. ile yapılan röportaj (1. Bölüm)

"Soru: [Seçimler] tehlike arz ediyordan kastınız nedir?

**Cevap: ABD: "Kürtlere baskı uygulanıyor. Saddam onları öldürüyor. Biz Kürtleri Saddam'ın katliamlarına karşı koruyoruz. Onların hayatta kalması bizim güvencemiz altındadır" diyor. Ancak bunun büyük bir sahtekarlık olduğu barizdir. İddia ettikleri şekilde Kürtleri katliama karşı koruyor olsalardı, onları Türk Devletine karşı da korurlardı. Çünkü, Kuzeyde bizim halkımıza karşı Türk Devleti tarafından yapılan katliamlar, Saddam'ınkiler kadar korkunç. Aslında Saddam'ınkilerden daha kötü uygulamalar bile var. Bu nedenle, ABD aynı şeyi Türkiye'ye karşı da yapmalıdır. Çifte standart herkes tarafından görülecek kadar açıktır. ABD Saddam'a karşı harekete geçiyor, ancak Türkiye'nin Kuzey ve Güneydeki Kürt halklarına karşı yaptığı katliamları destekliyor .Buna ilişkin birçok emare mevcuttur ve halkımız da bunun bilincindedir. Seçimlerdeki hedefi, hem desteklemek istedikleri teşkilatlar üzerinden Güneydeki olumlu gelişmeleri sınırlandırmak, hem de genel olarak Kürdistan'da gelişmekte olan bağımsızlık ve özgürlük mücadelesinin önünü tıkamaktır .Tüm Kürt hareketlerini, halen kendilerinin [ABD] kontrolünde bulunan o iki teşkilatın kontrolü altına almak istiyorlar. Bu nedenle de Kürt halkı için tehlike arz ediyorlar.**

Soru: Güney Kürdistan'da bir parlamento kurulur kurulmaz kanunlar yürürlüğe girecektir .Bir yandan Türkiye ve Irak gibi komşular ile ve diğer yandan ABD ile anlaşmalar imzalanacaktır. Türkiye'nin bu ülkelere tek bir talebi olabilir, o da PKK 'nın hariç tutulması. Kürt partileri anılan bir ortam içinde yer alırlarsa, PKK 'nın tutumu ne olur?

Cevap: Türkiye ve emperyalizmin, halkımızı ulusal kimlik ve mücadelesinden caydırmak niyetinde olduğu bilinen bir gerçektir .Ancak bir ulus olarak kimliğimizi elde etmek istiyoruz ve bizim baba topraklarımız var .Savaşımız bunun içindir . Bizleri topraklarımızdan söküp atmak istiyorlar; bizleri yok etmek veya bizleri değiştirmeye zorlamak istiyorlar .Ama biz kendi topraklarımızda barış içinde yaşamak için savaşıyoruz. ABD veya Türkiye veya Kürt kimliği adına hareket etmekte olduğunu söyleyen herhangi bir başka güç, ülkemizin herhangi bir bölümünden bizi zorla çıkarmaya çalışırsa, bulunduğumuz yerde kalmak için mücadele ederiz. Şu anda da mücadelemizin amacı budur. Türk Devleti bizleri topraklarımızdan atmak istiyor.

İnsanları köylerinden sürüyor. Kürdistan'ın tamamen boşaltılmasını istiyor. Ama biz direniyoruz. Kimse bize çıkmamızı söyleyemez veya isteyemez. Biz başkalarının topraklarında değil; kendi topraklarımızdayız. Kimse bizden topraklarımızdan ayrılmamızı isteyemez. Kuzey ve Güney diye bir ayırım yapmıyoruz; bizler Kürdistan'dayız. Bizler halkımızın arasındayız. Topraklarımızdan ayrılmamızı istiyorlarsa, bunu asla kabul etmeyeceğimizi bilmeliler. Bizler her şeyini kaybetmiş bir halkız ve kaybettiklerimizi geri kazanmak için çarpışıyoruz. Bizim hareketimizin amacı bu. Kaybedecek bir şeyimiz yok. Kimsenin karşısında ezilmeyiz ve kimseden korkmuyoruz. Kaybedebileceğimiz tek şey köleliğimizdir. Bu nedenle korkusuzca hareket ediyoruz.

Soru: Türk Devlet televizyonlarında Kürtçe programların yayımlanmasının PKK'ya ödün verme şeklinde yorumlanacağı söylenmektedir. Bu doğru olabilir mi? Ayrıca PKK'nın bir TV kanalı kuracağı söylenmektedir. Bu doğru mudur?

Cevap: PKK'nın televizyon yayınına başlayacağı doğru değildir. Bu tür tesislerimiz yok. Uydu veya başka bir kanal üzerinden televizyon yayıncılığı PKK'nın işi değildir. Türkiye'de Kürt televizyonu konusunu Turgut Özal ABD ziyaretinde gündeme getirmiştir. Tartışılan husus budur. Halkın küçük bir çoğunluğu Özal'ın haklı olduğunu söylüyor, ancak büyük bir kısmı ise buna karşıdır. Kürt TV'nunu önerenler bunu kasıtlı olarak yapıyor .Hedef, sözde kitlelerin etkilenmesi ve kazanılması ve böylece PKK'nın dışlanmasıdır. Fikir budur. Ama, Kürt TV, gerçekleşse dahi, bu onların işine yaramayacaktır. Bu yüzden buna karşılar. Kürt TV'ünü kurmak isteyenlerin amacı PKK 'yı dışlamaktır .Çünkü, "Kendi dillerine sahip olan bir halk mevcuttur ve onların dilinde yayın yapmalıyız. O halka saygı duymalıyız. İnsanların dillerinin yasaklanması yanlıştır, bu aynı zamanda Türk halkına da zarar verir." şeklinde bir düşünce yoktur .Durum bunun aksinedir .Tartışmalar gerçek amaçlarını ortaya koymuştur: "PKK'nın etkisini nasıl silebiliriz? PKK'yı nasıl yalnız bırakabiliriz? Kürt halkının gözlerini nasıl bağlayabiliriz?". Bu taktiksel bir yaklaşımdır. Bu bir oyundur. Ancak ne adım atarlarsa atsınlar, PKK'nın lehine çalışacaklardır. Türk Devleti şimdi Kürdistan'ı kaybetmiştir. Bu bir gerçektir. Bundan sonra Devletin Kürdistan'da yapacağı herhangi bir hareket, PKK'nın lehine ve Türk Devletinin aleyhine çevrilecektir Türk basınının ilkeleri yoktur. Bu ahlaksız basın ile iletişimde bulunmakta herhangi bir fayda olmadığını düşünüyoruz. Basın ile herhangi bir temasta bulunmaktan kaçınmakla kalmayacağız; basının Kürdistan'a girişini engellemek için çaba harcayacağız.

Soru: Uludere saldırısında farklı bir taktik uygulanmıştı. Önceleri, saldırılar geceleri düzenleniyordu. Ama bu kez, saldırı gündüz gerçekleştirildi ve çarpışma gün boyunca sürdü. Bunun gerillalar için daha fazla risk taşıdığı söylenmektedir .Bunun nedeni nedir?

Cevap: Dedikleri doğrudur .Mücadelemiz belli bir düzeye ulaşmıştır .Bu düzeye uygun taktiklerin geliştirilmesi gereklidir çünkü daha düşük taktiklerle savaşmak bir hatadır. Savaşta ilerleme, halen ulaşılmış olan harp düzeyinde taktiklerin kullanımı ile elde edilebilir. Hareketin planlanma nedeni budur. Fikir, sabah saldırmak ve yerimizi korumak ve gün boyunca çarpışmayı sürdürmekti -ve sonunda başarılı da oldu. Bu bir deneydi. Bizim görüşümüzden, bundan çıkarılması gereken sonuçlar mevcuttur. Durumu inceliyoruz. Gelecekte yapacağımız eylemlerde bundan faydalanacağız."

## 2. PKK'nın ikinci başkam Sn. C.B. ile yapılan röportaj (2. Bölüm)

"Soru: Faili meçhul kişilerce Kürdistan'da düzenlenen suikastlar ve Hizbullah'ın üzerine aldığı eylemler hakkındaki düşünceleriniz nelerdir?

Cevap: Hizbullah olarak bilinen bir örgütün olduğu doğru. Fakat güçsüz bir örgüt. Söylenildiği gibi, katliamlar düzenleyen örgüt Hizbullah değil. Örgüt güçsüz olduğu için, Türkiye Cumhuriyeti örgüt mensuplarını çoğu yerde yakaladı. Bir çok katliam bu örgütün adı altında yürütülüyor ancak aslında bu cinayetlerin hepsi Türkiye Devleti tarafından işleniyor. Bunu Hizbullah üyelerine

anlatıyoruz: “Eğer gerçekten Müslümansanız, şunu bilmelisiniz ki, İslam dini baskının ve adaletsizliğin karşısındadır, doğru ve adil olanın yanındadır.”Türkiye Devletinin baskıcı olduğu ve çok sayıda katliam ve insanlık dışı eylem gerçekleştirdiği herkes tarafından bilinmektedir. Hizbullah bu eylemlere karşı çıkanlara saygı göstermelidir. Bu eylemlere karşı savaşmak istiyorlarsa diğer örgütlerle güçlerini birleştirmelidirler . Onlardan istediğimiz sadece budur. Birlikleri arasına sızan kontr-gerillaları püskürtmeleri gerektiği konusunda onları dostça uyarıyoruz. Bunu yapmazlarsa çok fazla üzülecekler. Şu ana kadar ciddi olarak bir tepki vermedik, sadece onları uyardık. Bu olayların Türkiye Devletine hizmet ettiğini söyledik onlara ve belirli kesimlerden olumlu yanıtlar aldık. Hizbullahçıların veya Müslümanların bu tür eylemlere katılmadıklarını ve bu eylemlerin Hizbullahçılar tarafından gerçekleştirilmediğini söylediler. Bu olumlu bir gelişme. Ancak, Türkiye Devleti, Hizbullah adı altında çeşitli yerlerde katliamlarına hala devam ediyor.

Soru: Bundan sonra mücadeleniz hangi sınırlar içerisinde devam edecek?

Cevap: Etkileri kesin olarak belirlenmiş olmasa da, iklim koşulları savaşı etkiler. 1991-92 kışı oldukça sertti; bu da bizim hareketlerimizi ve mücadele kapasitemizi etkiledi, hem bizim açımızdan hem de Türkiye Devleti açısından ciddi problemler yarattı. Ancak onların teknoloji avantajları var ve bunu sonuna kadar kullandılar. Tabii, bir işlerine yaramadı bu. Geçen kış bizi öldürücü darbelerle maruz bırakmaya çalıştılar. Bizi yıkacaklarını ve ilkbahara kadar püskürtmeyi başaracaklarını düşündüler .Ancak istediklerini elde edemediler .Sert kış koşullarından dolayı hareket kapasitemiz azaldı ve bunun bir sonucu olarak da geçen yıllarla kıyaslandığında adımlarımızı daha geç atabildik. Fakat yavaş yavaş mevsim normale dönüyor .Çoğu yerde, hala yerde kar var .Ancak bu bizim için fazla engel oluşturmuyor .1992 yılı diğer yıllarla karşılaştırıldığında daha farklı bir yıl olacak, ama hiç bir zaman şunu söylemiyoruz: 'Silahlı mücadelemizi artıralım ve daha geniş alanlara yayalım'. Eğer savaşa devam ediyorsak, bunu yapmamız gerektiği içindir. Farklı bir yaşam ve gelişme için yapabileceğimiz başka bir şey yok. Bizim için tüm yollar kapandı. Savaşı sürdürüyoruz, çünkü bunu yapmaya zorlandık. Savaşın büyüüp büyümemesi Türkiye Devleti'nin tavrına bağlı. Devlet savaşı daha da körüklüyor. Bu yüzden de savaşı bu noktaya kadar getirdik. Savaş daha da büyüyecek. PKK'dan önce, Kürdistan'a karşı tek taraflı bir savaş vardı. Son birkaç yıldır bu savaş iki taraflı oldu. Eskiden, Türkiye sürdürdüğü savaşın sonunda istediği her şeyi elde ediyordu ve bunun sonucunda da Kürdistan halkı hızla ortadan kalkıyordu. Ancak artık Kürt halkı 'Dur! ' demeye başladı. Yok olmamak için direnmeye başladılar. Savaşı başlatan devletti, savaşın sona ermesi de devlete bağlı olacak. Savaşı biz başlatmadık. Biz sadece bize karşı sürdürülen bir yok etme savaşında savunmaya geçtik. Türkiye, Kürdistan halkının isteklerini kabul etmedikçe bu savaş devam edecek: geriye tek bir adım bile atılmayacak. Bizim tarafımızda tek bir kişi kalana kadar bu savaş sürecektir ...

Bazı bölgelerde Devletin sömürgeci otoritesi tamamen yok oldu ...Savaşı idare edenler olarak, halkımızın herkes tarafından bilinen isteklerinin resmi olarak dile getirilmesini bekliyoruz. Bütün amacımız bu. Bu hedefe, Devletin egemenliğini çeşitli şekillerde ve yollarda zayıflatarak, çeşitli yerlerde popüler bir rejim kurarak ya da diğer bölgelerde ikinci bir rejim oluşturarak ulaşabiliriz. İşte bu halkımızın ve bizim gücümüz. ...PKK her türlü problemle karşılaşabilir, tüm bu sorunları çözer. Türkiye'ye hiçbir soru sormuyoruz. Onlarla konuşmuyoruz. Herkes ERNK Komitesiyle ya da bu komitenin yerel görevlileriyle konuşuyor. ERNK'nın yetkili olduğu düşünülüyor. Şu an için bizler halk temsilcilerimizi seçiyoruz."

3. "Güçleri birleştirme" çağrısı -TDKP, TKEP, TKKKÖ ve TKP-ML Hareketi 'nin Ortak Bildirisi

"Türkiye Devrimci Komünist Partisi (TDKP), Türkiye Komünist Emek Partisi (TKEP), Türkiye Kuzey Kürdistan Kurtuluş Örgütü (TKKKÖ) ve Türkiye Komünist Partisi/ Marksist-Leninist Hareketi (TKP/ML Hareketi) Merkez Komiteleri, tüm devrimcileri ve demokratları güçlerini birleştirmeye çağırılmaktadır .

“Devlet terörüne karşı, Kürt halkına yapılan baskı ve zulme karşı, katliamlara, sokak ortasında işlenen cinayetlere, işten çıkarılmalara ve işsizliğe karşı birleşelim; birleşelim ve adımlarımızı özgürlük, demokrasi ve sosyalizm için atalım.” Devleti idare edenlerin güce ve şiddete başvurduğu belirtilen çağrı işte bu şekilde başlamaktadır. Ve DYP ve SHP hükümetlerinin 'demokratikleşme' atılımları saldırılarını saklamak amacıyla kullandıkları bir manevra olarak tanımlanmıştır bu çağrıda."

Bu bildiriye şu görüşlere yer verilmektedir:

"Kürt ve Türk ulusunun işçileri, emekçileri ve gençleri!

Emperyalizmin ve işbirliği halinde olan yöneticilerin bize karşı yürüttüğü saldırılara karşı gelebiliriz. Bunu başarmak için, ortak isteklerimiz çerçevesinde güçlerimizi birleştirip savaşa katılmalıyız. Tarihteki devrimci rolünün bilincinde olarak, işçi sınıfı harekete geçmeli, eylemleri yönlendirmeli, sendika başkanlarına çağrıda bulunup, eylemlerimize müdahale etmek adına oluşturdukları engelleri ortadan kaldırmalı ve savaşı ve eylemleri yaygınlaştırmalıdır.

-Türk ordusu Kürdistan'dan çekilmelidir. Yargı sistemindeki çifte standarda bir son verilmeli ve tüm Kürt mahkumlar serbest bırakılmalıdır .

**-Türk parlamentosu, Kürdistan üzerinde kurduğu otoriteden vazgeçmelidir .Kürt halkı kendi kaderini belirlemede özgür bırakılmalıdır, buna ayrı bir Devlet kurulması da dahildir.**

-MİT (Milli İstihbarat Teşkilatı) ajanları, kontr-gerillalar ve özel birlikler tarafından gerçekleştirilen sokak infazlarına ve Devlet terörizmine bir son verilmelidir ve bu kişiler katliamların ve cinayetlerin hesabını vermelidirler

.-Dış borçların emperyalistlere hizmet etmesine bir son verilmeli ve bu kaynaklar işçi sınıfının çıkarları için kullanılmalıdır .

-İşten çıkarmalar durdurulmalı ve işten çıkarılan işçilere işleri geri verilmelidir. Sendikaların önüne koyulan tüm engeller kaldırılmalı ve kısıtlama olmaksızın örgütlenme hakkı kabul edilmelidir .

-Ülkenin ve halkın kaynağı olan KİT'lerin emperyalistlere satılmasını engellemek için çeşitli tedbirler alınmalıdır .Sendikaları ortadan kaldırmanın yollarından biri olan işçi taşeronluk sözleşmeleri derhal durdurulmalıdır .

-Grev yasakları kaldırılmalı ve lokavt yasaklanmalıdır. Genel grev, siyasi grev, hak elde etmek adına yapılan grev ve sempati grevi hakları tanınmalıdır. Toplanma özgürlüğü, gösteri özgürlüğü, düşünce özgürlüğü ve basın özgürlüğü üzerindeki tüm yasaklar sona ermelidir.

-Devlet memurlarına ilişkin 657 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmalı ve tüm işçi sınıfına grev ve toplu sözleşme haklarıyla birlikte bir sendikaya üye olma hakkı da verilmelidir .

-Tüm işçiler sigortalı olmalıdır; tüm işçilere işsizlik sigortası yapılmalıdır ve herkese ücretsiz sağlık hizmetleri verilmelidir.

-Çalışma hayatında ve toplumsal hayatta hüküm süren cinsiyete dayalı ayrımcılığa ve çalışan kadınlara yapılan tüm baskılara bir son verilmelidir.

-YÖK (Yüksek Öğretim Kurumu) kaldırılmalı ve yüksek öğrenim gören genç insanlara üniversite yönetiminin karar alma aşamasında söz hakkı verilmelidir. Gençlerin kurdukları örgütlere karşı yürütülen tüm engellemelere son verilmeli ve eğitim ve öğretim her düzeyde ücretsiz yapılmalıdır .

-Eğitim kurullarına tam özerlik verilmelidir; ders kitapları çağdaş ihtiyaçlara cevap verilmeli ve demokratik içeriklerle yeniden yazılmalıdırlar .

-Köylü sınıfının Devlete olan tüm borçları silinmeli ve ürünlerini asgari düzeyde fiyatlandırmalarına izin verilmelidir ."

### C. Yetkililer tarafından alınan önlemler

#### 1. Derginin toplatılması

**11.** 1 Haziran 1992 tarihinde, İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi, derginin 31 Mayıs 1992 tarihli tüm sayılarının toplatılma emrini vermiştir, çünkü bu dergi terörist örgütler tarafından sunulan bir bildiriye yer vermektedir ve bölücü propaganda yapmaktadır.

#### 2. Başvuranlar aleyhindeki suçlamalar

**12.** 16 Haziran 1992 tarihli iddianamesinde İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi Savcısı, başvuranları, PKK lideri ile yapılan bir ropörtajı ve dört terörist örgütün sunduğu bildiriye yayınlamakla Devletin bölünmezliğine karşı propaganda yapmakla suçlamıştır. Suçlamalar, 1991 tarihli Terörle Mücadele Kanunu'nun (bundan böyle "1991 tarihli kanun" olarak anılacaktır: bkz. aşağıdaki 23. paragraf) 6. ve 8. Maddeleri kapsamında yapılmıştır .

**13.** 30 Haziran 1992 tarihli bir diğer iddianamede, başvuranlar Devletin bölünmezliğine karşı propaganda yaparak 7 Haziran 1992 tarihli sayıda yer alan ropörtajın ikinci bölümünü yayınlamakla suçlanmışlardır. Suçlamalar 1991 tarihli kanunun 8 .Maddesi kapsamında yapılmıştır .

**14.** 4 Şubat 1993 tarihinde suç teşkil eden makalelerin iki bölüm olarak yayınlanan tek bir ropörtaj olarak değerlendirilmesiyle cezai takibatlar birleştirilmiştir .

#### 3. İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi huzurunda yapılan takibatlar

**15.** İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi huzurunda yapılan takibatta, başvuranlar suçlamaları reddetmiştir .Ropörtajı, gazetecilik ve basın özgürlüğü çerçevesinde, halka bilgi sunmak amacıyla yayınladıklarını iddia etmişlerdir. Düşünce özgürlüğüne ilişkin olarak, ilk başvuran Sözleşme'ye ve Komisyon ile Mahkemenin emsal davalarına değinmiştir .Demokratik bir toplumda rahatsız edici görüşleri de içeren bir çoğulculuğun olması gerektiğini ifade etmiştir. 1991 tarihli kanunun 6. ve 8. Maddelerindeki hükümlerin Türk Anayasası'nı ve Komisyon ve Mahkeme'nin emsal davalarında altı çizilen kriterleri ihlal eden hükümler içerdiğini belirtmiştir .

#### 4. Başvuranların mahkumiyeti

16. 27 Mayıs 1993 tarihli kararında, İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi başvuruları 1991 Tarihli Kanunun 6. ve 8. Maddeleri uyarınca suçlu bulmuştur. İlk başvuran önce 6. Madde uyarınca 100.000.000 Türk Lirası para cezasına, daha sonra da 8. Madde uyarınca 200.000.000 Türk Lirası para cezasına çarptırılmıştır. İkinci başvuran, önce 6. Madde uyarınca 50.000.000 Türk Lirası para cezasına, daha sonra ise 8. Madde uyarınca altı ay hapis cezasına ve 100.000.000 Türk Lirası para cezasına çarptırılmıştır.

17. Mahkeme, kararında PKK lideri ile yapılan ropörtajın bir gazete yorumu şeklinde yayınlandığını belirtmiştir. Ayrıca ropörtaj yapılan kişi, Türkiye Devleti topraklarında yer alan bir bölge için "Kürdistan" ifadesini kullanmış, Kürt kökenli Türk vatandaşlarının ayrı bir toplum olduklarını ve Türkiye Cumhuriyeti 'nin Kürt halkını köylerinden uzaklaştırdığını ve onları katlettiğini ifade etmiştir. Mahkeme ropörtaj yapılan kişinin Kürt terörist eylemlerini yücelttiğini ve Kürtlerin ayrı bir Devlet kurmaları gerektiğini iddia ettiğini belirtmiştir. Tüm bu hususlar çerçevesinde, Mahkeme ropörtajın, bir bütün olarak, Devletin bölünmezliğine karşı propaganda yaptığı sonucuna varmıştır. Mahkeme, ayrıca, derginin diğer bir sayfasında Terörist örgütlere ait bir bildirin yer aldığını ve bu bildirin yayınlanmasının da 1991 tarihli kanunun 6. maddesi uyarınca ayrı bir suç teşkil ettiğini ifade etmiştir .

18. Başvuranlar mahkumiyet kararını temyiz etmişlerdir. İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi huzurunda yaptıkları savunmalara ek olarak, başvuruların kanuni temsilcisi, demokratik bir toplumda fikirlerin özgürce ifade edilmesi ve tartışılması gerektiğini vurgulamıştır. PKK liderleriyle yapılan ropörtajların diğer gazete ve dergilerde yayınlanmasına ilişkin olarak herhangi bir takibatın başlatılmadığına dikkat çekerek, başvuruların temsilcisi, başvuruların suç teşkil eden ropörtajı yayınlamalarından ötürü değil, Marksist bir dergi yayınlamalarından ötürü suçlu bulduklarını iddia etmiştir .

19. 4 Kasım 1993 tarihinde, Yargıtay başvuruyu reddetmiştir. İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin kararını ve delil tespiti onamıştır.

#### 5. Müteakip takibat

20. 27 Ekim 1995 tarih ve 4126 sayılı Kanun ile 1991 Kanununda yapılan değişiklikler (bkz. aşağıdaki 24. paragraf) sonrasında, İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi başvuruların davalarını re'sen yeniden incelemeye almıştır. Mahkeme, önceden verilen hapis cezasını onaylamıştır .

## II. İLGİLİ İÇ HUKUK

### Ceza Kanunu

21. Ceza Kanununun ilgili maddeleri şu şekildedir:

### Ceza Kanunu (765 Sayılı Kanun)

#### 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 ."

### **Madde 19**

" Ağır para cezası, hakim tarafından karar verilmek üzere yirmi bin liradan yüz milyon liraya kadar tayin olunacak bir paranın Devlet hazinesine ödenmesinden ibarettir ..."

### **36. Madde, 1. Fıkra**

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

### **Madde 142**

**(12 Nisan 1991<sup>15</sup> tarih ve 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır)**

"Yıkıcı propaganda

1. Sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde tahakkümünü tesis etmek veya sosyal bir sınıfı ortadan kaldırmak yahut memleket içinde müesses iktisadi veya sosyal temel nizamlardan her hangi birini devirmek veya devlet siyasi ve hukuki nizamlarını topyekün yok etmek için her ne suretle olursa olsun propaganda yapan kimse beş yıldan on yıla kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılır.

2. Cumhuriyetçiliğe aykırı veya demokrasi prensiplerine aykırı olarak Devletin tek bir fert veyahut bir zümre tarafından idare edilmesi için her ne suretle olursa olsun propaganda yapan kimse beş yıldan on yıla kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılır .

3 .Anayasanın tanıdığı kamu haklarını ırk mülahazasıyla kısmen veya tamamen kaldırmayı hedef tutan veya milli duyguları yok etmek veya zayıflatmak için her ne suretle olursa olsun propaganda yapan kimse beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır . , ,

### **311. Madde, 2. Fıkra**

"Bir suçun işlenmesini aleni olarak tahrik , her türlü kitle haberleşme araçları, ses kayıt bantları, plak, film, gazete, mecmua ile veya sair basın aletleriyle veya elle yazılıp çoğaltılarak yayınlanan veya dağıtılan yazılar ile ya da umumi yerlerde levha ve ilan asmak suretiyle olursa, yukarıdaki bentler yarınca suçlu hakkında tayin olunacak ağır hapis ve hapis cezaları bir misli artırılır ....,"

### **312. Madde<sup>16</sup>**

<sup>15</sup> bkz. aşağıdaki 23 .paragraf.

<sup>16</sup> Bir şahsın 312. Maddenin 2. Fıkrası uyarınca mahkum edilmesi, özel kanunlar kapsamında olan belli faaliyetlerin yapılması konusunda olmak üzere başka yaptırımlara tabidir .Örneğin, anılan fıkra kapsamında mahkum edilen şahıslar dernek veya sendikalar (2908 Sayılı Kanun, madde 4(2)(b)) kuramaz ve sendikaların yönetim kurulu üyesi olamazlar (2929 Sayılı Kanun, Madde 5). Ayrıca siyasi partiler kuramaz veya bunlara üye olamazlar (2820 Sayılı Kanun, Madde 11(5))ve parlamento seçimlerine katılamazlar (2839 Sayılı Kanun, Madde

"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 iki bin liradan on 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 üç bin liradan on 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 'inci maddenin ikinci fıkrasında sayılan vasıtalarla işleyenlere verilecek cezalar bir misli artırılır"

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

### *22. 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."

### **Ek Madde 4(1)**

"Ek birinci madde gereğince dağıtımın tedbir yoluyla mahkeme kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcılığının verdiği karar ... suretiyle önlendiği ...hallerde, kanunun asıl suçlar için öngördüğü cezaların üçte biri hükmolunur."

## *3. Terörle Mücadele Kanunu (12 Nisan 1991 Tarih ve 3713 Sayılı Kanun)<sup>17</sup>*

### *23. 1991 Tarihli Terörle Mücadele Kanunu'nun ilgili hükümleri şu şekildedir:*

---

11(f3)). Anılan hapis cezasının altı ayı aşması durumunda, katıksız olarak işlenen suçlar hariç olmak üzere mahkum edilen şahıs memuriyetten de men edilir

<sup>17</sup> 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.

## 6. Madde

"İsim ve kimlik belirterek veya belirtmeyerek kime yönelik olduğunun anlaşılmasını sağlayacak surette kişilere karşı terör örgütleri tarafından suç işleneceğini veya terörle mücadelede görev almış kamu görevlilerinin hüviyetlerini açıklayanlar veya yayınlayanlar veya bu yolla kişileri hedef gösterenler beş milyon liradan on milyon liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır .

Terör örgütlerinin bildiri veya açıklamalarını basanlara veya yayınlayanlara beş milyon liradan on milyon liraya kadar ağır para cezası verilir.

Yukarıdaki fıkralarda belirtilen fiillerin 5680 sayılı Basın Kanununun 3 'üncü maddesindeki mevkuteler vasıtasıyla işlenmesi halinde, ayrıca sahiplerine de; mevkute bir aydan az süreli ise bir önceki ay ortalama fiili satış miktarının, aylık veya bir aydan fazla süreli ise bir önceki fiili satış miktarının, mevkute niteliğinde bulunmayan basılı eserler ile yeni yayına giren mevkuteler hakkında ise, en yüksek tirajlı günlük mevkutenin bir önceki ay ortalama satış tutarının<sup>18</sup> yüzde doksanı kadar ağır para cezası verilir .Ancak, bu ceza elli milyon liradan az olamaz. Bu mevkutelerin sorumlu müdürlerine, sahiplerine verilecek cezanın yarısı uygulanır ."

## 8. Madde

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

"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.

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<sup>19</sup> 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)

"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.

<sup>18</sup> İtalik yazılı olan bölüm 31 Mart 1992 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı ile çıkarılmış ve 27 Temmuz 1993'te yürürlükten kaldırılmıştır.

<sup>19</sup> İtalik yazılı olan bölüm 31 Mart 1992 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı ile çıkarılmış ve 27 Temmuz 1993'te yürürlükten kaldırılmıştır.

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.

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 ... ,,

### **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.,,

### **17. Madde**

"Bu Kanun kapsamına giren suçlardan mahkum olanlardan, ...şahsi hürriyeti bağlayıcı cezalara mahkum edilmiş olanlar hükümlülük süresinin 3/4'ünü çekmiş olup da iyi hali<sup>20</sup> hükümlü niteliğinde buldukları takdirde talepleri olmaksızın şartla salıverilirler .

Bu hükümlüler hakkında, 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun 19<sup>21</sup>uncu maddesinin bir ve ikinci fıkraları ...hükümleri uygulanmaz."

*4. 3713 Sayılı Kanun 'un 8. ve 13. Maddelerini değiştiren 27 Ekim 1995 tarih ve 4126 Sayılı Kanun*

**24.** 27 Ekim 1995 tarih ve 4126 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra 1991 Tarihli Terörle Mücadele Kanunu'nda aşağıdaki değişiklikler yapılmıştır:

<sup>20</sup> Aşağıda verilen 4126 Sayılı Kanunun ilgili hükümlerine bkz..

<sup>21</sup> Aşağıdaki 26. paragrafa bkz..

## 2. Maddeye ilişkin geçici hükümler

"Mevcut Kanunun yürürlüğe girmesi üzerine, kararı veren mahkeme Terörle Mücadele Kanununun (3713 Sayılı Kanun) 8. Maddesi uyarınca mahkum edilmiş olan şahsın davasını yeniden inceleyecek ve ...3713 Sayılı Kanunun 8. Maddesinde yapılan değişikliğe uygun olarak anılan şahsa verilmiş olan hapis cezasını yeniden değerlendirecek ve 13 Temmuz 1965 tarih ve 64 7 Sayılı kanunun 4<sup>22</sup> ve 6.<sup>23</sup> maddelerinden faydalanılması gerekip gerekmediği konusunda karar verecektir."

*5. 12. 7.1997 tarihine kadar sorumlu müdür sıfatı ile işlenen suçlara ilişkin dava ve cezaların ertelenmesine dair 14 Ağustos 1997 tarih ve 4304 sayılı kanun*

**25.** Aşağıdaki hükümler Basın Kanunu kapsamındaki suçlar ile ilgilidir:

### **Madde**

" 12. 7 .1997 tarihine kadar işlenmiş suçlar nedeniyle 5680 sayılı Basın Kanunu veya sair kanunlar hükümlerine göre sorumlu müdür sıfatıyla mahkum edilmiş bulunan kimselerin cezaların infazı ertelenmiştir .

Halen cezalarını çekmekte bulunan sorumlu müdürler hakkında da birinci fıkra hükmü uygulanır.

İşlenen suçlardan dolayı sorumlu müdür hakkında henüz takibata geçilmemiş veya hazırlık soruşturmasına girişilmiş olmakla beraber dava açılmamış veya son soruşturma aşamasına geçilmiş olmakla beraber henüz hüküm kurulmamış veya verilen hüküm kesinleşmemiş ise, davanın açılması veya kesin hükme bağlanması ertelenir."

## **2. Madde**

"Haklarında 1. inci madde hükümleri uygulanmış bulunan sorumlu müdürler , ertelenme tarihinden itibaren üç yıl içerisinde işlenen kasıtlı bir cürümden dolayı sorumlu müdür sıfatıyla mahkum edildiklerinde ertelenen cezalar aynen çektirilir.

Davanın açılması veya hükme bağlanmasının ertelenmiş bulunduğu hallerde ertelenme tarihinden itibaren üç yıllık süre içerisinde işlenen kasıtlı bir suç nedeni ile sorumlu müdür sıfatıyla mahkum olunduğunda, ertelenen suçtan dolayı dava açılır veya ertelenmiş olan davaya devam edilerek hüküm kurulur. Sorumlu müdürün infazı ertelenen mahkumiyetinden bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar çektiği kısmı, birinci fıkrada belirtilen halde çekilecek cezaya mahsup edilir. Şartla salıverilmeye ilişkin hükümler saklıdır.

Üç yıllık süre, sorumlu müdür sıfatıyla yeniden kasıtlı bir cürümden mahkum edilmeksizin geçirildiğinde, sorumlu müdür hakkındaki 12 Temmuz 1997 öncesine ilişkin mahkumiyet vaki olmamış sayılır veya bu suçtan dolayı kamu davası açılmaz. Açılmış olan davanın ortadan kaldırılmasına karar verilir."

---

<sup>22</sup> Bu hüküm, bir mahkumiyet kararına neden olan suçlara ilişkin cezalar ve önlemler ile ilgili değişikliklere ilişkindir.

<sup>23</sup> Bu hüküm yürürlükten kaldırılan hükümlere ilişkindir

*6. Cezaların İnfazı Hakkında Kanun (13 Temmuz 1965 tarih ve 647 Sayılı Kanun)*

**26.** 1965 Tarihli Cezaların İnfaz Kanunu aşağıdaki hükümleri içermektedir:

**5. Madde**

"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 ....,

**19(1). Madde**

". ..şahsi hürriyeti bağlayıcı cezalara mahkum edilmiş olanlar hükümlülük süresinin yarısını çekmiş olup da ...iyi halli hükümlü niteliğinde buldukları takdirde, talepleri olmasa dahi şahsi şartla salıverilirler..."

*7. Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu (1412 Sayılı Kanun)*

**27.** Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu aşağıdaki hükümleri içerir:

**307. Madde**

"Temyiz ancak hükmün kanuna muhalif olması sebebine müstenit olur . Hukuki bir kaidenin tatbik edilmemesi yahut yanlış tatbik edilmesi kanuna muhalefettir<sup>24</sup>."

**308. Madde**

"Aşağıda yazılı hallerde kanuna mutlaka muhalefet edilmiş sayılır.

1- Mahkemenin kanun dairesinde teşekkül etmemiş olması;

2- Hakimlik vazifesine iştiraktan kanunen memnu olan bir hakimin hükme iştirak etmesi;

»

<sup>24</sup> Kararın kanunlara aykırı olup olmadığı hususunda Yargıtay , kendisine sunulan iddialara bağlı kalmaz. Ayrıca "hukuki kaide" terimi, her türlü yazılı kanun, hukukun esasından kaynaklanan uygulama ve ilkelere atıfta bulunmaktadır.

## Hükümet Tarafından Sunulan İçtihatlar

28. Hükümet, özellikle dini hususlar (Ceza Kanunu'nun 312. Maddesi) olmak üzere, halkı husumet ve düşmanlığa teşvik etmek veya Devletin bölünmez bütünlüğüne karşı propaganda yapmaktan (3713 Sayılı Kanun'un 8. Maddesi, bkz. yukarıdaki 23. paragraf) suçlanan şahıslara karşı yapılan suçlamaların geri alınması yönündeki İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi Savcısının bazı kararlarının suretlerini sunmuştur .Suçların yayınlar vasıtasıyla işlendiği davaların çoğunda, Savcının kararına gerekçe olarak gösterilen nedenler, davaların zaman aşımına tabi olduğu, suçun bileşen unsurlarından bazılarının tespit edilememesi veya yetersiz kanıt gibi bulguları içermiştir .Diğer gerekçeler ise, söz konusu yayının dağıtılmamış olması, kanun dışı bir amacının olmaması, bir suçun işlenmemiş olması veya sorumluların tanımlanamaması olmuştur .

29. Ayrıca Hükümet, yukarıda anılan suçlardan yargılanan davalıların suçlu bulunmadıkları davalara ilişkin çeşitli Devlet Güvenlik Mahkemesi kararlarını sunmuştur. Bunlar aşağıda belirtilen kararlardır: 19 Kasım (no. 1996/428) ve 27 Aralık 1996 (no. 1996/519); 6 Mart (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 (no. 1998/ 87) ve 17 Haziran 1998 (no. 1998/133).

30. Kürt sorunu ile ilgili yazarlar aleyhindeki davalar ile ilgili olarak, bu davalarda Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nin kararları 'yapılmamış olduğu, suç unsurlarının birinin bulunmadığı veya suç teşkil eden bölümlerin nesnelligi gibi gerekçelere dayalı olmuştur.

### C. Devlet Güvenlik Mahkemeleri<sup>25</sup>

#### 1. Anayasa

31. Devlet Güvenlik Mahkemelerinin adli organizasyonuna ilişkin anayasa hükümleri şöyledir:

### 138. Madde, 1. ve 2. Fıkraları

"Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlarına göre hüküm verirler .

Hiçbir organ, ..., ...ve kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz."

<sup>25</sup> Devlet güvenlik Mahkemeleri 11 Temmuz 1973 tarih ve 1773 sayılı kanun ile, 1961 Anayasasının 136. Maddesi uyarınca kurulmuştur. Bu kanun 15 Haziran 1976 tarihinde anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir .İlgili Mahkemeler daha sonra 1982 Anayasası ile tekrar Türk hukuk sistemine girmiştir. Nedenlere ilişkin bildirimde ilgili bölümleri aşağıdaki ifadeleri içermektedir:

"İşlendikleri anda özel yargılama ile birlikte hızlı ve uygun kararların verilmesini gerektiren, Devletin mevcudiyeti ve istikrarını etkileyen fiiller olabilecektir. Bu gibi davalar için Devlet Güvenlik Mahkemelerinin kurulma zarureti hasıl olmuştur. Anayasamız dairesinde bulunan bir ilke uyarınca, işleniş tarihinden sonra belli bir fiil için özel bir mahkemenin açılması yasaktır. Bu nedenle, yukarıda anılan suçlara bakmak üzere Anayasamızda Devlet Güvenlik Mahkemeleri öngörülmüştür. yetkilerini belirleyen özel hükümlerin önceden yürürlüğe girmiş olması ve mahkemelerin herhangi bir suçun işlenmesinden önce kurulmuş olması kaydıyla ..., bunlar anılan suçun işlenmesinden sonra şu veya bu davaya bakmak üzere kurulmuş mahkemeler olarak kabul edilemeyecektir .

### 139. Madde, 1. Fıkrası

"Hakimler ve savcılar azlolunamazlar , kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yastan önce emekliye ayrılamaz ....,

### 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 yardımcılarını ise Cumhuriyet savcıları ve askeri hakimler arasından özel kanunlarında gösterilen usule göre atar.

Devlet Güvenlik Mahkemesi Başkanı, üye ve yedek üyeleriyle savcı ve savcı yardımcılarını 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 isleri 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 Mahkemeleri 'nin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkındaki 2845 Sayılı Kanun<sup>26</sup>

32. Anayasa'nın 143. Maddesi'ne dayalı olarak, 2845 Sayılı Kanunun Devlet Güvenlik Mahkemeleri ile ilgili hükümleri şu şekildedir:

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."

<sup>26</sup> Bu hükümler uygulamaya yönelik oldukları Anayasa'nın 143. Maddesine ilişkindir.

### **3. Madde**

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

### **5. Madde**

"Devlet güvenlik mahkemesinin başkanı ve bir asıl bir yedek üyesi ...adli yargı hakimler arasından; bir asıl bir yedek üyesi birinci sınıfa ayrılmış askeri hakimler arasından ...atanır ..."

### **6. Madde, (2) 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 hakimin ...görev yeri veya görevi, özel kanunlarında gösterilen usule göre değiştirilebilir."

### **9. Madde, (1). Fıkrası, (a) Bendi**

"Devlet Güvenlik Mahkemeleri aşağıdaki suçlarla ilgili davalara bakmakla görevlidir

(a) Türk Ceza Kanununun 312. Maddesinin 2. fıkrasında ...yazılı suçlar,

(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 islenen 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)**

#### **33. Askeri Hakimler Kanunu'nun ilgili hükümleri aşağıdaki 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 Bakanındır.

#### **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 usule 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 sayıldığı 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'nun 112. Maddesi (22 Mayıs 1930)*

**34.** 22 Mayıs 1930 tarihli Askeri Ceza Kanunu'nun 112. Maddesi aşağıdaki hükümleri öngörmektedir:

"Memuriyetinin nüfuzunu suiistimal ile askeri mahkemeler üzerinde tesir yapanlar beş seneye kadar hapsolünür."

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

**35.** 22. Madde 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**

**36.** İlk başvuran Sn. Kamil Tekin Sürek, ve ikinci başvuran, Sn. Yücel Özdemir, Komisyon'a sırsıyla 25 Şubat ve 4 Mayıs 1994 tarihlerinde başvurmuşlardır. İlk başvuran, Sözleşme'nin 10. Maddesi ve 6. Maddesi'nin 1. Fıkrası'na dayanarak dergisinde suç unsuru şeyleri yayınlamasından dolayı mahkum edilmesinin ifade özgürlüğüne ilişkin meşru olmayan bir müdahale teşkil ettiği ve davasına bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından bakılmadığı yönünde şikayetçi olmuştur . Ayrıca, kendisi aleyhinde yürütülen cezai takibatın makul bir sürede sonuçlandırılmadığından da şikayetçi olmuştur .İkinci başvuran da aynı şikayetlerde bulunarak bu şikayetleri Sözleşme'nin 10. Maddesi ve 6. Maddesi'nin 1. Fıkrası'na dayandırmıştır. Ayrıca,

Sözleşme'nin 18. Maddesi 'ne aykırı olarak, ifade özgürlüğü hakkına getirilen kısıtlamaların 10. Madde'nin 2. Fıkrası'nda altı çizilen meşru amaçlara uygun olmadığını iddia etmiştir.

37. Komisyon, 6. Maddenin 1. Fıkrası kapsamında başvuranlar tarafından iddia edilen Ceza Mahkemesinin süresine ilişkin şikayet hariç olmak üzere, başvuruların (no. 23927/94 ve 24277/94) kabul edildiğini 2 Eylül 1996 tarihinde beyan etmiştir .Aynı gün, Komisyon başvuruların birleştirilmesi kararını almıştır .13 Ocak 1998 tarihli raporunda ( eski 31. Madde) Komisyon, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine (15'e karşı 17 oy), ikinci başvuranın Sözleşme'nin 18. Maddesi kapsamında belirttiği şikayetlere ilişkin olarak farklı bir durumun söz konusu olmadığına (oybirliğiyle) ve Sözleşme'nin 6. Maddesinin 1. Fıkrasının ihlal edildiğine (1'e karşı 31 oy) ilişkin görüş belirtmiştir. Komisyon'un görüşü ile birlikte rapor içinde bulunan diğer görüşlerin tam metni bu kararın ekinde sunulmuştur<sup>27</sup>

## MAHKEMEYE YAPILAN NİHAİ SUNUMLAR

38. Başvuranlar, Mahkemeden muhatap Devletin Sözleşme'nin 6. Maddesinin 1. Fıkrası ve 10. Maddesi kapsamındaki yükümlülüklerini ihlal ettiğinin tespit edilmesini ve kendilerine 41. Madde kapsamında adil tazminat verilmesini talep etmişlerdir .

39. Hükümet kendi adına Mahkeme'den başvuranların şikayetlerini reddetmesini istemiştir .

## HUKUK AÇISINDAN

### SÖZLEŞME'NİN 10. MADDESİ'NİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

**40. Başvuranlar Sözleşme'nin 10. Maddesi ile güvence altına alınmış olan ifade özgürlüklerine haklı sebep olmaksızın merciler tarafından müdahale edildiğini iddia etmişlerdir .İlgili madde şu şekildedir:**

"1. Herkes ifade özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğünü, kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları 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."

41. Hükümet, başvuranların ifade özgürlüklerine yapılan müdahalenin 10. Madde'nin ikinci paragrafı hükümleri uyarınca haklı sebebe dayandırıldığını savunmuştur .Ancak, Komisyon başvuranların şikayetlerini kabul etmiştir .

<sup>27</sup> Sekreteryanın Açıklaması 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 Sekreteryadan temin edilebilir.

## **Müdahalenin Mevcudiyeti**

42. Mahkeme, başvuruların 1991 tarihli Terörle Mücadele Yasası'nın ("1991 Tarihli Yasa") 6. ve 8. bölümleri uyarınca hüküm giymiş olmaları nedeniyle, başvuruların ifade özgürlüğü hakkına bir müdahalenin yapılmış olduğunun açık olduğunu ve bu konuda bir itirazın sunulmadığını kaydetmiştir .

## **Müdahalenin Haklı Sebebe Dayanması**

43. Müdahale, "kanunlar tarafından öngörüldüğü üzere", 10. Maddenin 2. Fıkrasında belirtilen haklı sebeplerden bir veya birkaçına dayandığı ve anılan hedef ve hedeflerin elde edilmesi için "demokratik bir toplumda gerekli" olanların haricinde, 10. Maddenin ihlalini teşkil etmektedir. Mahkeme bu ölçütleri sırasıyla inceleyecektir .

### *" Kanunlar Tarafından Öngörülme "*

44. Başvurular, bu ölçüte bağlı kalınıp kalınmadığı hususunda görüş bildirmemişlerdir .

45. Hükümet, başvurular aleyhinde alınan tedbirlerin 1991 Tarihli Yasa'nın 6. ve 8. maddelerine dayandırıldığına dikkat çekmiştir.

46. Komisyon Hükümet'in görüşünü kabul etmiştir ve müdahalelerin kanun tarafından öngörüldüğü sonucuna varmıştır .

47. Mahkeme de Komisyon gibi, başvuruların mahkumiyeti 1991 Tarihli Yasa'nın 6. ve 8. maddelerine dayandırıldığı için ifade özgürlüğü haklarına yapılan müdahalelerin "kanun tarafından öngörüldüğü" sonucuna varılabileceğini, başvuruların da bu hususa ilişkin itirazda bulunmadıklarını ifade etmiştir .

### *Meşru Amaç*

48. Başvurular, ifade özgürlüğü haklarına yapılan müdahalelerin yasallığına ilişkin itirazda bulunmak dışında bu husus hakkında görüş bildirmemişlerdir .

49. Hükümet, başvurulara karşı alınan önlemlerin 1991 Tarihli Yasa'nın 6. ve 8. maddelerine dayandırıldığını tekrar ifade etmiştir. Bu hükümlerin amacı, toprak bütünlüğü, ulusal birlik ve güvenliğin korunması ve asayişsizlik ve suçun önlenmesi olarak belirtilmiştir. Başvurular bu meşru amaçlar doğrultusunda mahkum edilmişlerdir, çünkü bu kişiler meşru amaçları tehdit eden terörist örgüt PKK'nın eylemlerini haklı göstererek bölücü propaganda yapmışlardır.

50. Komisyon, başvuruların mahkumiyetinin yetkililerin yasadışı terör faaliyetleri ile mücadele ve 10. Maddenin 2. Fıkrası kapsamında meşru amaçlar olan milli güvenlik ve kamu emniyetinin korunmasına yönelik faaliyetlerin bir parçasını teşkil ettiğini belirtmiştir .

51. Mahkeme, Güneydoğu Türkiye'deki güvenlik durumunun hassasiyetini (bkz. 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, başvurular 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.

*"Bir Demokratik Toplum için Zaruret"*

#### **(a) Mahkeme huzurunda bulunanların iddiaları**

##### **(i) Başvuranlar**

**52.** Başvuranlar ne kendilerinin ne de derginin PKK 'yla herhangi bir bağlantısının olmadığını vurgulamıştır. Söz konusu ropörtajların örgütü yüceltmediğini ve örgüte dair olumlu yorum yapmadığını iddia etmişlerdir . Bu ropörtajlar objektif gazetecilik ilkelerine uygun olarak tam biobjektiflikle yazılmış ve yayınlanmıştır. Ropörtajlar güncel bir konu olan PKK'ya ilişkin olarak halkı bilgilendirmek amacıyla yayınlanmıştır, bu ropörtajlar ne terörizmi teşvik etmiştir ne de kamu düzenini tehdit etmiştir.

**53.** İlk başvuran, Sn. Sürek, derginin sahibi olmasına rağmen, derginin içeriğine ilişkin olarak müdürlük sorumluluğu olmadığını, bu sebepten dolayı da mahkum edilmemesi ve ağır para cezasına çarptırılmaması gerektiğini iddia etmiştir. İkinci başvuran, Sn. Özdemir, derginin baş editörü olarak, altı ay hapis cezasına ve ropörtajların dergide yayınlanma kararını verdiği için ağır para cezasına çarptırılmış olmasından şikayetçi olmuştur . Her iki başvuran da kendileri aleyhinde alınan önlemlerin Madde 10 kapsamındaki haklarına müdahale ettiğini ileri sürmüştür .

##### **(ii) Hükümet**

**54.** Hükümet, cevaben, başvuranların bölücü propaganda yapmaktan suçlu bulduklarını, çünkü söz konusu ropörtaj ve ortak bildirin Devlete karşı şiddeti teşvik ettiğini ve açıkça terörist bir örgütü yücelttiğini ifade etmiştir. Hükümet görüşlerini desteklemek üzere PKK ikinci başkanıyla yapılan ve, onlara göre, açıkça şiddeti teşvik eden ve Türk toplumundaki çeşitli grupları kin ve düşmanlığı tahrik eden ropörtajdan çeşitli alıntılara dikkat çekmiştir. Ortak bildiriye ilişkin olarak, Hükümet, bu bildirin derginin ayın sayısında yayınlanan PKK lideriyle yapılan ropörtajı destekleyici kelimeler içerdiğini gözlemlemiştir. Hükümete göre, PKK'nın basına duyduğu düşmanlık göz önüne alındığında, PKK liderinin başvuranların dergisine bir ropörtaj talebinde bulunduğu açıktır.

**55.** PKK'nın terörizm geçmişi dikkate alarak, Hükümet başvuranların 1991 Tarihli Yasa'nın 6. ve 8. bölümleri kapsamında mahkum edilmelerinin haklı olduğunu ve başvuranlara karşı alınan önlemlerin, bu alandaki otoritelerin inisiyatif marjına girdiğini ifade etmiştir. Böylece, müdahalelerin Sözleşme'nin 10. Maddesinin 2. Fıkrası kapsamında meşru kılındığını belirtmiştir .

##### **(iii) Komisyon**

**56.** Komisyon, başvuranların 10. Madde kapsamındaki haklarına yapılan müdahalelerin bu maddenin ikinci paragrafına değinilerek meşru gösterilemeyeceğini belirtmiştir. Bu sonuç dahilinde, Komisyon ropörtajda PKK lideri tarafından verilen yanıtların ve ortak bildiriye kullanılan dilin ileri düzeyde şiddete teşvik olarak değerlendirilemeyeceği ve İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından belirlenen ropörtajın diğer hususlarının başvuranların mahkum edilmesini haklı göstermediği (bkz. yukarıda 17. paragraf) kanaatindedir. Komisyon'un görüşlerine göre, başvuranlara karşı alınan önlemlerin etkisi önemli siyasi konularda kamuoyunda çıkabilecek tartışmaları caydırmak olmuştur. Bu nedenlerle Komisyon bu davada Sözleşme'nin 10. Maddesinin ihlal edilmiş olduğu kanaatine varmıştır .

(b) Mahkeme'nin değerlendirmesi

**57.** 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, kararlarının dayandığı temel ilkeleri vurgulamaktadır .

(i) İfade özgürlüğü demokratik bir toplumun zorunlu temellerinden birini ve toplumun ilerlemesi ve her bireyin özgüveni için gerekli temel şartlardan birini teşkil etmektedir. 10. Maddenin 2. paragrafı uyarınca bu 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 olmazları olan çökseslilik, 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. Maddenin 2. Fıkrasında belirtilen anlamda "zaruri" sıfatı "acil bir sosyal ihtiyaç" anlamındadır. Sözleşmeci 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 bağdaşıp bağdaşmadığı konusunda nihai kararı verme yetkisini haizdir .

(iii) Denetim yetkisinin 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 .

**58.** Başvuranların sahibi ve yazı işleri müdürü oldukları dergi vasıtasıyla terörist örgütlerin bildirimlerini yayınlamak ve bölücü propaganda yapmak suçlarından mahkum edilmiş olmaları nedeniyle (yukarıda paragraf 8), söz konusu müdahaleler ayrıca basının bir siyasi demokrasinin düzgün şekilde işleminin sağlanmasına ilişkin temel görevi bağlamında da dikkate alınmalıdır (birçok diğer otoritenin yanı sıra bkz. 8 Temmuz 1986 tarihli Lingens / Avusturya kararı, A Serisi, no. 103, s. 26, Madde 41; ve yukarıda anılan Fressoz ve Roire kararı, Madde 45) Basının, şiddet tehdidi karşısında milli güvenlik veya ülke bütünlüğünün korunması veya asayişsizlik veya suçun engellenmesi amacıyla konmuş olan sınırlamaları aşmaması kaydıyla bölücü olanlar da dahil olmak üzere, siyasi hususlarda görüş ve bilgi vermesi bir zorunluluktur .Basının, anılan bilgileri ve fikirleri bildirme zorunluluğunun yanı sıra, halkın da bunları almaya hakkı vardır . Basın özgürlüğü, kamuoyuna siyasi liderlerin fikir ve tutumlarının keşfedilmesi ve bunlara ilişkin bir kanaat oluşturulması için en iyi araçlardan birini sağlamaktadır (bkz. yukarıda anılan Lingens kararı, s. 26, Madde 41-42).

**59.** Mahkeme, derginin PKK'mn ikinci adamlarından biriyle yapılan iki ropörtajla birlikte Muhatap Devletin yasaları kapsamında PKK gibi, yasadışı olarak değerlendirilen dört siyasi örgüt tarafından hazırlanan ortak bildiriye de yayınladığına işaret etmektedir .Ropörtajlarda, PKK üyesi, Türkiye'nin güneydoğusunda yaşıyan Kürt halkına ilişkin olarak Amerika Birleşik Devletleri'nin çıkarları doğrultusunda uygulanan çifte standardı eleştirmiş ve Muhatap Devletin o bölgesinde görev yapan yetkililerin politikalarının Kürt halkını topraklarından atmak ve direnişlerini kırmak doğrultusunda olduğu için kınamıştır. İkinci ropörtajda, Kürt halkı için yapılan savaşın " bizim tarafımızda tek bir kişi kalana kadar " (yukarıda paragraf 10) devam edeceğini iddia etmiştir. Ortak bildiride ise, yetkililer onlara karşı yapılan çok sayıda haksızlığın ışığında işçi sınıfının bir araya gelmesi için çağrıda bulunmuşlardır .Kürt halkının kendi geleceğini belirleme hakkının tanınmasını ve

Türk ordusunun Kürdistan ' dan çekilmesini talep etmişlerdir (bkz. yukarıda paragraf 10). İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi, 1991 tarihli Yasa'nın 6. ve 8. Maddeleri kapsamındaki başvuruların aleyhine yapılan suçlamaların kanıtlanmış olduğuna karar vermiştir (bkz. yukarıda 16. ve 17 .paragraflar). Mahkeme, PKK yetkilisinin, ropörtajlarda, yetkilileri katliamlardan ve "Kürdistan"da yaşayan Kürtlerin sürülmesinden sorumlu tuttuğu, Kürtler tarafından gerçekleştirilen terörist eylemleri yücelttiği ve Kürt halkı için ayrı bir Devlet kurulması gerektiğini ifade ettiği kanaatindedir. Mahkeme, ayrıca, ortak bildirinın yayınlanmasının 1991 tarihli Yasa'nın 6. Maddesi kapsamında ayrı bir suç teşkil ettiği kararına varmıştır .

**60.** Yukarıda belirtilen müdahalenin gerekliliğinin değerlendirilmesi açısından, yukarıda tespit edilen ilkeler ışığında (bkz. paragraf 57 ve 58),Mahkeme Sözleşme'nin 10. Maddesinin 2. Fıkrasında kamu çıkarlarına ilişkin siyasi konuşmalar veya sorunlara ilişkin tartışmaların sınırlanmasına dair çok dar bir kapsam olduğuna işaret etmektedir (bkz. 25 Kasım 1996 tarihli Wingrove / Birleşik Kraliyet 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 düşmanların 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 (bkz. 9 Haziran 1998 tarihli İncal / 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.

**61.** Mahkeme, ropörtajlarda ve ortak bildiri de kullanılan kelimeler ve bu kelimelerin yayınlanmış olduğu bağlam üzerinde özellikle duracaktır . Bağlam açısından, kendisine sunulan davalann tarihçelerini, özellikle terörizmin engellenmesine ilişkin sorunları dikkate alacaktır (bkz. Yukarıda belirtilen İncal / Türkiye kararı, s. 1568, 58. Madde). Mahkeme ilk olarak, söz konusu ropörtajların yasa dışı bir örgütün bir üyesiyle yapılmış olması gerçeğinin başvuruların ifade özgürlüğü haklarına yapılan müdahaleyi haklı göstermeyeceğine dikkat çeker; ayrıca ropörtajların içerisinde resmi politikaya karşı getirilen ağır eleştiriler vardır ve Türkiye'nin güneydoğusunda yaşanan rahatsızlıkların kaynağı ve sorumluluğuna ilişkin olarak tek taraflı bir yaklaşım benimsenmektedir. Ropörtajlarda kullanılan kelimelerden mesajın uzlaşmazlık olduğu ve PKK'nın hedefleri garantiye alınmadıkça yetkililerle anlaşma olmayacağı açıkça anlaşılmaktadır .Ancak metinler bir bütün olarak ele alındığında kin ve düşmanlığa tahrik ettiği söylenemez. Mahkeme, ropörtajların bu şekilde yorumlanabilecek bölümleri üzerinde dikkatle durmuştur. Ancak Mahkemeye göre, "Bizden topraklarımızdan çıkmamız istenirse, bunu hiçbir zaman kabul etmeyeceğimiz bilinmelidir " veya " Bizim tarafımızda tek bir kişi kalana kadar savaş devam edecek" veya "Türkiye Devleti bizi topraklarımızdan atmak istiyor. İnsanları köylerinden çıkarıyor " veya " Bizi yok etmek istiyorlar" gibi ifadeler, karşı tarafın amaçlarına devam etmek için çözülmesinin ve bu açıdan liderlerinin gösterdiği tavırların bir yansımasıdır. Bu açıdan bakıldığında, ropörtajlar Türkiye'nin Güneydoğusundaki resmi politikaya muhalefetin ardındaki itici güçlerin psikolojisine ilişkin olarak kamuoyunu aydınlatmak ve bu ihtilafta yer alan çıkarları değerlendirmek açısından haber niteliği taşımaktadır .Mahkeme, doğal olarak, yetkililerin bölgedeki güvenlik durumunu kötüleştirebilecek kelimeler ve eylemler üzerinde önemle duracağını farkındadır , çünkü bu bölge yaklaşık 1985 yılından beri çok sayıda kişinin hayatını kaybetmesi ve bölgede olağanüstü halin kurulmasıyla sonuçlanan ve PKK üyeleriyle güvenlik güçleri arasında meydana gelen rahatsız edici durumlarla karşı karşıya kalmıştır (bkz. yukarıda bahsedilen Zana kararı, s. 2539, 10. Madde). Mahkemeye göre, anılan davada yerel yetkililerin Türkiye'nin Güneydoğusunda süregelen durumla ilgili olarak halkı farklı bir perspektiften, bu perspektif her ne kadar hoş olmasa da, bilgilendirmeleri hususunda gereken dikkati göstermedikleri görüşündedir .Daha önce de belirtildiği üzere, ropörtajlarda ifade edilen görüşler,

şiddete tahrik olarak değerlendirilemez; şiddete tahrik etmeye meyilli olarak da yorumlanamaz. Mahkemenin görüşüne göre, İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından başvuruları suçlamak ve cezalandırmak adına gösterilen sebepler, ilgili olsalar da, başvuruların ifade özgürlüğü haklarına yapılan müdahaleleri haklı göstermek için yeterli olarak değerlendirilemez (bkz. yukarıda 17. paragraf). Bu karar, başvuruların 1991 tarihli Yasa'nın 6. Maddesi kapsamında, ortak bildirisinin yayınlanmasına ilişkin olarak, mahkum edilmeleri için de geçerlidir çünkü Mahkemeye göre metnin içinde şiddete tahrik etme olarak yorumlanacak herhangi bir husus yoktur .

**62.** Mahkeme, ayrıca, Sn. Sürek'in ağır para cezasına ve Sn. Özdemir'in ise hem para cezasına hem de altı ay hapis cezasına çarptırıldığını ifade etmiştir (bkz. yukarıda paragraf 16). Söz konusu yayınların yer aldığı derginin tüm kopyaları yetkililer tarafından toplatılmıştır (bkz. Yukarıda paragraf 11 ). Bu bağlamda Mahkeme, verilen cezaların ağırlığının yapılan müdahalenin oranı değerlendirilirken gözönüne alınması gereken faktörler olduğuna dikkat çeker.

**63.** Mahkeme, medya mensupları tarafından ifade özgürlüğü hakkının kullanılmasına eşlik eden "görev ve sorumlulukların" ihtilafı ve gergin ortamlarda özel önem taşıdığını vurgular .Bu yüzden de Devlete karşı şiddet kullanma yoluna giden örgüt temsilcilerinin görüşleri yayınlanırken, medya şiddeti tahrik eden ve kin güden konuşmaların yapıldığı bir araç olarak görülmesin diye, daha fazla özen gösterilmelidir .Aynı zamanda, bu tür görüşler böyle sınıflandırılmayacağı için, Sözleşmeciler Devletler, ceza hukukunun ağırlığını medya üzerine toplayarak, toprak bütünlüğü veya ulusal güvenliğin korunmasının veya suç ve asayişsizliğin önlenmesinin halkın bu hususlarda haber alma hakkını kısıtladığını ifade edemezler .

**64.** Yukarıda bahsedilen görüşlerin ışığında Mahkeme, başvuruların suçlanmasının ve cezalandırılmasının izlenen amaçla orantılı olmadığı, bu yüzden de "demokratik bir toplumda" gerekli olmadığı kararına varmıştır. Bu sebepten dolayı da Sözleşmenin 10. Maddesinin ihlali söz konusudur.

#### SÖZLEŞME'NİN 18. MADDESİ'NİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

**65.** Mahkeme, Komisyon'un Madde 10 kapsamında yapılan şikayete ilişkin ayrı bir hususun söz konusu olmadığına karar vererek ikinci başvuran Sn. Özdemir'in Sözleşme'nin 18. Maddesi kapsamında yapmış olduğu şikayeti kabul etmediğine dikkat çekmektedir .Madde 18 şu şekildedir:

*"Bu Sözleşme'yle söz konusu hak ve özgürlüklere getirilmesine müsaade edilen kısıtlamalar, burada öngörülenlerin dışında herhangi bir amaç için uygulanamaz."*

**66.** Mahkeme ikinci başvuranın bu şikayeti kendi huzurunda yapılan ne yazılı ne de sözlü duruşmalarda dile getirdiğine dikkat çekmektedir .Bu koşullar altında Mahkeme bu şikayetin incelemeye alınmasını gerekli görmemektedir .

#### SÖZLEŞME'NİN 6. MADDESİNİN 1. FIKRASININ İHLAL

#### EDİLDİĞİ İDDİASI

**67.** Başvuranlar, kendilerini yargılayıp mahkum eden İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesinde bir askeri hakim bulunmuş olması nedeniyle Sözleşme'nin 6. Maddesinin 1. Fıkrası uyarınca. adil yargılama hakkının ihlal edildiğinden şikayetçi olmuştur .6. Maddenin 1. Fıkrası şu şekildedir:

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

**68.** Hükümet bu şikayete itiraz etmiş ve 6. Maddenin 1. Fıkrasının ihlalinin söz konusu olmadığını iddia etmiştir. Komisyon başvuruların şikayetlerini kabul etmiştir .

Hükümetin ön itirazı -iç hukuk yollarının tüketilmemesi

**69.** Hükümet, başvuruların takibatın hiçbir aşamasında takibatlara askeri bir hakim katılmasından dolayı yargılanmalarının adil olmadığını iddia etmediklerine dikkat çekmiştir .Bu sebepten dolayı, başvuruların şikayetleri Sözleşme'nin 35. Maddesinin 1. Fıkrası çerçevesinde belirtilen iç hukuk yollarının tüketilmemesinden dolayı reddedilmelidir .Bu görüşlerini, Mahkeme ' nin 15 Kasım 1996 tarihli Sadık / Yunanistan kararına dayandırmışlardır (Raporlar 1996- v , s. 163 8).

**70.** Mahkeme, Hükümetin, başvuruların kabulü görüşülürken, bu itirazını dile getirmediğine işaret etmektedir. Bu husustaki görüşleri sadece başvuruların Yargıtay'ın bağımsızlığına ve tarafsızlığına karşı çıkmalarıyla ilgilidir .Başvuruların şikayeti, İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin bu özelliklerden yoksun olmasıdır. Bu sebepten dolayı Hükümet'in itirazlarını takibatın bu aşamasında dile getirmesi durdurmaya tabi tutulmuştur ( bkz. diğer otoriteler arasında, 25 Kasım 1997 tarihli Zana / Türkiye kararı, Raporlar 1997-VII, s. 2546, 44. Madde; 25 Mart 1999 tarihli Nikolova / Bulgaristan kararı, Raporlar 1999, 44. Madde).

## **B. Esaslar**

**71.** Başvurular dilekçelerinde, İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi gibi Devlet Güvenlik Mahkemelerine atanan askeri hakimlerin, Cumhurbaşkanı'nın onayına tabi olmak üzere, Milli Savunma Bakanı ve Başbakan 'ın ortak kararı ile atanmış olduklarından, idareye bağlı olduklarını belirtmişlerdir. Mesleki sicilleri ve terfileri ile birlikte memuriyetlerine ilişkin teminatın amirinin ve dolayısıyla da ordunun kontrolü altında olduğunu belirtmiştir .Askeri hakimleri amirine ve orduya karşı bağlayan bağlar, askeri hakimlerin mahkemedeki işlevlerini bağımsız ve tarafsız olarak yerine getirmelerini engellediğini öne sürmüşlerdir .Başvurular ayrıca, amirlerinin görüşleri ile ters bir görüşü benimsemelerinin imkansız olduğu gerekçesi ile askeri hakimlerin ve dolayısıyla görev yaptıkları mahkemelerin bağımsızlık ve tarafsızlığından ödün verildiğini vurgulamıştır .

**72.** Başvurular, bu hususların İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin bağımsızlık ve tarafsızlığını engellediğini ve kendilerinin 6. Maddenin 1. Fıkrasına aykırı olarak adil yargılanma hakkından mahrum bırakıldıklarını belirtmişlerdir .

**73.** 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 teminatlarını sunmuştur .Hükümet, askeri hakimlerin amirlerine karşı sorumlu oldukları yönündeki başvuruların iddialarına itiraz etmiştir .İlk olarak, resmi bir görevlinin bir askeri hakim adli işlevlerini yerine getiriş şeklini etkilemeye çalışmasının Askeri Kanun'un II2. Maddesi uyarınca bir suç teşkil ettiğini belirtmiştir (bkz. yukarıda paragraf 34 ). İkinci olarak, başvurular tarafından belirtilen sicil raporlarının sadece askeri hakimlerin adli olmayan görevlerindeki tutumlarına ilişkin olduğunu belirtmiştir . Askeri hakimler sicil

raporlarına erişim hakkına sahip olup, bunların içeriği konusunda Yüksek Askeri İdari Mahkeme'de dava açma hakkı verilmiştir (bkz. yukarıda paragraf 35). Adli yetki ile hareket ederken, bir askeri hakim tam olarak bir sivil hakim şeklinde değerlendirildiğini savunmuştur .

74. Ayrıca Hükümet, mahkemede bir askeri hakim bulunması nedeniyle başvuruların yargılanmasının adil olma özelliğinin önyargıya tabi olmadığını öne sürmüştür. Askeri hakim hiyerarşik yetkilileri ve anılan hakimi mahkemeye atayan kamu yetkililerinin takibat veya davanın sonucuna ilişkin herhangi bir etkiye sahip olmadığını iddia etmişlerdir . Başvuruların mahkumiyetleri, başvurular tarafından bağımsızlığı ve tarafsızlığı sorgulanmayan Yargıtay tarafından incelenmiştir .

75. Hükümet ayrıca, Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nin Anayasa'nın 143. Maddesi uyarınca kurulmasını 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 amacıyla gerekli uzmanlık ve bilginin sağlanması için bir askeri hakim katılımıyla anılan mahkemelerin güçlendirilmesinin gerekli olduğunu düşündüklerini belirtmiştir.

76. Komisyon, İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin 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 .

77. Mahkeme 9 Haziran 1998 tarihli İncal / Türkiye kararı (1998-IV Raporları, s. 154 7) ve 28 Ekim 1998 tarihli Çıraqlar / Türkiye kararında (1998 Raporları) 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 (bkz. yukarıda anılan İncal 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 amirlerinden emirler aldığı; veya askeri disipline tabi kaldıkları; ve atamalarına ilişkin kararların büyük ölçüde idari yetkililer ve ordu tarafından alındığı gerçekleri (bkz. yukarıda paragraf 32-35).

78. İncal 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 Mahkemesi'nin işleyiş şeklinin başvuruların adil yargılanma haklarını ihlal edip etmediği, özellikle de tarafsız olarak incelendiğinde kendisini 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 Çıraqlar kararı, Madde 38). .

Bu soruna ilişkin olarak Mahkeme, mevcut başvurular gibi sivil olan Sn. İncal ve Sn. Çıraqlar'ın davasında varılan sonuca varılmaması için herhangi bir neden görmemektedir. Devletin toprak bütünlüğünü ve ulusal birliği zedelemeye yönelik propaganda yapmak suçundan bir Devlet Güvenlik Mahkemesi'nde yargılanan başvurular, Askeri Hakimler üyesi olan, düzenli bir askeri görevlinin katılımını içeren bir heyet tarafından yargılanma konusunda endişe içinde olmaları anlaşılır bir husustur (bkz. yukarıda paragraf 33). Bu itibarla, yargılanmanın ikinci turunda İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin davanın özü ile herhangi bir ilişkisi olmayan hususlardan gereksiz yere etkilenebileceğini düşünmek için yeterli sebepleri mevcuttur. Bir başka deyişle, başvuruların mahkemenin bağımsızlık ve tarafsızlığına ilişkin korkularının haklı sebebe dayandığı kabul edilebilir.

Yargıtay'daki yargılamalar da, ilgili mahkemenin tam yetkili olmaması nedeniyle bu korkuların bertaraf edilmesini sağlayamamıştır (bkz. yukarıda anılan İncal kararı, s. 1573, Madde 72 sonu).

79. Yukarıda anılan nedenlerden dolayı Mahkeme 6. maddenin 1. Fıkrasının ihlal edildiği kararına varmıştır .

#### SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

80. Başvuranlar yerel ve Sözleşmecî mahkemelerinde ortaya çıkan gider ve masrafların geri ödenmesinin yanı sıra, maddi ve manevi zarara ilişkin tazminat talebinde bulunmuştur. Sözleşme'nin 41. Maddesi bu açıdan aşağıdakileri öngörmektedir:

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

#### Maddi zarar

81. Sn. Sürek ödemek zorunda kaldığı para cezasının tazmin edilmesi için 200,000 Fransız Frangı tutarında tazminat talebinde bulunmuştur. Sn. Özdemir ise kendisine getirilen para cezasının tazmini için 100,000 Fransız Frangı tutarında tazminat talebinde bulunmuştur .

Başvuranlar talep ettikleri Fransız Frangı tutarlarının bugünkü kurlar göz önünde tutulduğunda 1992 yılında kendilerine getirilen para cezasına eşit olduğunu ve o tarihten itibaren muhatap Devlette bulunan yüksek enflasyon oranındikkate almış olduklarını belirtmişlerdir .

82. Hükümet, söz konusu para cezalarının tutarları dikkate alındığında başvuranlar tarafından talep edilen tutarların fahiş olduğunu ileri sürmüştür . Sn. Sürek'in para cezasını aylık taksitler halinde ödemesine izin verildiğini, Sn. Özdemir'in ise para cezasının onaylanmadığını da eklemişlerdir. 4304 sayılı Kanuna göre Sn. Özdemir' e getirilen ceza ertelenmiştir (bkz. Yukarıda paragraf 25).

83. Mahkeme, kendisine verilen para cezasını ödeyen ilk başvuran Sn. Sürek'in bu konuda tazmin edilmesi gerektiği kanaatindedir. Bu sebepten dolayı, kendisine 8.000 Fransız Frangı verilmesine karar verir.

#### Manevi zarar

84. Başvuranlar herhangi bir açıklama yapmaksızın 80,000 Fransız Frangı tazminat talep etmişlerdir.

85. Hükümet talebin reddedilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Mahkeme tarafından bu davada bir ihlalin tespit edilmesi durumunda bu tespitin kendi başına adil tazmin teşkil edeceğini belirtmiştir .

86. Mahkeme başvuranların bu dava süresince çok büyük sıkıntı çekmiş olabileceği kanaatindedir. Eşit bir değerlendirme yaparak, Sözleşme'nin 41. Maddesi 'nde de öngörüldüğü üzere, Mahkeme başvuranların her birine tazminat tutarı olarak 30.000 Fransız Frangı verilmesine karar verir.

#### C. Masraf ve giderler

87. Başvuranlar yasal gider ve ücretler için her biri adına 50,000 Fransız Frangı olmak üzere toplam 100,000 Fransız Frangı olan tutarın geri ödenmesini talep etmişlerdir .Sn. Sürek Mahkemeye talebini desteklemek amacıyla Sözleşmecî kurumlara açtığı diğer davalarla

birlikte bu davaya ilişkin olarak yasal ücretlerin ödenmesi için avukatıyla yapmış olduğu sözleşmeyi sunmuştur .

**88.** Hükümet, talep edilen meblağların yerel mahkemelerde Türk avukatları tarafından kazanılan ücretlere kıyasla abartılı olduğunu ve usulüne uygun olarak doğrulanmadığını bildirmiştir .Davanın basit bir dava olduğunu ve mahkemede kendi dilini kullanma hakkına sahip olan başvuranların avukatının fazla bir emek harcamadığını belirtmiştir .Muhatap Devletteki sosyo-ekonomik durum dikkate alınarak, haksız bir zenginlik kaynağı teşkil edebilecek bir kararın verilmemesi yönünde uyarıda bulunmuştur.

**89.** Mahkeme, başvuruların avukatının benzeri olaylara dayalı olarak Sözleşme'nin 6. ve 10. Maddesi kapsamındaki şikayetlerin Mahkeme huzuruna getirilmesine ilişkin hazırlıkları yürütmüş olduğunu dikkate almaktadır .Adil bazda karara vararak ve emsal kararda öngörülen kriterlere göre (bkz. diğer otoriteler arasında, yukarıda anılan Nikolova / Bulgaristan kararı, 79. Madde), Mahkeme başvuruların her birine 15,000 Fransız Frangı ödenmesine karar vermiştir .

#### **D. Temerrüt faizi**

**90.** 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. Sözleşme ' nin 10 .Maddesinin ihlal edildiğinin altı oya karşı on bir oy ile kabulüne;

**2. İkinci başvuranın Sözleşme'nin 18. Maddesi kapsamındaki şikayetinin değerlendirilmesinin gerekmediğinin oybirliğiyle kabulüne;**

3. Hükümet'in Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. Fıkrası kapsamında yaptığı ön itirazın oybirliğiyle reddine;

4. Sözleşme'nin 6. Maddesinin 1. Fıkrasının ihlal edildiğinin bire karşı on altı oyla ile kabulüne;

5. (a) Üç ay içinde, ödeme tarihinden geçerli olan kur üzerinden Türk lirasına çevrilmek üzere davalı devletin başvuranlara aşağıdaki tutarları ödemesinin kabulüne:

(i) ilk başvuran Sn. Sürek'e maddi zarara ilişkin olarak 8,000 (sekiz bin) Fransız Frangı;

(ii) manevi zarara ilişkin olarak başvuranların her birine 30,000 ( otuz bin) Fransız Frangı;

(iii) masraf ve giderlere ilişkin olarak başvuranların her birine 15,000 (on beş bin) Fransız Frangı;

(b ) Yukarıda belirtilen üç aylık sürenin sona ermesinden ödeme tarihine dek bu tutarlar için yıllık %3,47 faiz oranı uygulanmasının bire karşı on altı oy ile kabulüne;

6. Başvuranların adil tazminata ilişkin diğer taleplerinin oybirliğiyle reddine .

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

İmza: Luzius WILDHABER

Başkan

İmza: Paul MAHONEY

Sekreter Yardımcısı

Sn. Wildhaber'in bir bildirgesi ile birlikte Sözleşme'nin 45. maddesinin 2. Fıkrası ile Mahkeme İçtüzüğü'nün 74. Maddesinin 2. Fıkrası uyarınca bu karara aşağıdaki şerhler eklenmiştir:

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

(b) Sn. Bonello'un mutabakat şerhi;

(c) Sn. Wildhaber, Sn. Kuris, Sn. Straznicka, Sn. Baka ve Sn. Traja'nın müşterek, kısmi muhalefet şerhi;

(d) Sn. Gölcüklü'nün muhalefet şerhi.

Paraf: L.W.

Paraf P.J. M.

## **HAKİM WILDHABER 'İN BİLDİRGESİ**

9 Haziran 1998 tarihli İncal / 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.

**HAKİMLER PALM, TULKENS, FISCHBACH,**

## CASADEVALL VE GREVE'NİN MÜŞTEREK 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 arttırabilecek ve toplumu etkileyebilecek bir kişi midir? Yayına, söz konusu konuşmanın etkisini arttırabilecek 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 başvuranların 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: başvuranlar tarafından yayınlanan yazılar şiddet kullanımını destekliyse ya da teşvik ediyorsa başvuranların 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 dayandırılabilirliği 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.”<sup>28</sup>

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.<sup>29</sup> Bu bir olasılık ve derece sorunudur.<sup>30</sup>

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.<sup>31</sup>

Bazıları tarafından ölüme gebe oldukları düşünülse de, başvuruların 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”<sup>32</sup>

## **HAKİMLER WILDHABER, KURIS,**

### **STRAZNICKA, BAKA VE TRAJA 'NIN**

#### **MÜŞTEREK KISMİ MUHALEFET ŞERHİ**

İfade özgürlüğü davalarında Mahkemeden iddia edilen müdahalenin iç hukukta yeterli bir sebebi olup olmadığı, meşru bir amaca yönelik olup olmadığı ve demokratik bir toplumda haklı gösterilip gösterilemeyeceği hususunda karar vermesi beklenmektedir. Bu husus, 10. Maddenin ikinci paragrafındaki açık ifadelerle olduğu kadar , bu hükme ilişkin çok sayıda emsal davaya da dayanmaktadır .Sözleşme kapsamındaki ifade özgürlüğü kayıtsız şartsız değildir. 10. Maddede korunma altına alınan hususlar “Devleti veya Toplumun herhangi bir kesimini şok edici, rahatsız edici ve hakaret edici” bilgi ve görüşleri içerse de (bkz. Handyside / Birleşik Krallık, 7.12.1976, A Serisi no. 24, 49. Madde; Castells / İspanya, 23.4.1992, A Serisi no. 236, 42. Madde; Jersild / Danimarka, 23.9.1994, A Serisi no. 298, 37. Madde; Fressoz ve Roire -Fransa, 21.1. 1999, 45. Madde) bu durum her zaman için 2. paragrafa tabidir. 10. Maddenin uygulanmasını isteyenler belirli sınırları aşmamalıdır . Demokratik bir toplumda sınırlayıcı tedbirlerin gerekli olup olmadığını değerlendirirken, Devlet'in takdir marjına hak ettiği saygı verilerek; demokratik olarak seçilmiş Hükümetler tarafından alınan tedbirlerin demokratik meşruluğu kendi kendini zapt etmeyi öngörmektedir. Takdir marjı değişiklik gösterebilir: örneğin, bu marj, müdahale edilen konuşma siyasi

<sup>28</sup> Abrahams -Birleşik Devletler davası Hakimi Oliver Wendell Holmes, 250 U.S. 616 (1919) 630.

<sup>29</sup> Brandenburg -Ohio, 395 U.S. 444 (1969) 447.

<sup>30</sup> Schenck -Birleşik Devletler 294 U.S. 47 (1919) 52

<sup>31</sup> 4 Whitney -California, 274 U.S. 357 (1927) 376.

<sup>32</sup> Whitney -California davası hakimi Louis D. Brandeis, 274 U.S. 357 (1927) 377 .

bir konuşma ise, dar olacaktır , çünkü bu çeşit bir ifade demokrasinin özüdür ve bu konuşmaya yapılan müdahale demokrasiyi baltalamaktadır Diğer taraftan, eğer konuşmanın kendisi demokrasiyi baltalayıcı bir tehlike yaratıyorsa, takdir marjı buna bağlı olarak daha geniş olacaktır.

Birbirleriyle yarış halinde olan Sözleşme çıkarları söz konusu olduğunda Mahkeme ağırlığını koyarak bir çıkara öncelik vermek için duruma müdahale etmek zorunda kalacaktır .Birbiriyle çatışan çıkarlar yaşam hakkı veya fiziksel bütünlük ise söz konusu ölçütler ifade özgürlüğü için kullanılmayacaktır (bkz. 25 Kasım 1997 tarihli Zana / Türkiye kararı, Raporlar 1997-VII, s. 2533, 51., 55. ve 61. Maddeler).

Bu hususlar göz önünde bulundurulduğunda demokratik bir toplumda şiddete tahrik içeren konuşmaların sınırlandırılması gerektiği gerçeğine ulaşmak daha kolay olacaktır .Demokrasinin antitezi olan şiddet siyasi görüşleri ifade etmenin bir yolu olarak, sonuçlara bakılmaksızın, tahrik edilirse, bu durum demokrasiyi baltalayacaktır. Türkiye Birleşik Komünist Partisi / Türkiye davasında (30.1.1998, Raporlar 1998-I, s. 1 , 57 .Madde ) Mahkeme, demokrasiyi Sözleşme tarafından öngörülen tek siyasi model olarak görmektedir ve "demokrasinin temel ilkelerinden birinin bir ülkenin karşılaştığı sorunları, şiddete başvurmaksızın diyalog yoluyla çözme fırsatı yaratması" olduğuna dikkat çekmektedir. Aslında şiddet Sözleşmeye kesinlikle uymamaktadır. Fikirlerin özgürce ifade edilmesini savunmaktan farklı olarak, şiddete tahrik diyalogunun reddedilmesi, güçlerin çatışması adına değişik görüşlerin ve teorilerin test edilmesine karşı çıkılmasıdır .Bu sebepten dolayı da 10. Maddenin kapsamına girmemelidir.

Mevcut davada, söz konusu dört sol örgütün Türk yasaları kapsamında yasa dışı olarak değerlendirildiğini kabul ediyoruz. Ancak, bu örgütler tarafından yayınlanan ortak bildiriye kullanılan ifadelerin ılımlı olduğu kanaatindeyiz. Bu görüşler, başvuranların ifade özgürlüğü haklarına yapılan müdahaleleri haklı göstermez.

PKK'nın ikinci başkanıyla yapılan ropörtaja ilişkin olarak, ilk olarak, yasadışı bir örgütün liderinin belirli bir siyasi durum hakkında görüşlerini ifade edebilmesinin mümkün olması gerektiğine inandığımızı vurgulamak istiyoruz. Böyle bir örgütün lideriyle ropörtaj yapmak da meşru kabul edilebilir .Ancak bu, demek değildir ki bu liderin bütün görüşlerinin, özellikle de Türkiye'nin güneydoğusundaki siyasi ve güvenlik durumundaki hassasiyetine ilişkin olanların, yayınlanması meşrudur .

Yayınlanan ropörtaj, "bizim tarafımızda tek bir kişi kalana kadar savaş devam edecek", "geriye adım atmayacağız", "savaş daha da artacak", "savaşımız belirli bir seviyeye ulaştı. Bu seviyeye uygun taktikler geliştirmeliyiz" gibi ifadeler ve kelimeler içermektedir .Ropörtajda ayrıca PKK 'nın Devletle savaşırken kullanacağı taktiklerden de bahsedilmektedir . Bu cümleleri ileri şiddete yönelik teşvik olarak değerlendirmemek çok zordur .Yazarın dili direkt ve açıktır ve anlamı -savaş artsa da uzlaşmanın olmayacağı -kamu oyunda büyük ölçüde anlaşılabilir niteliktedir. Bu açıdan bakıldığında, kullanılan ifadelerin bazıları, Mahkemenin 10. Maddenin ihlalinin söz konusu olmadığı kararına vardığı Sürek / Türkiye (no. 1 ) davasındaki makalelerde kullanılan ifadelerle benzerlik göstermektedir.

Davanın esaslarını bu şekilde değerlendirdikten sonra, Mahkemenin çoğunluğunun kararın 60. Maddesini izlemesi gerektiği kanaatindeyiz; bu maddede şu hususlar açıklığa kavuşmaktadır: "sözlerin şiddete tahrik etmesi durumunda ..., Devlet yetkilileri ifade özgürlüğüne müdahale etmenin gerekli olup olmadığını incelerken daha geniş bir takdir marjı kullanabilirler". Fakat, Mahkeme'nin kararı büyük ölçüde 60. Maddedeki açık beyanı kabul etmemektedir .Bu hususta çoğunluğun fikrine katılmıyoruz. Bu yüzden de, başvuranların ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin, dava koşullarında, Mahkeme tarafından kabul edilen ve Hükümet tarafından dayanak gösterilen meşru amaçlarla tutarlı olduğu kanaatindeyiz.

Yukarıda açıkladığımız gerekçelere dayanarak, mevcut davada çoğunluğun görüşü olan Sözleşme'nin 10. Maddesi'nin ihlal edildiği görüşüne katılmıyoruz.

## HAKİM GÖLCÜKLÜ'NÜN MUHALEFET ŞERHİ

### (Geçici çeviri)

Üzülerek belirtiyorum ki, çoğunluğun Sözleşme'nin 10. Maddesinin ihlal edildiğine ilişkin görüşüne katılmıyorum. Benim görüşüme göre, bu davada yapılan müdahalelerin demokratik bir toplumda gereksiz olduğu ve özellikle de kamu düzeni ve ulusal güvenliği koruma amacıyla tutarlı olmadığı kararına varmak için geçerli sebep bulunmamaktadır .

Çoğunluğun 6. Maddenin 1. Fıkrasının ihlal edildiği görüşüne de katılmıyorum çünkü bu hüküm çerçevesinde davada askeri bir hakimin yer almasından dolayı Devlet Güvenlik Mahkemeleri "bağımsız ve tarafsız mahkemeler" değildir .

25 Kasım 1995 tarihli Zana / Türkiye davası kararında öngörülen ve benim Gerger / Türkiye kararına (8 Temmuz 1999) ekli olan muhalefet şerhimde gündeme getirdiğim genel ilkeler mevcut dava ile de ilgilidir . Tekrardan kaçınmak için, okuyucular yukarıda anılan muhalefet şerhinin 1- 9 .paragraflarına bakabilirler .

Sürek ve Özdemir / Türkiye davası, şekil olarak olmasa da, içerik olarak Zana ve Gerger davalarından ayırt edilemez. Aslında, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu da 10. Maddenin ihlal edildiği kararına çok küçük bir çoğunlukla (15'e karşı 17 oy) varmıştır. Bu hükmün ihlalinin söz konusu olmadığı karara varan azınlığın (Sn. S. Trechsel, Sn. E. Busuttil, Sn. G. Jörundsson, Sn. A.S. Gözübüyük, Sn. A. Weitzel, Sn. J. Liddy, Sn. I. Cabral Barreto, Sn. N. Bratza, Sn. D. Svaby, Sn. G. Ress, Sn. A. Perenic, Sn. C. Birsan, Sn. K. Hemdl, Sn. E. Bieliunas ve Sn. E.A. Alkema) görüşüne tamamen katılıyorum. Eğer izin verirseniz bu şerhi sanki benim kendi şerhimmiş gibi burada yayınlamak istiyorum.

*"Üzüntüyle belirtiyoruz ki mevcut davada Komisyon'un çoğunluğunun Sözleşme'nin 10. Maddesinin ihlal edildiğine ilişkin görüşüne katılmıyoruz. Dört sosyalist örgüt tarafından yayınlanan bildirimde başvuranların ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleyi haklı gösteremeyeceği görüşüne katılıyoruz; ancak başvuranların haftalık dergisinde 31 Mayıs ve 7 Haziran 1992 tarihlerinde iki bölüm olarak yayınlanan C. B. ile yapılan raporla ilişkin olarak daha farklı bir görüş benimsiyoruz.*

*Raporun yapıldığı tarihte C. B'nin şiddetli terörist eylemler düzenlemiş ve hala da düzenlemekte olan silahlı bir terörist örgüt olan PKK 'nin ikinci lideri olması bizim için özel önem arz etmektedir. Komisyon'un çoğunluğu gibi, PKK'nın önemli üyelerinden biriyle yapılan raporun yayınlanması gerçeğinin ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleyi haklı göstermek için yeterli olacağı kanaatinde değiliz. Böylece, örneğin, çatışmanın gelişiminin gerçeklere dayalı analizini içeren veya barışçı çözüm için öneriler getiren Bir terörist liderle yapılan röportaj, bizim görüşümüze göre, yayıncıya karşı yapılan hareketi haklı gösteremez.*

*Ancak, böyle röportajları yayınlayan kişiler bu raporların şiddet eylemlerine tahrik olarak yorumlanabilecek hususları içermemesine dikkat etmek zorundadırlar .*

*Komisyonun çoğunluğu, Türkiye Devleti ve PKK açısından devam eden silahlı eylemlere ilişkin açık tahminler içeren C.B. 'nin yanıtlarının şiddete tahrik olarak yorumlanamayacağı sonucuna varmıştır. Bu görüşe katılamayız. Bize göre, raporun içinde, terörist şiddeti teşvik eden çok sayıda bölüm bulunmaktadır. Özellikle şu yanıtlara dikkat çekiyoruz: "Savaşımız belirli bir seviyeye ulaştı. Bu seviyeye uygun taktikler geliştirilmelidir çünkü az gelişmiş taktiklerle savaşı sürdürmek hatadır .Şu anda ulaşılan savaş seviyesine ayak uydurabilecek taktiklerle bir ilerleme kaydedebiliriz. Böyle bir eylem planlamamızın nedeni budur. Sabah saldırı yapıldı ve topraklarımız bırakılmadı, gün boyunca çatışmalar sürdü ve sonunda başardık. Bu bir denemeydi. Bize göre bundan çıkarılması gereken sonuçlar var. Durumu inceliyoruz. gelecekteki eylemlerimizde bundan yararlanacağız ...Türkiye Kürt*

*halkının isteklerini kabul etmediği sürece savaş devam edecek. Geriye bir adım bile atmayacağız. Bizim tarafımızda tek bir kişi kalana kadar savaş sürecektir. „ Komisyon daha önce, haber alrna özgürlüğünü korumanın gerekleri ile Devleti ve halkı demokratik düzeni yıkmak isteyen silahlı komplolara karşı korumanın gerekleri arasında adil bir denge kurmanın güçlüklerine dikkat çekmiştir; böyle bir ortamda şiddet taraftarları kınuya yönelik amaçlarını gerçekleştirmek için medyayı kullanmak isteyeceklerdir (bkz. örneğin, No. 15404/89, Bildiri 16.4.91, D.R. 70, s. 262) Mevcut davada, yerel yetkililerin yayınlara karşı önlem alırken takdir marjlarını aşmadıkları ve böyle önlemlerin kamu düzeni ve ulusal güvenlik amaçlarına ulaşmak için demokratik bir toplumda gerekli olarak değerlendirilebileceği kanaatindeyiz."*

Mahkeme'nin 6. Maddenin 1. Fıkrasının ihlal edildiği kararına ilişkin olarak, 9 Haziran 1998 tarihli İncal / Türkiye davasında seçkin hakimler Sn. Thor Vilhjalmsson, Sn. Matscher, Sn. Foighel, Sir John Freeland, Sn. Lopes Rocha, Sn. Wildhaber ve Sn. Gotchev ile müşterek ifade ettiğim muhalefet şerhini ve 28 Ekim 1998 tarihli Çıraklar / Türkiye davasında ifade ettiğim kendi muhalefet şerhimi dikkatinize sunuyorum. İki sivil hakim olan üç hakimden oluşan bir mahkemede bir askeri hakimın yer alması, kararları Yargıtay tarafından incelemeye tabi olan ve askeri olmayan adli düzene göre işleyen Devlet Güvenlik Mahkemelerinin bağımsızlığını ve tarafsızlığını hiç bir şekilde etkilemez.

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 İncal örneğini (Çıraklar kararı İncal 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 .

**Onikinci Bölüm**  
Gerger / Türkiye Kararı

(24919/94)

Strazburg

8 Temmuz 1999

Bu hüküm, kararların ve seçilmiş hükümlerin resmi raporlarda son şeklinde ki reproduksiyonundan önce, başyazının yeniden gözden geçirilip düzeltilmesiyle ilgilidir.

Avrupa İnsan Hakları celsesi, temel özgürlükler ve insan haklarının korunmasıyla ilgili anlaşmanın 27. maddesine uygun olarak , 11 nolu protokol tarafından değiştirildi ve üst mahkeme olarak 2 nolu mahkemenin yönetiminin ilgili hazırlıkları sonucu aşağıdaki hakimlerden bir komisyon oluşturuldu.

Mr. L. Wildhaber, Başkan,

Mrs. E. Palm

Mr. A. Pastor Ridruejo

Mr. G. Bonello

Mr. J. Makarczyk

Mr. P. Kuris

Mr. J. P. Costa

Mrs. F. Tulkens

Mrs. V. Straznicka

Mr. V. Fisbach

□

Mr. V. Butkevych

Mr. J. Casadevall

Mrs. H. S. Greve

Mr. A. Baka

Mr. R. Maruste

Mr. K. Traje

Mr. F. Gölcüklü

ve ayrıca Mr. P. J. Mahoney ve Mrs. M. de Boer .

1 Mart 1999 ve 16 Haziran 1999 tarihinde gizlice müzakere ederek en son zikredilen tarihte benimsenen, aşağıdaki hükmü verdiler.

## USULİ İŞLEMLER

1.Dava, Sözleşmenin 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 Komisyona sunulmuş olan başvuruya (No. 24919/94) ilişkindir.

Komisyonun talebi, sözleşmenin eski 44 ve 48 (a) maddeleri ile eski mahkeme A içtüzüğünün 32. madde 2. fıkrasına dayanmaktadır.Talebin amacı, davaya ilişkin esasların, davalı Devlet tarafından Sözleşmenin 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 içtüzüğünün 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 nolu Protokol yürürlüğe girmeden önce ortaya çıkabilecek, özellikle usule ilişkin hususları ele almak üzere kurulan Heyetin Başkanı sıfatıyla (sözleşmenin eski 43. maddesi ve eski 21. içtüzük maddesi) ve Sekreter aracılığıyla hareket eden Sn. Bernhardt, Türk hükümeti (“Hükümet”) temsilcisi, başvuran avukatı ve Komisyon Delegatesi ile yargılama sürecinin organizasyonu konusunda temasa geçmiştir (Eski 37. içtüzük 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 Protokolün 1 Kasım 1988 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra ve anılan Protokolün 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 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 resen seçilmiş bulunan hakim Sn. R. Türmen (Sözleşmenin 27. Maddesi, 2. Fıkrası ve Mahkeme İchtüzüğü 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 (Sözleşmenin 27. Maddesi, 3. Fıkrası ve 24. İchtüzük

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. E Tulkiens, Sn. V. Straznicka, Sn. V. Butkevych, Sn. .1. Casadevall, Su H. S. Greve, Sn. A. Baka, Sn. R. Maruste ve Sn. S. Botoucharova (24. İçtüzük Maddesi, 3. ve 5.(a) Fıkra ve 100. İçtüzük Maddesi, 4. Fıkra).

19 Kasım 1998 tarihinde Sn. Wildhaber 28. İçtüzük Maddesi, 4. fıkrasına uygun olarak Özgür Türkiye davasında Alman heyet kararına ilişkin olarak davadan çekilmesinden sonra Sn. Türmen'i oturumdan muaf tutmuştur. 16 Aralık 1998 tarihinde Hükümet Sn. F. Gölcüklü'nün hakim olarak atandığını tebliğ etmiştir (29. İçtüzük Maddesi, 1. fıkra).

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

6. Mahkemenin daveti üzerine (99. İçtüzük Maddesi, 1. 11km). Komisyon üyelerinden biri olan Sn. H. Danelius'u Heyet huzurunda takibatlara katılmak üzere atamıştır.

7. 1 Mart 1999 tarihinde Hükümet sözleşmenin 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 Strazburgdaki İnsan Hakları Mahkemesinde gerçekleştirilmiştir.

Mahkeme huzurunda hazır bulunanlar:

(a) Hükümet adına

Sn. D. TEZCAN

Sn. ÖZMEN

Sn. B. ÇALIŞKAN Ortak Ajanlar

**Sn. G. AKYÜZ**

Sn. K. GÜNYAKTI

Sn. F.POLAT

Sn. A.EMOLER

Sn. I.BATMAZ KEREMOĞLU

Sn. B.YILDIZ Danışmanlar

Sn. Y.ÖZBEK

(b) Komisyon adına

Sn. D. SVABY Delege

(c) Başvuran adına

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

## DAVA ESASLARI

### 1. 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'larnı 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, geç 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 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. ***0 günlerde ekilen Kürt halkının özgürlük tohumlarından Kürdistan dağlarındaki gerilla savaşı doğmuştur.***

0 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 daima dikili

Karşıyaka’nın üç gülü

Gözyaşımın pınarına dikili”

11. 6 Ağustos 1993 tarihinde, Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Savcısı (“Devlet Güvenlik Mahkemesi”) başvurusu Türk ulusunun birliğine ve Devletin toprak bütünlüğü aleyhine propaganda yapmakla suçlamıştır. Terörle Mücadele Kanununun (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 başvurusu 3713 sayılı kanunun 8(1) Maddesi uyarınca suçlu bulunmuş ve bir yıl, sekiz aylık hapis cezasına ve 208.333.333 Türk Lirası (TRL) tutarında para cezasına çarptırılmıştır.

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 teşvikin olduğu ve sonuç olarak Ceza Kanununun 312. maddesinin 2. fıkrasının uygulanması gerektiği yönünde görüş bildirmiştir.

Kurulun diğer iki üyesi “0 günlerde ekilen Kürt halkının özgürlük tohumlarından Kürdistan dağlarındaki gerilla savaşı doğmuştur... 0 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” mesajım bütün olarak ele alınması ile haklı çıkarılmaktadır.

14.22 Nisan 1994 tarihinde Yargıtay başvuranın 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 icrasına İlişkin Kanunun 5. maddesi uyarınca (647 sayılı kanun) tutukluluk süresi devam etmiştir (bkz. Aşağıdaki 21. Paragraf 9).

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 km 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 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılan vasıtalarla işleyenlere verilecek cezalar bir misli artırılır.”

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 ¾’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.”

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

20. 27 Ekim 1995 tarihli Kanun bu kanunun 3713 sayılı kanununun 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 kanunun 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.”

#### Cezanın İnfazına İlişkin ( 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 haller 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- Mahkemenin kanun dairesinde teşekkül etmemiş olması,
- 2- Hakimlik vazifesine iştiraktan 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) şahsın 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

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

Hiçbir organ, makam, ....veya.... kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.”

139. Madde, 1. fıkra

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

143. Madde, 1-5. Fıkraları

“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 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 savcılarını arasından; bir asil ve bir yedek üye, birinci sınıf askeri hakimler arasından; savcı yardımcılarını ise Cumhuriyet savcılarını ve askeri hakimler arasından özel kanunlarında gösterilen usule göre atanır.

Devlet Güvenlik Mahkemesi Başkanı, üye ve yedek üyeleriyle savcı ve savcı yardımcılarını 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. Anayasanın 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 asil bir yedek üyesi ... adli yargı hakimleri arasından; bir asil bir yedek üyesi birinci sınıfa ayrılmış askeri hakimler arasından atanır.”

##### 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 yardımcıları hakkında kendi kanunlarına göre yapılacak soruşturma sonunda görev yerlerinin değiştirilmesine dair yetkili kurul veya mercilerce karar verildiği takdirde, ilgili hakim ... görev yeri veya görevi, özel kanunlarında gösterileri usule göre değiştirilebilir.”

9. Madde, (1). Fıkrası

“Devlet Güvenlik Mahkemeleri aşağıdaki suçlarla ilgili davalara bakmakla görevlidir.

d) Anayasanın 120’nci maddesi gereğince Olağanüstü Hal ilan 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 terfi, 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 Bakanındır.”

#### 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 sayıldığı 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 hapsedilir.”

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

29. 1602 sayılı kanunun 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 Komisyona başvuruda bulunmuştur. Aynı tarihte sunulan ilk başvurusu ve 25 Ekim 1994 tarihinde değişiklik yaptığı 5 Ağustos tarihli ek başvurusunda, mahkumiyetinin sözleşmenin 9. ve 10. maddelerinin ihlalini teşkil ettiğini belirtmiştir. Sözleşmenin 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 kıyas daha katı olduğunu belirtmiştir.

31. Komisyon başvuruyu 14 Ekim 1996 tarihinde kabul etmiştir (24919/94 sayılı). 1 Aralık 1997 tarihli raporunda (Sözleşmenin eski 31. Maddesi):

(i) Sözleşmenin 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 sözleşmenin 14. maddesinin ihlal edildiği (oy birliği ile);

(iii) Başvuranın davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından

görülmemesinden dolayı 14. maddenin ihlal edildiği ve buna uygun olarak, Devlet Güvenlik Mahkemesi’nin kararında yetersiz gerekçeler bulunduğu ilişkin şikayetin ayrı olarak el 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 sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrası ile 9, 10 veya 14. maddelerin ihlal edilmediği gerekçesine dayanarak başvuranın başvurusunun reddini talep etmiştir.

33. Komisyonun 11 Aralık 1997 tarihli raporuna dayanarak, Sn. Gerger mahkemeden sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrası ile 9 ve 10. maddelerinin ve 5. madde 1. fıkra ile birlikte ele alınan 14. maddenin ihlalini 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

##### 1. SÖZLEŞME’NİN 9. VE 10. MADDELERİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

34. Sn. Gerger başvurusunda Terörle Mücadele Kanununun (3713 sayılı kanun) 8. bölümü uyarınca mahkumiyetinin sözleşmenin 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. 1998-1, sayfa..., 60. fıkra). 10. madde şu şekildedir:

1. Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğünü, kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları 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 komisyonun 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 suça 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 kalındığı zaman Türk yetkilileri toplumun çeşitli kesimleri arasında şiddet ve düşmanlığı teşvik edebilecek ve insan hakları ve demokrasiyi tehlikeye atabilecek tüm ayırımçı 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 örneğin durumun 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.

(h) Mahkemenin 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. maddenin 2. paragrafı uyarınca, bu kabul gören veya zararsız veya kayıtsızlık içeren “bilgiler” veya “fikirler” için değil aynı zamanda kırıcı, 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. maddenin 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” sözleşmenin 10. maddesinin güvencesinde olan ifade özgürlüğü ile bağdaşıp bağdaşmadığı konusunda nihai kararı verme yetkisini haizdir.

(iii) Denetim yetkisinin uygulanmasında Mahkeme müdahaleyi, suçlanan ifadeler ve bunların ifade edildiği bağlamda 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'larm 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 İncal - 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 İncal 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 içermemektedir. 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, mahkemenin 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 olmadığının 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 sözleşmenin 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. Hükümetin ön itirazları

54. Hükümet iç hukuk yollarının tüketilmediğini ve mahkemenin 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 komisyonun bu konuyu yargı yetkisi olmadan resen 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., AYTEKİN - Türkiye davası 23 Eylül 1998 tarihli karar, *Raporlar*, 1998-VII, sayfa ..., 77.fıkra).

Mevcut davada, mahkeme başvuranın komisyona yaptığı başvurusunda Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesinin tarafsız veya bağımsız olmadığına ilişkin olarak bir iddiada bulunmamasına rağmen, sunduğu görüşünde başvuranın şikayetin bulunduğuyla ilişkin komisyon raporuna genel bir gönderme yaptığı görülmektedir. Ayrıca, başvurunun ele alınmasında, komisyon Hükümeti (27 Şubat 1995 tarihinde) "başvuru sahibinin sözleşmenin 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 komisyonun bu konuyu resen ele almasına

herhangi bir itirazda bulunmamıştır. Ayrıca, 31 Ekim 1996 tarihinde komisyon başvurusunun kabulüne ilişkin kararını Hükümete göndermiş ve Hükümeti ek gözlemlerde bulunmaya davet etmiştir. Kabul edilebilirlik kararının metninde komisyonun şikayeti resen ele aldığına belirgin olmasına rağmen Hükümet cevap vermemiştir.

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

## 2. Şikayetin Esasları

57. Başvuranın sunumunda Devlet Güvenlik Malikanesinin, 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 emirlerine 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 1. 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 özet 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 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 da olumlu olduğunu göstermektedir. Ayrıca, Devlet Güvenlik Mahkemesinin kararı sadece sivil hakimlerin katıldığı Yargıtay tarafından onaylanmıştır.

59. Komisyon, Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesinin sözleşmenin 6. maddesi 1. fıkrası uyarınca “bağımsız ve tarafsız bir mahkeme” olarak kabul edilemeyeceği sonucu varmıştır. Komisyon bu görüşü ile ilgili olarak 25 Şubat 1997 tarihinde benimsenen İncal - Türkiye davası raporunun 31. maddesi ve görüşünü destekleyen nedenlere göndeme yapmıştır.

60. Mahkeme, 9 Haziran 1998 tarihli İncal - Türkiye kararı (1998-IV Raporları, 1504) ve 28 Ekim 1998 tarihli Çıraklar - Türkiye kararında (1998- Raporları, s. ...) mevcut dava için Hükümet tarafından öne sürülen hususlara benzer hususların ele alınmış olduğu vurgulamaktadır. Anılan kararlarda Mahkeme, Devlet Güvenlik Mahkemesinde bulur 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 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 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 kendilerini 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 özeti ile herhangi bir ilişkisi olmayan hususlardan gereksiz yere etkileyebileceğini 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 51. 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 Sözleşmenin 14. Maddesi uyarınca yasadışı bir ayrımcılık teşkil ettiğini belirtmiştir. Anılan madde şu şekildedir:

“Bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk,. dil, din, siyasi 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 Sözleşmenin 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, Sözleşmenin 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 Sözleşmenin 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 yasanın 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 şekildeki Sözleşmenin 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.

Hükümet Sözleşmenin ihlal edildiği iddiası ile maddi zarar aslında 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. Sözleşmenin 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. Sözleşmenin 6. Maddesinin 1. Fıkrası altında başvurana ait diğer şikayetin incelenmesinin gerekli olmadığını oybirliği ile kabulüne;
5. 5. Madde, 1. Fıkra ile birlikte ele alınan sözleşmenin 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 dayalı 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 oran 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:* Padl 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 Sözleşmenin 6. Maddesinin 1. Fıkrasının ihlaline ilişkin oylamada karşı oy kullanmış olmama rağmen, mevcut davada Mahkemenin 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 yayınlar 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.

Mahkemenin 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 dayandırılabilirliğini 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”

ifade 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.

ifade 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 mahkumiyet ine 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 Mahkemenin 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 Mahkemenin 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 taraftarı, 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 birisini teşkil etmektedir.

(ii) 10. Maddenin 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. Mahkemenin 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, Sözleşmenin 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 gerçekdışı 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 düzen]enen 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 dir.’”;

(v) “0 günlerde ekilen Kürt halkının özgürlük tohumlarından Kürdistan dağlarındaki gerilla savaşı dogmustü.”

(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 Sözleşmenin 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 devletin bu alandaki takdir imajı 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 kanaatindeyim.

13. İkinci olarak çoğunluk Devlet Güvenlik mahkemelerinin Sözleşmenin 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 hakim mevcutiyetinin, askeri olmayan (sivil) adli düzeyde bulunan ve kararları Yargıtay’ in incelemesine tabi olan Devlet Güvenlik Mahkemesinin bağımsızlık ve tarafsızlığını herhangi bir şekilde etkilemediğini açıkladım. Tekrar etmekten sakınmak için, yukarıda belirttiğini muhalefet şerhlerime gönderme yapmaktayım.

- (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 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.

## Onüçüncü Bölüm

Arslan / Türkiye Kararı

### Arslan / Türkiye Davasında,

11 No'lu Protokol<sup>33</sup> ile değişen İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşme'nin ("Sözleşme") 27. maddesi ve Mahkeme İçtüzüğü'nün<sup>34</sup> ilgili hükümleri uyarınca:

Bay L. WILDHABER, *Başkan*,  
Bayan E. PALM,  
Bay A. PASTOR RIDRUEJO,  
Bay G. BONELLO,  
Bay J. MAKARCZYK,  
Bay P. KÜRIS,  
Bay J.-P. COSTA,  
Bayan F. TULKENS,  
Bayan V. STRÁŽNICKÁ,  
Bay M. FISCHBACH,  
Bay V. BUTKEVYCH,  
Bay J. CASADEVALL,  
Bayan H.S. GREVE,  
Bay A. BAKA,  
Bay R. MARUSTE,  
Bay K. TRAJA,  
Bay F. GÖLCÜKLÜ, *ad hoc hakim*,

ile *Sekreter Yardımcıları* Bay P. J. MAHONEY ve Bayan M. DE BOER-BUQUICCHIO'nun katılımı ile toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Heyeti,

1 Mart ve 16 Haziran 1999 tarihli gizli görüşmesi sonucunda,

Yukarıda son anılan tarihte benimsenmiş olan aşağıdaki karara varmıştır:

#### USULİ İŞLEMLER

1. Dava, Sözleşme'nin eski 32/1 ve 47. maddelerinde öngörülen üç aylık süre içinde, 17 Mart 1998 Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ("Komisyon") tarafından Sözleşmenin<sup>35</sup> eski 19. maddesi uyarınca Mahkememize sunulmuştur. Türk vatandaşı olan Bay Günay Arslan tarafından 7 Ocak 1994 tarihinde eski madde 25 kapsamında Türkiye Cumhuriyeti aleyhine Komisyona sunulmuş olan başvuruya (No. 23462/94) dayanmaktadır.

Komisyonun talebi, Sözleşme'nin eski 44 ve 48 (a) maddeleri ile eski Mahkeme A İçtüzüğü'nün<sup>36</sup> 32. maddesi 2. fıkrasına ilişkindir. Talebin amacı, davaya ilişkin gerçeklerin, muhatap Devlet tarafından hem ayrı olarak hem de 14. madde ile birlikte Sözleşmenin 10. maddesi kapsamındaki yükümlülüklerin ihlal edilip edilmediğine ilişkin bir kararın verilmesidir.

---

#### *Sekreteryanın Notları*

<sup>33-2</sup> 11 No'lu Protokol ve Mahkeme İçtüzüğü 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>35</sup> 19. Maddeyi değiştiren 11 No'lu Protokolün yürürlüğe girmesinden itibaren Mahkeme sürekli bazda faaliyet göstermiştir.

<sup>36</sup> A İçtüzüğü, 9 No'lu Protokolün yürürlüğe girmesinden önce (1 Ekim 1994) Mahkemeye sunulan davalar ile anılan tarih itibarıyla 31 Ekim 1998 tarihine dek ilgili Protokole tabi olmayan Devletler ile ilgili davalar için geçerlidir.

2. Eski İçtüzük 33. maddesi 3 (d) fıkrası uyarınca yapılmış olan soruşturmaya cevaben başvuran adli takibata katılmak istediğini bildirmiş ve kendilerini temsil edecek avukatları vekil tayin etmiştir (eski İçtüzük 30. maddesi). Bunun sonucunda, zamanın Mahkeme Başkanı olan Bay R. Bernhardt avukata yazılı takibatlarda Türkçe dilini kullanma izni vermiştir (eski İçtüzük 27. maddesi, 3. fıkrası). İleri bir aşamada, Yeni Mahkeme Başkanı Bay Wildhaber başvuranın avukatına szli takibatlarda Türkçe dilini kullanma yetkisi vermiştir (İçtüzük 36. madde 5. fıkra).

3. 11 No'lu Protokol yrrle girmeden önce ortaya çıkabilecek, özellikle usule ilişkin hususları ele almak üzere kurulan Heyetin Başkanı sıfatıyla (Sözleşmenin eski 43. maddesi ve eski İçtüzük 21. madde) ve Sekreter aracılığıyla hareket eden Bay Bernhardt, Türk Hükümeti ("Hükümet") temsilcisinden, başvuranın avukatı ve Komisyon Delegesinden yazılı prosedürün organizasyonu hakkındaki görüşlerini bildirmelerini istemiştir (eski İçtüzük 37. madde, 1. fıkra ve 38. madde). Bunun sonucunda gönderilen talebe ilişkin olarak Sekreter muhatap Hükümetin ve başvuranın görüşlerini sırasıyla 10 ve 17 Temmuz 1998 tarihlerinde almıştır. 8 Eylül tarihinde Hükümet görüşüne eklenecek evrakları göndermiştir ve 13 Kasım tarihinde başvuran adil tazmin talebinde bulunmuştur (Sözleşme'nin 41. maddesi ve Yeni Mahkeme İtzgnn 60. maddesi).

4. 11. No'lu Protokolün 1 Kasım 1988 tarihinde yrrle girmesinden sonra ve anılan Protokolün 5. maddesi 5. fıkrası uyarınca, dava Yüce Mahkeme Heyeti'ne sunulmuştur. 22 Ekim 1998 tarihinde Bay Wildhaber bu dava ve Karataş / Türkiye (başvuru no. 23168/94); Polat / Türkiye (no. 23500/94); Ceylan / Türkiye (No. 23556/94); Okçuoğlu / Türkiye (no. 24146/94); Gerger / Türkiye (no. 24919/94); Erdoğdu ve İnce / Türkiye (no. 25067/94 ve 25068/94); Başkaya ve Okçuoğlu / Türkiye (no. 23536/94 ve 24408/94); Sürek ve zdemir / 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. 24762/94) 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 Bay R. Türmen (Sözleşme'nin 27. maddesi, 2. fıkrası ve Mahkeme İtzg 24. maddesi, 4. fıkrası), Mahkeme Başkanı Bay Wildhaber, Mahkeme Başkan Yardımcısı Bayan E. Palm ve Bölüm Başkan Yardımcıları Bay J.-P. Costa ile Bay M. Fischbach'tan oluşmuştur (Sözleşme'nin 27. maddesi, 3. fıkrası ve İçtüzük 24. madde 3 ve 5 (a) fıkraları). Heyet için atanan diğer yeler: Bay A. Pastor Ridruejo, Bay G. Bonello, Bay J. Makarczyk, Bay P. Kris, Bayan F. Tulkens, Bayan V. Strznick, Bay V. Butkevych, Bay J. Casadevall, Bayan H. S. Greve, Bay A. Baka, Bay R. Maruste ve Bayan S. Botoucharova (İçtüzük 24. madde, 3. fıkra ve 100. madde, 4. fıkra).

19 Kasım 1998 tarihinde Bay Wildhaber İtzgnn 28. madde, 4. fıkrası uyarınca, Oğur / Türkiye davasında alınan Heyet kararına ilişkin olarak, davadan çekilmesinden sonra Bay Türmen'i oturdan muaf tutmuştur. 16 Aralık 1998 tarihinde Hükümet Bay F. Gölcüklü'nn *ad hoc* hakim olarak atandığını tebliğ etmiştir (İçtüzük 29. madde, 1. fıkra).

Bunun sonucunda, davanın ileriki aşamalarında yer alamayacak olan Bayan Botoucharova'nın yerine Bay K. Traja getirilmiştir (İçtüzük 24. madde, 5 (b) fıkrası).

6. Mahkemenin daveti zerine (İçtüzük 99. madde, 1. fıkra) Komisyon, yelerinden biri olan Bay H. Danelius'u Heyet huzurunda takibatlara katılmak üzere atamıştır.

7. Başkanın kararı uyarınca duruşma halka açık olarak 1 Mart 1999 tarihinde Sürek / Türkiye ve Ceylan / Türkiye davaları ile eş zamanlı olarak Strazburg'daki İnsan Hakları Mahkemesi'nde gerçekleştirilmiştir.

- Mahkeme huzurunda hazır bulunanlar:
- (a) *Hükümet adına*  
Bay D. TEZCAN,  
Bay ÖZMEN, *Ortak Ajanlar,*  
Bay B. ÇALIŞKAN,  
Bayan G. AKYÜZ,  
Bayan A. GÜNYAKTI,  
Bay F. POLAT,  
Bayan A. EMÜLER,  
Bayan I. BATMAZ KEREMOĞLU,  
Bay B. YILDIZ,  
Bay Y. ÖZBEK, *Danışmanlar;*
- (b) *Komisyon adına*  
Bay H. DANELIUS, *Delege;*
- (c) *Başvuran adına*  
Bay H. KAPLAN, İstanbul Barosu'ndan, *Avukat.*

Mahkeme, Bay Danelius'un, Bay Kaplan'ın, Bay Tezcan'ın ve Bay Özmen'in beyanlarını dinlemiştir.

## DAVA ESASLARI

### I. DAVA İLE İLGİLİ OLAYLAR

8. Başvuran, Yunus Nadi Ödülü kazanan “*Yas Tutan Tarih, 33 Kurşun*” adlı kitabın yazarıdır.

Kitap Aralık 1989 tarihinde, ikinci baskısı ise Temmuz 1991 tarihinde yayınlanmıştır. Kitapta tanınmış bir Kürt taraftarı politikacı ve ana teması Türkiye'deki Kürt sorunu olan ve 1992 yılında katledilen bir yazar olan Musa Anter'e ithaf edilen bir önsöz bulunmaktadır.

#### A. İlk baskıya ilişkin takibatlar

9. 29 Ekim 1989 tarihinde Bay Arslan ile ilgili olarak yürütülen ceza tahkikatı sürecinde, İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi (“Devlet Güvenlik Mahkemesi”) Cumhuriyet Savcısı anılan mahkemenin yukarıda belirtilen kitabın toplatılmasına ilişkin bir ihtiyati tedbir kararı alması talebinde bulunmuştur.

Anılan tarihte verilen emir üzerine, hakim bu uygulamaya müsaade etmiştir.

10. 22 Ocak 1990 tarihinde Cumhuriyet Savcısı başvurunu bölücü propaganda yapmakla suçlamıştır. Kitabında Bay Arslan'ın Türkiye Cumhuriyeti'nde çeşitli ulusların bulunduğunu iddia ettiğini, Türk ulusunu barbar olarak tanımladığını soykırım değilse de, Kürtlerin sürekli bir baskının kurbanı olduklarını ileri sürdüğünü ve Güney - Doğu Türkiye'deki asilerin eylemlerini övdüğünü belirterek, Türk Ceza Kanunu'nun 146. maddesinin 3 ve 6. fıkralarının uygulanmasını (aşağıdaki

paragraf 22'ye bakınız) ve kitabın toplatılmasını talep etmiştir. İddianamede kitaptan yapılan aşağıdaki alıntılar bulunmaktadır:

“...Orta Doğu'daki Türklerin konumu çok ilginçtir... Göçebe dalgası olarak gelerek, kendilerinden bin kez fazla medeni olan ulusların topraklarını işgal etmişler ve kendilerine ait baskın bir kültürleri olmadan zorba, şiddet içeren ve gayri insani hareketlerle -örneğin Araplar, Farslar ve Kürtler gibi- bu halkları kontrol etmeye kalkışmışlardır. Böyle bir organizasyonun, şiddete dayalı bu barbar mekanizmanın, bu Devlet düzeninin demokratik kararları uygulaması beklenebilir mi? Bu boş bir umut olurdu... Bugün bile, Türkiye'de hüküm süren bu zihniyettir. Örneğin, birisi Kürdistan'ın Kürtlere, Ermenistan'ın Ermenistan'a, “Lazistan”ın<sup>37</sup> “Lazlara” ve Rum devletinin “Rumlara” ait olduğunu söylerse, Türklerle ne kalacak?... Balkanlarda ve Orta Doğu'da [Türklerin] zulmetmedikleri tek bir kişi yoktur. Bu yüzden bugün Türkler Bulgarların, Yunanların... ve içerde Kürtlerin kendilerini düşman olarak gördüklerini fark etmiştir. Sonuçta, “Türk'ün Türk'ten başka dostu yoktur” deyişinde olduğu gibi bu durum aksiyom bir hale gelmiştir. ... Bulgarlar, Yunanlar ve Araplar gibi bazı gruplar bu barbar yönetime karşı kendi özgürlüklerini kazanmışlardır. Sadece Kürtler kalmıştır. Hem Türkler hem de Kürtler bu konuda ne yapacaklarını bilmemektedir. *Türkistan*'lı bir Türk Kürdistan'da yaşayan bir Türkü ret etmektedir. Bir Kürt oğluna ne babasının ismini verir ne de kendi adını seçer... [*önsöz, sayfa 7-10*].

...Silopi'deki Kürt köylülerin isyanı daha büyük ölçekte tepkilere neden olmuştur; Kürtler kendi arkadaşları olan Kürtlerin katledilmesine karşı öfkeyle patlamıştır. Asurlu despotizme karşı verdikleri mücadelede, bir zamanlar Orta Doğu'daki halkların egemenliğinde olan Kürt halkı direnerek, Türk şovenizminin şiddetinin büyük kalesini parçalayacakları günün mutlu haberini veriyorlardı... [*“Silopi” nin ebediliği” başlıklı bölüm, sayfa 58-59*]

11. Devlet Güvenlik Mahkemesi'nde başvuran bu suçlamaları reddetmiştir. Özellikle Bay Anter tarafından yazılan önsözden dolayı sorumlu tutulamayacağını iddia etmiştir. Tanık olarak dinlenen Bay Anter'in kitap için hiçbir zaman önsöz yazmayı amaçlamadığını, ancak sadece yıllarca önce yazdığı bir makalenin bulunduğu süreli yayını isteği üzerine başvurana verdiğini beyan etmesinden dolayı bu iddia hakimler tarafından kabul edilmemiştir.

Başvuran aynı zamanda kitabı yazmadaki amacının hiçbir zaman bölücü uçlara yönelik çalışmak olmadığını, ancak kendi memleketi olan Van'da meydana gelen ve kendi aile üyeleri dahil olmak üzere, 33 köylünün hayatına mal olan olaylara ilişkin görüşlerini bildirmek olduğunu belirtmiştir.

12. 29 Mart 1991 tarihinde Devlet Güvenlik Mahkemesi başvuranı altı yıl üç aylık bir hapis cezasına mahkum etmiş ve kitabın toplatılması emrini vermiştir.

Mahkeme kararında, Devlet politikasını eleştirmek için doğu ve güney-doğu Anadolu'da meydana gelen belirli olayları kitabında yazarın taraflı olarak ele aldığı ve Kürtlerin bazen onları vuran jandarmanın baskısı altında ezildiğini ve Kürtlerin temel haklarının ihlal edildiğini ileri sürdüğünü belirtmiştir. Karar özellikle aşağıdaki satırları dikkate almıştır:

“Kitapta, ülkenin bir bölümünden Kürt bölgesi ya da illeri olarak bahsedilmiştir ve buraların Kürtlere ait olması gerektiği, Kürtlerin Kürdistan denilen kendi ülkelerini kurdukları

<sup>37</sup> Genelde “Laz” olarak adlandırılan etnik bir grup içeren nüfusa sahip Karadeniz Kıyı Bölgesinin bir bölümü.

belirtilmiştir; ayrıca, Türkistan'dan gelen Türklerin Kürtleri Kürdistan dışına sürdükleri ve bu bölgenin genel bir savaşa girdiği ve karşı koyma durumunda olduğu belirtilmiştir.”

Devlet Güvenlik Mahkemesi yorumsuz olarak ilişkilendirilmesi gereken söz konusu olayların ve bunlara sebep teşkil eden hususların topluma sunulmasının son derece büyük olan önemini vurgulamış, ancak araştırma bulguları olarak sunulmasına rağmen, kitabın içeriğinin bu tür bir amacın ötesine gittiğini belirtmiştir.

Hazırlık soruşturmasını kabul eden Devlet Güvenlik Mahkemesi kitapta ve özellikle önsözünde ayırt edilen temanın ırkçı düşüncelere dayalı bölücü propaganda içerdiğini ve vatanseverlik duygusunu zayıflatmayı amaçladığını ve bu durumun da Bay Arslan'ın mahkumiyetini haklı çıkarttığını kabul etmiştir.

13. 12 Nisan 1991 tarihinde Terörle Mücadele Kanunu yürürlüğe girmiştir (3713 Sayılı Kanun). Başvuranın mahkumiyetine dayanak teşkil eden Ceza Kanunu'nun 142. maddesini yürürlükten kaldırmıştır. Sonuç olarak, 3 Mayıs 1991 tarihli karar ile Devlet Güvenlik Mahkemesi, Bay Arslan'ın mahkumiyeti geçersiz ve hükümsüz kılınmış olduğunu beyan etmiş ve kitabın toplatılan nüshalarının iadesi emrini vermiştir.

## **B. İkinci baskıya ilişkin takibatlar**

14. Bay Arslan'ın kitabı 21 Temmuz 1991 tarihinde yeniden yayınlanmıştır.

30 Temmuz tarihinde, Cumhuriyet Savcısı kitabın yeniden yayınlanmasının “Devletin bölünmez bütünlüğü” aleyhinde tüm propagandaları yasaklayan 3713 sayılı Kanunun 8. bölümünü ihlal ettiği gerekçesine dayanarak, Devlet Güvenlik Mahkemesi'nden kitabın toplatılmasını talep etmiştir (aşağıdaki paragraf 23'e bakınız).

15. 31 Temmuz tarihli karar ile mahkeme hakimi, suç teşkil eden unsurların tespit edilmediği gerekçesine dayanarak bu başvuruyu reddetmiştir.

Aynı gün Cumhuriyet Savcısı Ceza Kanunu'nun eski 142. maddesi, 3. fıkrasında belirtilen suçu teşkil eden eylemlerin 3713 sayılı kanunun 8(1) bölümü uyarınca suç teşkil eden eylemlerden hiçbir şekilde farklı olmadığını ileri sürerek başvurusunu yinelemiştir. Bölücü propaganda içerdiği gerekçesine dayanarak, 29 Aralık 1989 tarihinde toplatılması emri verildiği zaman kitabın Devletin bölünmez bütünlüğüne karşı propaganda oluşturduğunun tespit edilmemesinin mantık dışı olduğunu ileri sürmüştür (yukarıdaki paragraf 9'a bakınız). 5 Ağustos 1991 tarihinde hakim başvuruyu reddetmiştir.

16. 23 Ağustos tarihinde, Cumhuriyet Savcısının talebi üzerine Adalet Bakanlığı 5 Ağustos 1991 tarihli karar aleyhine olan kanunun açıklığa kavuşturulması için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına başvuruda bulunma kararı vermiştir (yukarıdaki paragraf 15'e bakınız).

Yargıtay, bir davaya ilişkin ihtiyati tedbirin uygunluğunun değerlendirilmesinin ve bir yayının içeriğinin kanunlara aykırı olup olmadığının ancak esasa ilişkin bir karar ile tespit edilebileceği gerekçesine dayanarak, 13 Eylül 1991 tarihli kararıyla temyiz başvurusunu reddetmiştir.

17. 12 Eylül 1991 tarihli iddianamede, Cumhuriyet Savcısı, Bay Arslan ve yayıncısını 3713 sayılı kanunun 8. bölümünün (1 ve 2) kapsamı dahilinde ‐Devletin bölünmez bütünlüğü” aleyhine propaganda yapmak ile suçlamıştır (aşağıdaki paragraf 23’e bakınız).

22 Ocak 1990 tarihli iddiasında bulunan alıntılarını yeniden sunmuş (yukarıdaki paragraf 10’a bakınız) ve aşağıdaki de dahil olmak üzere, kitaptaki diğer bölümlere de değinmiştir:

‐...Son zamanlara dek altüst edilen, karışıklık içinde bulunan ve farklı yönere bölünmüş olan Kürt halkı kendilerine yüklenen bu kaderi ret ederek bu gidişe bir ‐Dur!”, demişler ve artık kendi kaderlerini oluşturmak için dev adımlarla yürümeye başlamışlardır. Yüzyıllardır bu insanları zincirleyenler ve emeklerini sömürenler, bu tür bir adaletsizlik ve onur kırıcı duruma karşı [Kürtlerin] kalplerinde direniş tohumlarının filizlendiğini gördüklerinde paniklemişlerdir. Özel savaşın ana özelliklerinden biri olarak ve sürgün, tehdit, tutuklama, işkence ve baskı politikalarına karşı Kürt halkının büyük çoğunluğunun direnişine katliamlar ile cevap veren yöneticilere hizmet etmek için, özel güçler PKK militanlarının elinde bozguna uğrama hislerini ifade etmek için köylülerini katletmekten daha iyi bir yol bulamamışlardır. Silopi’deki köylülerin katliamı, nüfusun çoğunluğunu Kürtlerin oluşturduğu bu bölgelerde meydana gelen gelişmelerdeki yeni dönemin gelişini ilan etmişti. Güvenlik Kuvvetleri ile PKK gerillaları arasında bu bölgede süregelen özel savaş sona yaklaşıyordu... Aylardır çok sayıda bölüğü silah altına alıp Botan bölgesine- özellikle Cudi dağlarına-gönderen Devlet [PKK’nın] silahlı baskınlarını önleyememişti ve -ölçeği basın tarafından son derece abartılan- [PKK’ya karşı] son operasyonlarının hiçbir sonuç vermediğini anlamasıyla birlikte, Devlet tarihi Ağrı isyanının bastırılması örneğini takip etmeye ve nihai çözüm -soykırımı uygulamaya karar verdi. O tarihten itibaren, bu çözüme ulaşmak için her türlü çaba gösterilecektir. Silopi ile başladılar; ölüm birlikleri başlattıkları insan avında ilerleme kaydetmek için her yolu denemişlerdir. Karşı isyan tarafları gibi, çeteler ve köy korucuları hükümetten para alan ve Kürt kanı içmeleri emredilen klan liderlerini Kürt bölgelerine salmışlardır...”

18. Devlet Güvenlik Mahkemesi huzurunda başvuran, kitabının gerçek olaylara ve bir gazeteci olarak kendi gözlemlerine dayandığını özellikle ileri sürerek, kendisine karşı yapılan suçlamaları bir kez daha reddetmiştir. Mesleki faaliyeti bağlamında belirli olayları ilişkilendirmekten ötesini gerçekleştirmeyi belirtmiştir.

19. 28 Ocak 1993 tarihinde, Devlet Güvenlik Mahkemesi başvuranı ‐Devletin bölünmez bütünlüğü” aleyhine propaganda yapmaktan suçlu bulmuştur ve 3713 sayılı kanunun 8(1) Bölüm uyarınca başvuran altı ay hapis cezası ve 41,666,666 Türk lirası para cezasına çarptırılmıştır.

Kararında Devlet Güvenlik Mahkemesi, başvuranın bir önceki mahkumiyetinin 3 Mayıs 1991 tarihinde geçersiz ve hükümsüz kılınması hususunun (yukarıdaki paragraf 13’e bakınız) ceza kanununun farklı bir hükmüne dayanılarak yeni bir suçlama nedeniyle kendisi aleyhinde dava açılmasına herhangi bir engel teşkil etmediğini başından bu yana belirtmektedir. Dava esasına ilişkin olarak mahkeme, kitabın belirli bölümlerine başvurmuş ve -29 Mart 1991 tarihli karar mantığına paralel olarak (yukarıdaki paragraf 12’e bakınız)- başvuranın Kürt kökenli vatandaşları Devlete karşı isyana teşvik etmeyi amaçladığını kabul etmiştir.

20. 9 Mart 1993 tarihinde başvuran Devlet Güvenlik Mahkemesi’nin bu kararına itiraz etmiştir. Bay Anter’in aslında önsözün yazarı olduğunu ispatlamak amacıyla, başvuran tanığın dinlenmesini talep etmiştir. Başvuran, kitabın ilk kısmının tarihi bir olaydan uyarlandığını, ikinci

kısımının ise önceden yayınlanmış makalelerin toplaması olduğunu ileri sürmüştür. Ayrıca, Kürt nüfusuna yönelik baskıyı eleştirmesinden dolayı mahkumiyetinin ifade özgürlüğüne yönelik ciddi bir tehdit teşkil ettiğini belirtmiştir.

17 Mart 1993 tarihinde Devlet Güvenlik Mahkemesi yasal süresi içinde başvurunun yapılmadığı gerekçesine dayanarak itirazı reddetmiştir. Daha sonra başvuran Yargıtay'a temyiz başvurusunda bulunmuştur. Yukarıda belirtilen iddiaları yineleyerek, başvuran düşüncelerini ifade etmesinden dolayı bir insanın mahkum edilmesinin modern bir toplumda kabul edilemez olduğunu ve bir kitabın önsözünün dahi tehlike teşkil ettiği düşünülüyor ise, bir ülkenin “bütünlük” ya da “bölünmezlik”e sahip olduğunun söylenemeyeceğini iddia etmiştir.

21. Yargıtay İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından gerçekleştirilen delil tespitinin, başvuranın temyiz başvurusu gerekçesinin reddini doğruladığını kabul ederek, 16 Eylül 1993 tarihli kararıyla Bay Arslan'ın aleyhine karar vermiştir.

## II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMALARI

### A. Ceza Kanunu

#### 1. Ceza Kanunu'nun Eski 142. Maddesi

22. 3713 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılan Ceza Kanunu'nun eski 142. maddesinin 3 ve 6. paragrafları (aşağıdaki paragraf 23'e bakınız) şu şekildedir:

“3. Anayasanın tanıdığı kamu haklarını ırk mülahazasıyla kısmen veya tamamen kaldırmayı hedef tutan veya milli duyguları yok etmek veya zayıflatmak için her ne suretle olursa olsun propaganda yapan kimse bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

...

6. Yukarıdaki fıkralarda yazılı filler neşir vasıtası ile işlendiği takdirde verilecek ceza yarısı nispetinde artırılır.”

#### 2. Terörle Mücadele Kanunu (3713 sayılı kanun)

23. 3713 sayılı kanun 12 Nisan 1991 tarihinde yayınlanmıştır. (27 Ekim 1995 tarih ve 4126 sayılı Kanun tarafından daha sonra yürürlükten kaldırılan) 8. bölüm aşağıdaki şekildedir.

#### Eski 8. Bölüm (1)

“Türkiye Cumhuriyetinin Ülke bütünlüğü ve ulusun bölünmez birliğini zedelemeye matuf yazılı ve sözlü propaganda, toplantı ve gösteriler, kullanılan yöntem ve amacına bakılmaksızın yasaklanmıştır. Anılan türden fiillere katılan şahısların 2 yıldan az olmamak üzere 5 yıla kadar ağır hapis cezasına ve 50 milyon ila 100 milyon tl tutarında ağır para cezasına çarptırılmasına hükmolunur.”

### B. Hükümet Tarafından Sunulan Emsal Ceza Davası

24. Hükümet, Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi'ne bağlı Cumhuriyet Savcısı tarafından özellikle dini gerekçelerle halkı kin ve düşmanlığa teşvik etmekten (Ceza Kanunu'nun 312. maddesi) ya da Devletin bölünmez bütünlüğü aleyhine propaganda yapmaktan sanık (3713 No'lu Kanun'un 8. Bölümü- yukarıdaki 23. paragrafa bakınız) şahsın aleyhine suçlamaların geri çekilmesine ilişkin

kararlarının 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. Diğer gerekçeler, yayımlanan neşriyatların dağıtılmaması, yasadışı bir amacın olmadığı ya da suç işlenmediği ya da sorumlu şahısların tespit edilememesi gibi hususları içermiştir.

Ayrıca Hükümet, yukarıda belirtilen suçlardan sanık davalıların suçlu bulunmadığı emsal davalarda Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından verilen birkaç kararı sunmuştur. Bu kararlar şunlardır: **1991/23**, 75, 132, 177 ve 100; **1992/33**, 62, 73, 89 ve 143; **1993/29**, 30, 38, 39, 82, 94 ve 114; **1994/3**, 6, 12, 14, 68, 108, 131, 141, 155, 171 ve 172; **1995/1**, 25, 29, 37, 48, 64, 67, 84, 88, 92, 96, 101, 120, 124, 134 ve 135; **1996/2**, 8, 18, 21, 34, 38, 42, 43, 49, 54, 73, 86, 91, 103, 119 ve 353; **1997/11**, 19, 32, 33, 82, 89, 113, 118, 130, 140, 148, 152, 153, 154, 187, 191, 200 ve 606; **1998/6**, 8, 50, 51,56,85 ve 162.

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 bilimsel, tarihi ve/veya tarafsız özelliklerini dikkate alarak bu kararları vermişlerdir.

#### KOMİSYON HUZURUNDA YAPILAN TAKİBAT

25. Bay Arslan 7 Ocak 1994 tarihinde Komisyon’a başvuruda bulunmuştur. Aynı suçtan iki kez yargılanarak 6. maddenin 1. fıkrası ile teminat altına alınan şekilde adil yargılanma hakkının ihlal edildiği şikayetinde bulunmuştur. Sözleşme’nin 6, 9 ve 10. maddelerine dayanarak, Başvuran ayrıca mahkumiyetinin düşünce özgürlüğü ve ifade özgürlüğü hakkını ihlal ettiği ve İstanbul Devlet Güvenlik Mahkeme’sinin kitabının sadece bir bölümü ve kendisi tarafından yazılmamış olan önsözüne dayanarak kendisini mahkum ettiği şikayetinde bulunmuştur. Son olarak, madde 10 ile birlikte ele alınan madde 14’e aykırı olarak, siyasi görüş gerekçesiyle ayrımcılık mağduru olduğunu ileri sürmüştür.

26. 14 Ekim 1996 tarihinde Komisyon iki kez yargılanmama ilkesinin Türkiye tarafından onaylanmamış olan 7. No’lu Protokol’ün 4. maddesinde yer aldığı gerekçesine dayanarak, anılan ilkenin ihlaline yönelik şikayeti hariç tutmak suretiyle başvuruyu (no. 23462/94) kabul etmiştir. 11 Aralık 1997 tarihli raporunda (Madde 31), düşünce özgürlüğü ve ifade özgürlüğü hakkının ihlaline yönelik şikayeti sadece 10. madde açısından incelemiştir ve otuz karşı iki oyla bu hükmün ihlal edildiğine yönelik görüş bildirmiştir. Madde 10 ile birlikte ele alınan madde 14 altında herhangi ayrı bir hususun vuku bulmadığına dair görüş bildirmiştir (otuz karşı iki oy). Komisyon görüşünün ve raporda bulunan karşı görüşün tam metni bu kararın ekinde sunulmuştur.<sup>38</sup>

#### MAHKEMEYE YAPILAN NİHAİ SUNUMLAR

27. Başvuran dilekçesinde, ilk olarak aynı eylemden iki kez mahkum edilmesi ve de ikinci olarak kendisini yargılayan İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi’nin “bağımsız ve tarafsız bir mahkeme” olmaması ile 6. maddenin 1. fıkrasının iki kez ihlal edilmesinin mağduru olduğunu ileri sürmüştür. Aynı zamanda başvuran 9. ve 10. maddeler ile 10. madde ile birlikte ele alınan 14. maddenin ihlalinden şikayetçi olmuş ve Mahkeme’den Sözleşme’nin 41. maddesi altında belirtilen meblağların kendisine ödenmesini talep etmiştir.

<sup>38</sup> *Sekreteryanın Notu*. Uygulama sebeplerinden dolayı, bu ek sadece kararın basılmış nüshasında (seçilen kararların resmi raporlarında ve Mahkeme kararlarında) yer alacaktır, ancak Komisyon raporunun bir sureti sekreteryadan elde edilebilir.

28. Hükümet Mahkeme'den aşağıda belirtilenlerin kabulü isteminde bulunmuştur:

“1. Mevcut davada Terörle Mücadele Kanununun uygulanmasının başvuranın ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine ilişkin iddianın Türk mahkemelerine sunulmamış olmasından dolayı yerel başvuru mercileri tüketilmediğinden, Sözleşme'nin 35. maddesi kapsamında mevcut uygulamanın ilk olarak kabul edilmemesi;

2. Başvuranın şiddete teşvik ve Türkiye'ye karşı suç işleme mahkumiyetinin demokratik toplum için gerekli olduğunun, amaçlanan meşru hedef ile orantılı olduğu ve uygun şekilde Sözleşme'nin 10. maddesini ihlal etmediği;

3. İfade özgürlüğü ihlali olmadığından madde 41'in uygulanmasının uygun olmadığı.”

İddialarını desteklemek için, güney-doğu Türkiye'de meydana gelen çeşitli olaylar ile ilgili raporlar ve Türkiye içindeki bu olayların sosyal ve siyasi etkilerine ilişkin bilgilerin bulunduğu ve 1991 yılında yayınlanan günlük gazetelerden alıntılar sunmuşlardır.

#### HUKUK AÇISINDAN

##### I. DAVA KAPSAMI

29. Mahkemede görülmekte olan davanın kapsamı, komisyonun kabul edilebilirlik kararı ile belirlenmektedir (örneğin, 28 Ekim 1998 tarihli Çıraklar / Türkiye davası, *Kararlar ve Hükümleri Raporları* 1998-..., sayfa., 28. fıkra ve 21 Ocak 1999 tarihli Janowski / Polonya davası, *Raporlar* 1999-..., sayfa., 19. fıkraya bakınız). Mevcut davada şikayetlerin birincisinin Komisyon tarafından kabul edilmediği ve ikincisinin Komisyona sunulmaması sebebiyle Mahkemenin 6. madde, 1. fıkraya ilişkin şikayetleri ele alamayacağı belirtilmiştir (yukarıdaki paragraf 27'e bakınız). Bu nedenle mahkeme incelemesi ayrı ayrı ele alınan madde 9 ve 10 ile madde 10 ile birlikte ele alınan madde 14 altındaki şikayetler ile sınırlandırılacaktır.

##### II. SÖZLEŞME'NİN 9. VE 10. MADDELERİNİN İHLALİ İDDİASI

30. Bay Arslan başvurusunda Terörle Mücadele Kanunu'nun (3713 sayılı kanun) 8. bölümü uyarınca mahkumiyetinin Sözleşme'nin 9 ve 10. maddelerini ihlal ettiğini bildirmiştir. Ancak, Mahkeme huzurunda yapılan duruşmada, bu şikayetin

“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, sağliğin 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.”

şeklindeki madde 10 açısından ele alınmasına yönelik Hükümet ve Komisyon önerisine itirazda bulunmamıştır (diğer yetkililerin yanı sıra, 9 Haziran 1998 tarihli İncal / Türkiye davası kararı, *Raporlar 1998-...*, sayfa..., 60. fıkra).

#### **A. Hükümetin Ön İtirazları**

31. Komisyon nezdinde ileri sürülen şekilde Hükümet, başvuranın kendi ifade özgürlüğü hakkının ihlaline ilişkin bir şikayette bulunmadığı ve bu yüzden Sözleşme'nin 35. maddesi, 1. fıkrası uyarınca iç hukuk yollarının tüketilmediği yönünde görüş belirtmiştir.

32. Bay Arslan başvurusunun kabul edilebilirliğe dair Sözleşme gereklerine uygun olduğunu ileri sürmüştür.

33. Mahkeme, Sözleşme'nin 35. maddesinin 1. fıkrasının amacının ilgili itirazlar Mahkemeye sunulmadan önce kendilerine karşı yapıldığı ileri sürülen ihlalleri engelleme ya da düzenleme olduğunu yinelemiştir. Bu hüküm “belli derecede esneklik ile ve aşırı resmiyet olmadan” uygulanmalıdır; başvuranın müteakiben Strazburg'da yapma niyetinde olduğu şikayetleri ulusal yetkililer nezdinde “asgari olarak özü itibarıyla ve iç hukukta öngörülen resmi gerekler ve zaman sürelerine uygun olarak” yapması yeterli olacaktır (diğer yetkililerin yanı sıra Fressoz ve Roire / Fransa davası 21 Ocak 1999 tarihli kararı, *Raporlar, 1999-...*, sayfa ..., 37. fıkra'ya bakınız).

Mevcut davada Mahkeme Bay Arslan'ın Yargıtay huzurunda diğer sunumlarının yanı sıra mahkumiyetinin ciddi derecede ifade özgürlüğünü tehdit ettiğini ileri sürdüğünü belirtmiştir (yukarıdaki paragraf 20'ye bakınız). Komisyon gibi, Mahkeme mevcut duruma dayanarak, başvuranın asgari olarak özü itibarıyla madde 10 altında yaptığı şikayeti Türk yüce mahkemesine sunduğu görüşüne varmıştır.

#### **B. Şikayete ilişkin esaslar**

34. Mahkeme huzurunda bulunanlar, “Yas tutan tarih, 33 kurşun” adlı kitabın ikinci baskısını takiben başvuranın mahkumiyetinin ifade özgürlüğü hakkının kullanılmasına müdahale teşkil ettiği konusunda mutabakata varmışlardır. Bu tür bir müdahale madde 10'un ikinci fıkrasının 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.

##### **1. “Kanunlar tarafından öngörülme”**

35. Ne başvuran, ne de Hükümet 3713 sayılı Kanun'un 8. bölümünün Sözleşme kapsamında “kanun” olarak ele alınıp alınmayacağı hususuna ilişkin görüş beyanında bulunmamışlardır.

36. Mahkeme huzurunda yapılan duruşmada, Komisyon Delegesi bu hükmün metninin belirsiz olduğu ve “kanun” terimin doğasında bulunan açıklık ve öngörülebilirlik gereklerinin yerine getirilip getirilmediği konusunun sorgulanabileceği konusunda görüş bildirmiştir. Ancak, Komisyon'un 8. bölümün başvuranın mahkumiyeti açısından yeterli meşru tabanı temin ettiği görüşünü ele aldığını belirterek delege müdahalenin “kanun tarafından öngörüldüğü” yönünde görüş bildirmiştir.

37. Mahkeme Delege'nin 3713 no'lu Kanun'un 8. bölümünün metninin belirsizliğine ilişkin görüşünü dikkate almaktadır. Ancak, Komisyon gibi Mahkeme de başvuranın mahkumiyetinin Terörle

Mücadele Kanunu'nun 8. bölümüne dayalı olmasından dolayı (3713 sayılı kanun) sonuç olarak ifade özgürlüğü hakkına müdahalenin özellikle başvuran bu hususun doğruluğunu kabul etmediğinden "kanun tarafından öngörülen" olarak kabul edilebileceğini belirtmiştir (yukarıdaki paragraf 35' e bakınız).

## 2. Meşru amaç

38. Başvuran bu konuda görüş beyanında bulunmamıştır.

39. Hükümet söz konusu müdahalenin amacının sadece Komisyon'nun belirttiği gibi "devlet güvenliğini" korumak ve "kamu düzenini" sağlamak değil, aynı zamanda "devlet bütünlüğünü" ve ulusal birliği korumak olduğu yönünde görüş bildirmiştir.

40. Mahkeme, güney-doğu 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, 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 güney-doğu Türkiye'deki durum için geçerlidir.

## 3. "Bir Demokratik Toplum için Zaruriyet"

(a) Mahkeme huzurunda bulunanların iddiaları

### (i) Başvuran

41. Başvuran kitabının güney-doğuyu Türkiye'den ayıran çatışma başlamadan ve PKK kurulmadan önce meydana gelen olayları ilişkilendirdiğini belirtmiştir. Kitabının yayınlanması ile belirtilen çatışma ya da örgüt arasında herhangi bir bağlantının yapılamayacağını vurgulamıştır. Yazıları Cumhuriyet aleyhine "şiddetli bölücülük" ya da ayrımcılık propagandası yapmamıştır ve nefret içeren ya da hükümete karşı halkı isyana teşvik eden herhangi bir fikir içermemektedir. Her durumda, kitap yazmak bir terör eylemi ile eşdeğer tutulamaz.

### (ii) Hükümet

42. Hükümet İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin belirttiği şekilde başvuranın kitabında Türk Devletini saldırgan ülke olarak tanımladığını, Kürt asıllı okuyucuları silahlanmaya teşvik ettiğini ve hedefi Türkiye'nin ülke bütünlüğüne zarar vermeyi amaçlayan bir terör örgütünü alenen savunduğunu belirtmiştir. Bu iddiayı desteklemek için, -Başvuranın aksine Musa Anter tarafından yazıldığı hükümet tarafından iddia edilen- önsözden ve kitap metninden alıntılarını mahkemeye sunmuştur. Türk Devletinin burada terörist olarak tanımlandığını ve Nazi Almanyası ile karşılaştırıldığını ve Silopi'de PKK tarafından düzenlenen protestonun tüm Kürt nüfusunun isyanı olarak sunulduğunu özellikle vurgulamışlardır.

Madde 10 toprak bütünlüğünün terörizm tehdidi altında bulunduğu durumlarda Sözleşme Devletlerine geniş bir takdir marjını 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 ayrımcı propagandaları yasaklama görevine sahiptir.

Son olarak, Körfez Savaşı ile Irak sınırında meydana gelen asayişsizlikten yararlanarak PKK'nın güney-doğu Türkiye'deki operasyonlarını arttırdığı zamanda bu kitap yayınlandığından, Hükümet madde 10 tarafından korunan hakların uygulanmasına eşlik eden "görev ve sorumlulukları" vurgulamış ve sonuç olarak da başvuranın mahkumiyetinin hiçbir şekilde hedeflenen amaçlar açısından orantısız olmadığı yönünde görüş bildirmiştir.

### (iii) Komisyon

43. Komisyon da benzer şekilde hassas siyasi konularda alenen fikir bildiren insanlar tarafından "yasadışı siyasi şiddetin" mazur gösterilmemesini önemli kılan 10. maddenin "görev ve sorumlulukları"na katılmaktadır. İfade özgürlüğü örneğinin durumun 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 kitabında Devlet'in Kürt kökenli nüfusa karşı baskı uyguladığını ve soykırım, sürgün ve organize katliamlar yoluyla kimliğini yok etmeye çalıştığını ve sonuç olarak da Kürtler açısından buna karşı koymanın zorunlu olduğunu ileri sürdüğünü belirtmiştir. Bununla birlikte, eleştirilen metinlerin hiçbirinde Komisyon şiddete karşı herhangi bir teşvik tespit edememiş ve kitabın özellikle güney-doğu Türkiye'deki mevcut durumun tarihi geçmişinin tanımlanmasını içerdiği yönünde görüş bildirmiştir. Bu sebeple başvuranın mahkumiyeti madde 10 gereklerine uymayan bir sansür şekli teşkil etmiştir.

### (b) Mahkeme'nin değerlendirmesi

44. Mahkeme, örneğin Zana / Türkiye kararı (yukarıda belirtilmiştir, s. 2547-48, 51. madde) ve Fressoz ve Roire / Fransa kararında (yukarıda belirtilmiştir, s. ..., 45. madde) olduğu üzere, 10. madde 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. maddenin 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. maddenin 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 bağdaşıp bağdaşmadığı konusunda nihai kararı verme yetkisine haizdir.

(iii) Denetim salahiyetinin 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.

45. Kitap edebi tarihi bir öykü biçimindedir. Birçok insanın öldüğü dönemde Mardin bölgesindeki Silopi’de güney-doğu Türkiye’de meydana gelen olayları ilişkilendirmektedir. Cumhuriyet Savcısı ve İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından başvuru bölümlerde, Türkler diğer halkların topraklarını işgal ederek, Türkiye’yi kuran işgalciler ve zalimler olarak tanımlanmaktadır. Bu halkların arasında sadece Kürt halkının Türk boyunduruğundan çıkıp özgürlüklerini elde edemedikleri iddia edilmektedir. Silopi’deki olaylar ile ilgili olarak, yazar bu olayları PKK aleyhine eylemlerinin başarısızlığının sebep olduğu mağlubiyet duygusu ile teşvik edilen yetkililerin köylüleri katletmesi olarak sunmaktadır. Buna bağlantılı olarak, Devletin Silopi’de “kesin çözüm” olan - soykırım uygulamasını başlatmayı amaçladığını iddia etmektedir. Yazar aynı zamanda Silopi’deki Kürt halkının “direnişinin” “Türk şovenizminin şiddetinin büyük kalesini parçalayacakları günün mutlu haberini” ilan ettiğini ileri sürmektedir (yukarıdaki paragraflar 10 ve 17’e bakınız).

Bu durumun tarihi gerçeklerin “tarafsız” tanımına uymadığı ve kitabında başvuranın ülkenin güney-doğusundaki Türk yetkililerin eylemlerini eleştirmeyi ve ilgili nüfusu bu duruma karşı koymaya teşvik etmeyi amaçladığı açıkça görülmektedir. Ayrıca, kullanılan tarzın inkar edilemez şiddeti, bu eleştiriyi belli miktarda şiddet eklemeştir.

46. Ayrıca, Mahkeme Sözleşme’nin 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 (9 Haziran 1998 tarihli İncal / 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.

47. Mahkeme özellikle terörle mücadele ile ilgili olan sorunlar olmak üzere, kendisine sunulan davaların geçmişini dikkate alacaktır (yukarıda belirtilen İncal kararı, s. 1568, 58. madde). 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 40’a bakınız). Bununla bağlantılı olarak, kitabın ikinci baskısının Irak’taki baskıdan kaçan çok sayıda Kürt kökenli insanın Türk sınırına akın ettiği bir dönemde Körfez Savaşından kısa bir süre sonra yayınlandığı dikkate alınmalıdır.

48. Ancak Mahkeme, başvuranın birey olduğunu ve görüşlerini “devlet güvenliği”, kamu “düzeni” ve “toprak bütünlüğü” üzerindeki potansiyel etkilerini önemli ölçüde sınırlayacak şekilde kitle iletişim yolu yerine edebi bir eser yoluyla açıkladığını göz önünde bulundurmaktadır. Ek olarak Mahkeme, kitaptaki belirli kırılcı bölümlerin Türk asıllı nüfusun son derece olumsuz bir tablosunu çizmesine ve yazara düşmanane bir ton vermesine rağmen, şiddet, silahlı direniş ya da isyana teşvik teşkil etmediklerini belirtmiştir; Mahkeme’nin kanaatine göre bu durum dikkate alınması zorunlu olan bir etkendir.

49. Ayrıca Mahkeme başvurana verilen cezanın ağırlığı -özellikle bir yıl altı ay hapis cezasına çarptırılması- ve Cumhuriyet Savcısının başvuranın mahkumiyetini güvence altına alma konusundaki ısrarı karşısında şaşırmıştır. Mahkeme, kitabın ilk yayınlışında Ceza Kanunu'nun eski 142. maddesine dayalı olarak, Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından başvuranın halihazırda mahkum edildiğini (29 Mart 1991 tarihli karar, yukarıdaki paragraf 12'ye bakınız) belirtmiştir. Bu hükmün yürürlükten kalkmasından dolayı, bu mahkumiyetin aynı mahkeme tarafından verilen 3 Mayıs 1991 tarihli karar ile geçersiz ve hükümsüz kılınmıştır (yukarıdaki paragraf 13'e bakınız). Neredeyse kitabın ikinci baskısından hemen sonra (21 Temmuz 1991) bu kez 3713 sayılı kanunun 8. bölümüne dayalı olarak başvuran aleyhine yeni takibatlar başlatılmıştır (yukarıdaki paragraflar 14-21'e bakınız).

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

50. Sonuç olarak, Bay Arslan'ın mahkumiyeti hedeflenen amaçlar açısından orantısız olup "demokratik bir toplumda gereklilik" değildir. Bu sebepten dolayı Sözleşme'nin 10. maddesi ihlal edilmiştir.

### **III. SÖZLEŞME'NİN 10. MADDESİ İLE BİRLİKTE ELE ALINAN 14. MADDESİ İHLALİ İDDİASI**

51. Başvuran, sadece Kürt kökenli bir kişinin eseri olduğu ve Kürt sorunu ile ilgili olduğu için yazılarından dolayı kendisi aleyhine dava açıldığını ileri sürmüştür. Buna dayalı olarak madde 10 ile birlikte ele alınan Sözleşme'nin 14. maddesine aykırı olarak ayrımcılık mağduru olduğunu belirtmiştir. Madde 14 aşağıdaki şekildedir:

"Bu Sözleşmede 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."

52. Hükümet Bay Arslan'ın mahkumiyetinin sadece ilgili yazılarının bölücü içeriği ve şiddet içeren tonuna dayalı olduğunu belirtmiştir.

53. Komisyon madde 10 ile birlikte ele alınan 14. madde altında hiçbir bölücü unsurun olmadığı yönünde görüş bildirmiştir.

54. Ayrı olarak ele alınan 10. maddenin ihlali olduğu sonucu ile ilgili olarak (yukarıdaki paragraf 50'e bakınız), Mahkeme madde 14 altındaki şikayeti incelemeyi gerekli görmemektedir.

### **IV. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI**

55. Başvuran aşağıdaki şekildeki Sözleşme'nin 41. maddesi altında adil tazminat talebinde bulunmuştur:

"Mahkeme işbu Sözleşme ve protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder."

### A. Maddi zarar

56. Başvuran mahkumiyeti neticesinde kazanç kayıplarından kaynaklanan maddi zarar için 400,000 Fransız frankı (FRF) tutarında tazminat talebinde bulunmuştur. Bununla bağlantılı olarak, çok sayıda basın ajansı ve bir Alman televizyonunda gazeteci olarak çalıştığını ve anılan televizyon tarafından 1991 yılında 32,000 Alman markı (DEM), 1992 yılında 37,000 DEM ve 1993 yılının ilk altı ayı için 24,000 DEM tutarında ücretin ödendiğini belirtmiştir.

57. Hükümet, Sözleşme'nin sözde ihlali ile şikayet edilen maddi zarar arasında herhangi bir ilişkinin bulunmadığını belirtmiştir. Her durumda, Bay Arslan belirttiği gelirlere ilişkin herhangi bir kanıt sunmamıştır.

58. Mahkeme, kendisi tarafından tespit edilen 10. maddenin ihlali ile başvuran tarafından ileri sürülen kazanç kaybı arasındaki ilişki ile ilgili yeterli kanıt olmadığı kanaatindedir. Ayrıca, maddi zarar açısından başvuranın iddiasının desteklenmesi için herhangi bir belge sunulmamıştır. Bu sebepten dolayı Mahkeme bu talebi reddetmiştir.

### B. Manevi Zarar

59. Bay Arslan manevi zarar için 100,000 FRF tutarında tazminat talebinde bulunmuştur.

60. Hükümet ihlalin tespit edilmesinin, kendiliğinden yeterli tazmin teşkil edeceğinin Mahkeme tarafından onaylanmasını istemiştir.

61. Mahkeme, davanın sonuçları nedeniyle başvuranın sıkıntı çekmiş olabileceği kanaatindedir. Adil bazda bir değerlendirme yaparak, Mahkeme başvurana tazminat olarak bu bağlamda 30,000 FRF ödenmesine karar vermiştir.

### C. Masraflar ve Giderler

62. Başvuran çeviriler, faksler, kırtasiye ve Türk mahkemelerindeki takibatlar esnasında gerçekleştirilen işler için 40,000 FRF ve avukatlık ücreti olarak 65,000 FRF (130 saatlik mesai için saat başına 500 FRF ) olmak üzere, masraf ve giderleri için 105,000 FRF talebinde bulunmuştur. İddialarını desteklemek amacıyla çeşitli evraklar sunmuş ve talep ettiği tutarları hesaplarken enflasyonu dikkate aldığını belirtmiştir.

63. Hükümet bu tutarların abartılı olduğunu belirtmiştir. Özellikle başvuranın tarafından sunulan evrak delillerinin iddialarını tam olarak yansıtmadığını ve talep edilen ücretlerin benzer durumlara Türkiye'de normal olarak uygulanan oranları aştığını belirtmiştir.

64. Mahkeme, başvuranın avukatının benzer durumlara dayalı olarak Sözleşme'nin 6 ve 10. maddeleri atında gerçekleştirilen şikayetlere ilişkin Mahkeme huzurundaki diğer davaların hazırlanmasında yer aldığını belirtmiştir. Adil bazda ve içtihatlarda belirtilen ölçüte uygun olarak (diğer makamların yanı sıra, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Nikolova / Bulgaristan Davası, 25 Mart 1999 tarihli kararı, *Raporlar*, 1999-..., sayfa., 79. fıkraya bakınız), Mahkeme toplam olarak 15,000 FRF'lik meblağın başvurana ödenmesine karar vermiştir.

### D. Temerrüt Faizi

65. Mahkeme, mevcut kararın uygulanma tarihinde Fransa'da geçerli olan yasal faiz oranının, yani yıllık %3.47'nin uygulanmasını uygun görmüştür.

YUKARIDA BELİRTİLEN GEREKÇELERE DAYANARAK MAHKEME

1. Hükümet'in ön itirazının oybirliği ile *reddine*,
2. Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğinin oy birliği ile *kabulüne*,
3. Birbirleri ile birlikte ele alınan Sözleşme'nin 10 ve 14. maddeleri altında meydana gelen herhangi ayrı bir hususun bulunmadığının oy birliği ile *kabulüne*,
4. (a) Üç ay içinde, ödeme tarihinde geçerli olan kur üzerinden Türk lirasına çevrilecek olan ve aşağıda belirtilen tutarların dayalı Devlet tarafından başvurana ödenmesinin:

(i) Manevi zarar için 30,000 (otuz bin) Fransız frangı;

(ii) Harcama ve masraflar için 15,000 (on beş bin) Fransız frangı;

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

oybirliği ile *kabulüne*;

5. Adil tazmin konusundaki diğer taleplerin oy birliği ile *reddine*;

ilişkin işbu kararı İngilizce ve Fransızca dillerinde olmak üzere, 8 Temmuz 1999 tarihinde Strazburg'da bulunan İnsan Hakları Binası'ndaki halka açık oturumda düzenlenmiştir.

Paul MAHONEY  
Sekreter Yardımcısı

Luzius WILDHABER  
Başkan

Sözleşme'nin 45. maddesinin 2. fıkrası ve Mahkeme İçtüzüğü'nün 74. maddesinin 2. fıkrası uyarınca aşağıda belirtilenlere ait ayrı mutabık kanaatleri işbu kararın ekinde sunulmuştur;

(a) Bayan Palm, Bayan Tulkens, Bay Fischbach, Bay Casadevall ve Bayan Greve'in müşterek mutabık kanaati;

(b) Bay Bonello'nun mutabık kanaati.

L. W. P.J. M

## HAKİMLER PALM, TULKENS, FISCHBACH, CASADEVALL VE GREVE'İN MÜŞTEREK MUTABİK MÜTAALASI

Hakim Palm'ın Sürek / Türkiye (no. 1) davasındaki muhalif kanaatinde kısmen belirtilmiş olduğu üzere, daha çok bağlam üzerinde bir yaklaşım kullanarak aynı sonuca ulaşmış olmamıza rağmen, mevcut davada 10. maddenin ihlal edildiğine ilişkin Mahkeme kararına katılıyoruz.

Muhatap devlet aleyhinde olan davalarda 10. maddeye ilişkin çoğunluğa ait değerlendirmenin yayınlar 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 Mahkeme'miz tarafından vurgulandığı üzere, bir demokraside "kavgâ" sözleri bile 10. madde kapsamında korunabilecektir.

Mahkeme'nin emsal davasındaki 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?

Şok edici veya saldırı niteliğindeki dil ile -10. maddenin kapsamında korunmuş olan-demokratik bir 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 MUTABİK MÜTAALASI

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: başvuranın 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 dayandırılabilirliğini düşünmekteyim. Güç kullanmaya çağrı entelektüelleştirilip soyutlanarak, asıl ya da 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"<sup>39</sup>.

<sup>39</sup> *Abrahams / Birleşik Devletler* davası Hakimi Oliver Wendell Holmes, 250 U.S. 616 (1919) 630.

İfade özgürlüğünün teminat altına alınması, bir devletin güç kullanma taraftarlığını, bu tür taraftarlığın gelecekteki kanunsuzluğu teşkil etme ya da teşvik etmeye yönelik olduğu ya da bu tür bir eylemi teşvik etme ya da meydana getirme eğiliminde olduğu durumlar hariç olmak üzere, yasaklamasına ya da men etmesine izin vermemektedir<sup>40</sup>. Bu bir yakınlık ve derece sorunudur<sup>41</sup>.

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 ya da 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<sup>42</sup>.

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”<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> *Brandenburg / Ohio*, 395 U.S. 444 (1969) 447.

<sup>41</sup> *Schenck / Birleşik Devletler* 294 U.S. 47 (1919) 52.

<sup>42</sup> *Whitney / California* 274 U.S. 357 (1927) 376.

<sup>43</sup> *Whitney / California* davası hakimi Louis D. Brandeis, 274 U.S. 357 (1927) 377.

## Ondördüncü Bölüm

Erdoğan ve İnce / Türkiye Kararı

**(25067/94 ve 25068/94)  
Strazburg-8 Temmuz 1999**

### USULİ İŞLEMLER

1.Dava, Sözleşmenin 32.madde 1. Fıkra ve 47. Maddesinde öngörülen üç aylık süre içinde, 17 Mart 1998 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Komisyonu tarafından Sözleşmenin 19. Maddesi uyarınca Mahkememize sunulmuştur. Türk vatandaşları olan Sn. Ümit ERDOĞDU ve Selami İNCE tarafından 24 Ağustos 1994 tarihinde eski madde 25 kapsamında Türkiye Cumhuriyeti aleyhine Komisyona sunulmuş olan başvurulara (No:25067/94 ve25068/94) dayanmaktadır.

Komisyonun talebi Sözleşmenin eski 44. Ve 48. Maddelerine ve Türkiye tarafından mahkemenin zorunlu yetkisinin tanıdığı bildirgeye (eski 46. Madde) dayanmaktadır. Talebin amacı, dava esaslarının, davalı devlet tarafından Sözleşmenin 7. Maddesi ve 10. Maddesi kapsamındaki yükümlülüklerin ihlalini ortaya koyup koymadığına ilişkin bir kararın verilmesidir.

2.Mahkemenin eski A İçtüzüğü'nün 33. Maddesinin 3. Fıkrasının (d) bendi uyarınca yapılmış olan soruşturmaya cevaben başvurular, adli takibata katılmak istediklerini belirtmiş ve kendilerini temsil etmek üzere bir avukat tayin etmişlerdir. (İçtüzük 30. Madde) Ardından o zamanki Mahkeme başkanı Sn. R. Bernhardt tarafından anılan avukata yazılı prosedürde Türkçe kullanma izni verilmiştir (Eski içtüzük 27. Madde 3. Fıkra). Daha sonra ise yeni Mahkeme Başkanı Sn. L. Wildhaber tarafından anılan avukata sözlü prosedürde Türkçe dilini kullanma izni verilmiştir (İçtüzük 36. Madde 5.fıkra).

3.11 nolu Protokolün yürürlüğe girmesinden önce meydana gelebilecek usul hususlarına ilişkin işlemleri yürütmek üzere kurulmuş olan (Sözleşmenin 43. Maddesi ve eski İçtüzük 21. Madde) Dairenin Başkanı Sn. Bernhardt, Sekreter aracılığıyla hareket ederek, Türkiye Cumhuriyeti ("Hükümet") Temsilcisi, başvuruların avukatı ve Komisyon Delegatesinden yazılı prosedürün organizasyonu hakkındaki görüşlerini bildirmelerini istemiştir. Bunun sonucunda gönderilen talebe ilişkin olarak Sekreter, Hükümetin ve başvuruların görüşlerini sırasıyla 24 ve 25 Ağustos 1998 tarihlerinde almıştır. 29 Eylül 1998 tarihinde Hükümet, Sekreteryaya görüşlerini desteklemek amacıyla ek bilgi göndermiştir ve 30 Kasım 1998 tarihinde başvurular adil tazmin taleplerine ilişkin görüşlerini sunmuşlardır. 1 Aralık 1998 tarihinde başvuran, Sn. İnce, adil tazmin talebine ilişkin detayları sunmuştur. 26 Şubat 1999 tarihinde ise Hükümet, her iki başvuranın adil tazmin taleplerine ilişkin görüşlerini sunmuştur.

4. 11 nolu Protokolün 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra ve anılan Protokolün 5. maddesinin 5. Fıkrası uyarınca dava Büyük Daireye sunulmuştur. 22 Ekim 1998 tarihinde Sn. Wildhaber adaletin doğru şekilde tecelli edebilmesi için, mevcut dava ile Türkiye aleyhinde diğer on iki dava olan: Karataş ve Türkiye (Başvuru no:23168/94); Arslan ve Türkiye (no:23462/94); Polat ve Türkiye (no:23500/94); Ceylan ve Türkiye (no:23556/94); Okçuoğlu ve Türkiye (no:24246/94); Gerger ve Türkiye (no:24919/94); Sürek ve Türkiye no:1 (26682/95); Başkaya ve Okçuoğlu-Türkiye (no:23536/94 ve 24408/94); Sürek ve Özdemir-Türkiye (no:23927/94 ve 24277/94); Sürek ve Türkiye no:2 (no:24122/94); Sürek ve Türkiye no:3 (no:24735/94) ve Sürek-Türkiye no:4 (no:24762/94) davalarının birleştirilmesi-ne karar vermiştir.

5. Bu amaca yönelik olarak oluşturulan Büyük Daire, Türkiye adına resen seçilen Sn. R. Türmen'i (Sözleşmenin 27. Maddesinin 2. Fıkrası ve Mahkeme içtüzüğü'nün 24. Maddesinin 4. Fıkrası), Mahkeme Başkanı Sn. Wildhaber, Mahkeme Başkan Yardımcısı Sn. E. Palm ve Bölümlerin Başkan Yardımcıları Sn. J. P. Costra ve Sn. M. Fischbach'ın (Sözleşmenin 27. Maddesinin 3. Fıkrası ve İçtüzüğü'nün 24. Maddesinin 3 ve 5 (a) fıkrası) katılımı ile oluşmuştur. Büyük Dairenin tamamlanması için atanan diğer üyeler: Sn. A. Pastor Ridreujo, Sn. G. Bonello, Sn. J. Casadevall, Sn. H.S. Greve, Sn. J. Makarczyk, Sn. P. Kuris, Sn. F. Tulkiens, Sn. V. Straznicka, Sn. V. Butkevych, Sn. A.B. Baka, Sn. R. Marutse ve Sn. S. Botouchharova (İçtüzüğü'nün 24. Maddesinin 3. Fıkrası ve 100. Maddesinin 4. Fıkrası).

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

Ardından devanın ileri aşamalarına katılmayacak olan Sn. Botoucharova'nın yerine Sn. K. Traja atanmıştır (İçtüzüğün 24. Maddesinin 5. Fıkrasının (b) bendi).

6. Mahkemenin daveti üzerine (İçtüzük 99. Madde) Komisyon, Büyük Daire nezdindeki takibata katılmak üzere üyelerinden biri olan Sn. D. Svaby'yi atamıştır.

7. Başkanın kararına uygun olarak duruşma 1 Mart 199 tarihinde Gerger-Türkiye davası ile birlikte Strazburg İnsan Hakları Mahkemesinde halka açık olarak gerçekleştirilmiştir. Mahkeme duruşma öncesinde bir hazırlık toplantısı yapmış ve duruşmada başvuranların kendilerini halka açık duruşmada temsil etmek üzere Sn. E. Şansal'ı atamasının kabul edilmesine karar vermiştir.

Mahkeme huzurunda bulunurlar:

(a) Hükümet adına

Sn. D. Tezcan, Ajan,

Sn. M. Özmen, Ajan yardımcısı,

Sn. B. Çalışkan,

Sn. G. Akyüz,

Sn. A. Günyaktı,

Sn. F. Polat,

Sn. E. Emüler,

Sn. I. Batmaz Keremoğlu,

Sn. B. Yıldız,

Sn. Y. Özbek, Danışmanlar;

(b) Komisyon adına

Sn. D. Svaby, Delege;

(c) Başvuranlar adına

Sn. E. Şansal, Ankara Barosu, Avukat.

Mahkeme, Sn. Svaby, Sn. Şansal ve Sn. Tezcan'ın beyanlarını dinlemiştir.

#### DAVA ESASLARI

##### I. Dava ile İlgili Olaylar

##### A. Başvuranlar

8.İlgili tarihte birinci başvuran, Sn. Ümit Erdoğan, İstanbul'da yayınlanan aylık De-mokrat Muhalefet dergisinin sorumlu yazı işleri müdürüdür. Derginin Ocak 1992 sayısında ikinci başvuran Sn. Selami İnce'nin bir Türk sosyoloğu olan Dr. İ.B. ile yaptığı bir röportaj yayınlanmıştır.

##### B. Dava Konusu Yayın

9. Söz konusu röportajın önemli bölümlerinin bir tercümesi aşağıdaki şekildedir:

"S: Demirel <Kürt gerçeğini> nasıl ve hangi ölçüde kabul edecektir? Onun <gerçek-lik> anlayışının Devlet politikasını temsil ettiği söylenebilir mi?"

C: Kürdistan'da şimdi bir silahlı direniş olması nedeniyle Hükümet bazı gerçekleri ka-bul etmeye zorlanacaktır. ...Türk kuvvetleri tarafından uygulanan şiddet PKK'nın yükseliş ve ilerlemesini durduramaz...

S: Devlet, Kürdistan'a ilişkin yeni resmi politikasını nasıl şekillendirecektir? Resmi ideolojinin hangi hususları değişecek ve nasıl değiştirilecektir? Bunun Kürt halkının günlük yaşamında nasıl etkileri olacaktır?

C: ...Türkiye'de Hükümet ve Devlet iki ayrı şeydir. Devlet, üyeleri atama ile gelen ku-rumlar ve organlar vasıtasıyla işlev görür. Bu kurum ve organlar Devletin gücünü temsil ederler. Hükümet, yani siyasi güç Devletin gücüne karşı çok hafif bir yük taşımaktadır. Hükümetler bu yüzden Devlet idaresi tarafından sık görevden alınabilmektedir. Resmi ideoloji sadece uzun vadede değişebilir ve bunu değiştirmeye muktedir olan güçler hükümet dışı siyasi ve sosyal kuvvetler ve bunların mücadeleleridir. Örneğin PKK'nın fikir ve eylemlerinin özü resmi ideolojiyi değiştirebilecek, Türkiye'nin siyasi sahnesinin atanan kurumlarının etkisini azaltabilecek ve halk tarafından seçilen parlamentonun etkisini arttırabilecek durumdadır.

Benim gayri resmi düşünceme göre , Kürtlerin ve özellikle PKK'nın etkisi daha da artacaktır. PKK'nın hem Kürt hem de Türk toplumları üzerindeki etkisi genişleyecek ve derinleşecektir. Ve su etki büyüdükçe, <Kürt gerçekliğinin> tanınması yönünde, hükümetler tarafından daha ciddi adımlar atılacaktır. Devletin, bu aşamada Hükümeti engellemeye çalışacağı ve bazı fikir ve politikaları saptırmayı deneyeceği açıktır. Ayrıca, Hükümetin Devletin gücüne karşı koyabildiği ve atanmış olan

kurum ve organları kontrol edebildiği, yani gerçek güce sahip olduğu sürece hayatta kalacağı da ortadadır.

Bu değişiklikler Kürtlerin günlük hayatlarına da yansiyacaktır. İncelemeler ve araştırmalar Kürt dili, tarihi ve halk bilimi gibi alanlarda gelişecektir. Kürt toplumunun özgünlüğü Kürt kitleleri arasında daha da vurgulanacaktır. Ulusal bilinçlilik ve özgürlük isteği daha da güçlendirilecek ve yayılacaktır. Bağımsızlık fikri ve hissi gelişecektir.

S: Şimdiye kadar <Ben bir Kürdüm ve şimdiki ve gelecekteki yaşamım için politika ile ilgileniyorum> diyen insanların Kürdistan ve Türkiye’de <kendi çıkarları için politikaya atılmaya başladığı> gözlenmektedir. Bu durumu ne tür gelişmeler ortaya koymuştur? Hukuk alanında Kürtlerin bir siyasi konuya ihtiyacı var mıdır? Eğer varsa, bu nasıl bir şekil almalıdır?

Şüphesiz ki, bu gelişmelerin en önemli nedeni PKK tarafından yaklaşık olarak sekiz yıldır sürdürülmekte olan silahlı mücadele olmuştur. Gerilla savaşı, geleneksel Kürt toplumunda önemli sosyal ve siyasi değişikliklere neden olmuştur. Geleneksel değerler bir kargaşa içindedir. 15 Ağustos 1984 tarihinden bu yana halk arasında Kürt gerilla savaşçıları için yaygın bir destek sağlanmıştır. Ulusal bilinç şimdi Kürt toplumunda gelişmektedir ve bu süreç hızla yayılmaktadır. Ve bu süreç içinde siyasi oluşumun özerklik ve bağımsızlık yönünde Kürt çıkarları için kullanıldığını görmekteyiz. Daha önce başkaları ve başka uluslara hizmet etmek üzere siyaset ile ilgilenen Kürtler şimdi Kürt halkına hizmet etmek için siyasetle ilgilenmektedir. Türk ırkçılığı ve sömürgeciliğine karşı sağlıklı ulusal bilinç gelişmektedir. Tüm bunların, 15 Ağustos tarihindeki Kürt gerilla savaşının başlatılmasından sonra meydana geldiğini söylemek, durumu aşırı basitleştirmek olacaktır. Bu süreç, daha gerilere dayanan köklere sahiptir ve belirleyici olan PKK tarafından başlatılan yeni süreçtir...Kürdistan’da yasadışı olan kimdir? Gerillalar mı yoksa Türk silahlı kuvvetlerinin özel timleri mi?

S: Sağ kanat medyası ve MÇP (Milliyetçi Çalışma Partisi) tarafından teşvik edilen şovenist Türk milliyetçiliği dalgasına karşı koymak için neler yapılmalıdır? Türk ve Kürt halkları arasında bir karşı karşıya gelme olasılığı var mıdır? Bu nasıl engellenebilir?

C: Kürtler ulusu için ölüyorlar. Türkler ne için ölüyor? Onların Kürdistan’da ne işi var?

S: PKK’nın Kürdistan’daki hegemonyasının, artık <çift güçten> bahsedebileceğimiz düzeye geldiği bir süredir tartışılmaktadır. Öcalan, yazılarında Botan-Behdinan bölgesinde <Hükümet-Devlet oluşumundan> bahsetmektedir. PKK’nın Kürdistan’daki ve Türk siyasetindeki, gelecekteki müdahalelerine ilişkin herhangi bir işaret mevcut mudur?

C:Türk Devleti Botan gibi bazı bölgelerde şimdiden askerlerini çekmiş ve polis karakollarını tahliye etmiştir. ...Bu bir Devlet oluşumunun başlangıcı olarak adlandırılabilir...”

C. Yetkililer Tarafından Alınan Önlemler

1. Başvuranlar aleyhindeki suçlamalar

10. 23 Mart 1992 tarihli iddianame ile İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Savcısı, başvuruları yukarıda bahsedilen röportajın yayınlanması ile Devletin bölünmez bütünlüğüne karşı propaganda yapmak ile suçlamıştır. Suçlamalar Terörle Mücadele Yasasının (1991 Yasası) 8. Maddesi uyarınca yapılmıştır.

2. İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi huzurunda yapılan takibatlar

11. Devlet Güvenlik Mahkemesi nezdinde yapılan takibatta başvurular suçlamaları reddetmiştir. Suçlanan röportajın sadece Dr. İ.B’nin ifadelerinin bir sureti olduğunu belirtmişlerdir. Bir röportajın yayınlanmasının bir suç teşkil edemeyeceğini ve Türkiye’deki en yüksek yetkililer tarafından benzer görüşlerin belirtildiğini savunmuşlardır.

3. Başvuranların mahkumiyeti

12. 12 Ağustos 1993 tarihli karar ile İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi başvuruları 1991 Yasasının 8. Maddesi kapsamındaki suçlardan suçlu bulmuştur. Birinci başvuran 8. Maddenin 2. Fıkrası uyarınca 5 yıl hapis cezası ile 41,666,666 TL para cezasına çarptırılmıştır. İkinci başvuran ise 8. Maddenin 1. Fıkrası uyarınca 1 yıl 8 ay hapis cezası ile 41,666,666 TL para cezasına çarptırılmıştır.

13. Mahkeme, muhakemesinde röportaj yapılan şahsın ifadelerinden belirli alıntılarını baz almıştır. Aşağıdaki ifadelerin Devletin bölünmez bütünlüğüne karşı propaganda olduğu sonucuna varmıştır: “...şimdi Kürdistan’da bir silahlı direniş olduğundan Hükümetin bazı gerçekleri kabul etmesi gerekmektedir...”; “...Türk kuvvetleri tarafından uygulanan şiddet PKK’nın yükselişini ve ilerleyişini durduramayacaktır...”; “...PKK’nın görüş ve eylemlerinin temeli ... resmi ideolojiyi değiştirebilir...”; “Kürtlerin, özellikle de PKK’nın etkisi daha da büyüyecektir. PKK’nın hem Kürt hem de Türk toplumundaki etkisi genişleyecek ve derinleşecektir...”; “...ulusal bağımsızlık ve bilinç

isteği daha da güçlenip, genişleyecektir. Bağımsızlık fikri ve hissi gelişecektir...”; “...gelişmelerin en önemli nedeni, yaklaşık olarak sekiz yıldır PKK tarafından sürdürülmekte olan silahlı mücadeledir...”; “...Kürdistan’da yasadışı olan kimdir? Gerillalar mı yoksa Türk silahlı kuvvetlerinin özel timi mi?...”; “Kürtler ulusları için ölüyorlar, Türkler ne için ölüyor? Kürdistan’da ne işleri var?...”; “...Türk Devleti şimdiden Botan gibi bazı bölgelerden askerlerini çekmiş ve polis karakollarını tahliye etmiştir...”; “...bu bir Devlet oluşumunun başlangıcı olarak kabul edilebilir...”

#### 4. Başvuranların mahkumiyeti temyiz etmesi

14. Başvuranlar mahkumiyet kararını temyiz etmişlerdir. 1 Şubat 1994 tarihinde, Yargıtay temyiz başvurusunu reddetmiştir. Devlet Güvenlik Mahkemesinin delil tespiti ve başvuranların savunmalarının reddedilmesine ilişkin gerekçelerini onamıştır. Karar, başvuranlara 21 Şubat 1994 tarihinde tebliğ edilmiştir.

#### 5. Müteakip takibat

15. 27 Ekim 1995 tarih ve 4126 sayılı Kanun ile 1991 tarihli Yasada yapılan değişiklikler sonrasında (bkz. 19 ve 20. Paragraflar), İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi Başvuranların davalarını resen yeniden incelemiştir. 15 Aralık 1995 tarihinde mahkeme birinci başvurunu 5 ay hapis cezası ve 41,666,666 TL para cezasına, ikinci başvurunu ise 1 yıl 1 ay 10 gün hapis cezası ve 111,111,110 TL para cezasına çarptırmıştır. Mahkeme cezaların infazının şartlı olarak tecilini emretmiştir.

16. Başvuranlar bu mahkumiyet kararlarını temyiz etmişlerdir. 7 Nisan 1997 tarihinde Yargıtay tarafından Devlet Güvenlik Mahkemesinin kararı bozulmuştur. Sn. Erdoğan ile ilgili olarak Yargıtay, başvuranın sorumlu müdür sıfatıyla yargılandığına ve bu nedenle kendisine verilen hapis cezasının paraya çevrilmesi gerektiğine ve aksi taktirde kararın kanunlara aykırı olacağına işaret etmiştir. Sn. İnce ile ilgili olarak Yargıtay, başvuranın avukatına Devlet Güvenlik Mahkemesi nezdinde yapılacak olan duruşma tarihin usulüne uygun olarak bildirmediğini tespit etmiştir.

17. 9 Eylül 1997 tarihinde Devlet Güvenlik Mahkemesinde bir duruşma yapılmıştır. 14 Ağustos 1997 tarihinde yürürlüğe giren 4304 sayılı Kanun hükümlerini dikkate alarak Mahkeme, anılan kanunun 1. Maddesi uyarınca Sn. Erdoğan’ya ilişkin nihai hükmün teciline karar vermiştir. Bu karar, 2. Madde (bkz. Aşağıdaki 21. Paragraf) kapsamında belirtilen şartlara tabi tutulmuştur. Mahkeme Sn. İnce’nin mahkumiyetinde ve kendisine verilen cezada değişiklik yapmamış ancak, yargılama sırasındaki iyi halinden dolayı infazını ertelemiştir.

## II. İlgili İç Hukuk

### A. Ceza Kanunu

#### 1. Basın Kanunu (15 Temmuz 1950 ve 5680 sayılı kanun)

#### 18. 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.”

#### 2. Terörle Mücadele Kanunu (12 Nisan 1991 tarih ve 3713 sayılı Kanun)

#### 19. 1991 Tarihli Terörle Mücadele Kanunu’nun ilgili hükümleri şu şekildedir:

#### 8. Madde

(27 Ekim 1995 tarih ve 4126 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki hali)

“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 baş yıla kadar ve elli milyon liradan yüz milyon liraya kadar ağır para cezası hükmolünür.

Birinci fıkrada belirtilen propaganda suçunun 5680 sayılı Basın Kanununun 3. Maddesinde belirtilen mevkuteler vasıtasıyla işlenmesi halinde, ayrıca sahiplerine de mevkute bir aydan az süreli ise, bir öncemi 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 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 hükmolünür.”

#### 8. Madde

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

“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.

Birinci fıkrada belirtilen propaganda suçunun 5680 sayılı Basın Kanununun 3. Maddesinde belirtilen mevkuteler vasıtası ile işlenmesi halinde, ayrıca sahiplerine de mevkute bir aydan süreli ise, bir önceki ay satış miktarının yüzde doksanı kadar ağır para cezası verilir. Ancak, bu 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.

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...”

13. Madde

(27 Ekim 1995 tarih ve 4126 sayılı kanun ile değiştirilmeden öncemi 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. Madde uyarınca verilen mahkumiyet kararları için uygulanamaz.”

17. Madde

“Bu Kanun kapsamına giren suçlardan mahkum olanlardan, ... şahsi hürriyeti bağlayıcı cezalara mahkum edilmiş olanlar hükümlülük süresinin ¾ ünü çekmiş olup da iyi halli hükümlü niteliğinde buldukları takdirde talepleri olmaksızın şartla salıverilirler.

Bu hükümler hakkında, 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun 19. Maddesinin 1 ve 2. Fıkraları ... hükümleri uygulanmaz.”

3. 3713 sayılı Kanunun 8. Ve 13. Maddelerini değiştiren 27 Ekim 1995 tarih ve 4126 sayılı Kanun

20. 27 Ekim 1995 tarih ve 4126 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra 1991 tarihli Terörle Mücadele Kanununda aşağıdaki değişiklikler yapılmıştır:

2. maddeye ilişkin geçici hükümler; “Mevcut Kanunun yürürlüğe girmesi üzerine, kararı veren mahkeme Terörle Mücadele Kanununun (3713 sayılı Kanunun) 8. maddesi uyarınca mahkum edilmiş olan şahsın davasını yeniden inceleyecek ve .. 3713 sayılı Kanunun 8. Maddesinde yapılan değişikliğe uygun olarak anılan şahsa verilmiş olan hapis cezasını yeniden değerlendirecek ve 13 Temmuz 1965 tarih ve 647 sayılı kanunun 4 ve 6. Maddelerinden faydalanması gerekip gerekmediği konusunda karar verecektir.”

4. 12.7.1997 tarihine kadar Sorumlu Müdür sıfatı ile işlenen suçlara ilişkin dava ve cezaların ertelenmesine dair 14 Ağustos 1997 tarih ve 4304 sayılı kanun

21. Aşağıdaki hükümler Basın Kanunu kapsamındaki suçlar ile ilgilidir:

1. Madde

“12.7.1997 tarihine kadar işlenmiş suçlar nedeniyle 5680 sayılı Basın Kanununun 16. Maddesi veya sair kanunlar hükümlerine göre Sorumlu Müdür sıfatıyla mahkum edilmiş olan kimselerin cezalarının infazı ertelenmiştir.

:Halen cezalarını çekmekte bulunan Sorumlu Müdürler hakkında da birinci fıkra hükümleri uygulanır.

İşlenen suçlardan dolayı Sorumlu Müdür hakkında henüz takibata geçilmemiş veya hazırlık soruşturmasına girilmiş olmakla beraber dava açılmamış veya son soruşturma aşamasına geçilmiş olmakla beraber henüz hüküm kurulmamış veya verilen hüküm kesinleşmemiş ise, davanın açılması veya kesin hükme bağlanması ertelenir. “

2. Madde

“Haklarında 1. Madde hükümleri uygulanmış bulunan Sorumlu Müdürler, ertelenme tarihinden itibaren 3 yıl içinde işlenen kasıtlı bir cürümden dolayı sorumlu müdür sıfatıyla mahkum edildiklerinde ertelenen cezalar aynen çektirilir.

Sorumlu müdürün infazı ertelenen mahkumiyetinden bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar çektiği kısmı, birinci fıkrada belirtilen halde çekilecek cezaya mahsup edilir. Şartla salıverilmeye ilişkin hükümler saklıdır.

Üç yıllık süre, sorumlu müdür sıfatıyla yeniden kasıtlı bir cürümden mahkum edilmeksizin geçirildiğinde, sorumlu müdür hakkındaki 12 Temmuz 1997 öncesine ilişkin mahkumiyet vaki olmamış sayılır veya bu suçtan dolayı kamu davası açılmaz. Açılmış olan davanın ortadan kaldırılmasına karar verilir.”

5. Cezaların İnfazı Hakkında Kanun (13 Temmuz 1965 tarih ve 647 sayılı Kanun)

22. 1965 tarihli Cezaların İnfaz Kanunu aşağıdaki hükümleri içermektedir:

5. Madde

“Para cezası kanunda yazılı haller 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 üç yılı geçemez ...”

19(1). Madde

“...şahsi hürriyeti bağlayıcı cezalara mahkum edilmiş olanlar hükümlülük süresinin yarısını çekmiş olup da ... iyi halli hükümlü niteliğinde buldukları takdirde, talepleri olmasa dahi şahsi şartla salıverilirler...”

6. Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu (1412 sayılı Kanun)

23. Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu aşağıdaki hükümleri içerir:

307. Madde

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

308. Madde

“Aşağıda yazılı hallerde kanuna mutlaka muhalefet edilmiş sayılır.

Mahkemenin kanun dairesinde teşekkül etmemiş olması;

Hakimlik vazifesine iştiraken kanunen memnu olan bir hakimin hükme iştirak etmesi;...”

B. Hükümet Tarafından Sunulan İçtihatlar

24. Hükümet, özellikle dini hususlar (Caza Kanununun 312. Maddesi) olmak üzere, halkı husumet ve düşmanlığa teşvik etmek veya Devletin bölünmez bütünlüğüne karşı propaganda yapmaktan (3713 sayılı Kanunun 8. Maddesi, bkz. yukarıdaki 19. Paragraf) suçlanan şahıslara karşı yapılan suçlamaların geri alınması yönündeki İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi Savcısının bazı kararlarının suretlerini sunmuştur. Suçların yayımlar vasıtasıyla işlendiği davaların çoğunda, Savcının kararına gerekçe olarak gösterilen nedenler, davaların zaman aşımına tabi olduğu, suçun bileşen unsurlarından bazılarının tespit edilememesi veya yetersiz kanıt gibi bulguları içermiştir. Diğer gerçekler ise, söz konusu yayının dağıtılmamış olması, kanun dışı bir amacın olmaması, bir suçun işlenmemişi olması veya sorumluların tanımlanamaması olmuştur.

Ayrıca Hükümet, yukarıda anılan suçlardan yargılanan davalıların suçlu bulunmadıkları davalara ilişkin çeşitli Devlet Güvenlik Mahkemesi kararlarını sunmuştur. Bunlar aşağıda belirtilen kararlardır: 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:1998/56), 21 Nisan (no:1998/87) ve 17 Haziran 1998 (no:1998/133).

25. Özellikle Kürt sorunu ile ilgili yazarlar aleyhindeki davalar ile ilgili olarak, bu davalarda Devlet Güvenlik Mahkemelerinin kararları “propaganda” yapılmamış olduğu, suç unsurlarının birinin bulunmadığı veya kullanılan kelimelerin bilimsel, tarihsel veya tarafsız özelliği gerekçelerine dayalı olmuştur.

KOMİSYON HUZURUNDA YAPILAN TAKİBAT

26. Birinci başvuran Sn. Ümit Erdoğan ve ikinci başvuran Sn. Selami İnce 20 Ağustos 1994 tarihinde Komisyona başvurmuşlardır. Suç konusu röportajın yayınlanmasından kaynaklanan mahkumiyetlerinin kendilerinin düşünce özgürlüğü ve ifade özgürlüğüne haklı sebebe dayanmayan bir

müdahalenin yapıldığı dahası, 1991 tarihli Terörle Mücadele Yasasının ilgili hükmünün izin verilen ile yasaklanan hususlar arasında bir ayırım yapmasına imkan vermeyecek şekilde belirsiz olması sebebiyle işlendiği tarihte ulusal ve uluslararası hukukta suç teşkil etmeyen bir eylem nedeniyle mahkum edilmiş olduklarını iddia ederek sözleşmenin 9, 10 ve 7. Maddeleri kapsamında başvuruda bulunmuşlardır.

27. Komisyon, başvuruların (no:25067/94 ve 25068/94) sırasıyla 2 Eylül ve 14 Ekim 1996 tarihlerinde kabul edilebilirliğini ilan etmiştir. 2 Aralık 1997 tarihinde Komisyon başvuruları birleştirme kararı almıştır. 11 Aralık 1997 tarihli raporunda (eski 31. Madde ) Komisyon, Sözleşmenin 10. Maddesinin ihlal edildiği (31'e karşı 1 oy ile) ve Sözleşmenin 7. Maddesinin ihlal edilmediği (oybirliği ile) yönünde görüş belirtmiştir. Komisyonun mütalaasının tam metni ve rapor içindeki ayrı mütalaa bu kararın ekleri olarak sunulmuştur.

#### MAHKEMEYE YAPILAN SON SUNUMLAR

28. Dilekçelerinde başvurular Mahkemenin muhatap Devleti Sözleşmenin 7 ve 10. Maddeleri kapsamındaki yükümlülüklerini ihlal etmekten suçlu bulunması ve Sözleşmenin 41. Maddesi uyarınca kendilerine adil bir tazminatın karara bağlanmasını talep etmişlerdir.

Hükümet, başvuruların şikayetlerinin altı aylık kurala uygun olmadığı gerekçesi ile reddedilmesini talep etmiştir. Alternatif olarak ise Mahkemeden başvurular tarafından iddia edilen maddelerin ihlal edilmediği yönünde bir karar verilmesini talep etmiştir.

#### HUKUK AÇISINDAN

##### I. Hükümetin Ön İtirazları

29. Hükümet, Sözleşmenin altı ay kuralına uyulmadığı gerekçesi ile, Sözleşmenin önceki 26. Maddesi uyarınca başvuruların Komisyon tarafından reddedilmesi gerektiği yönündeki talebini yinelemiştir. Başvuruların davalarının Yargıtay tarafından 1 Şubat 1994 tarihinde incelenmiş olduğunu, kararın 9 Şubat tarihinde açıklandığını ve kendilerine 21 Şubat 1994 tarihinde tebliğ edildiğini, ancak başvuruların Komisyon tarafından bu tarihlerden altı ayı aşkın bir süre sonrasında, 24 Ağustos 1994 tarihinde kabul edildiğini belirtmiştir.

30. Mahkeme, Yargıtay'ın kararının 21 Şubat 1994 tarihinde başvurulara tebliğ edildiğini ve başvuruların, başvuruya ilişkin tüm ilgili ayrıntıları içeren ilk yazışmanın 20 Ağustos 1994 tarihli bir yazı ile alındığını kabul etmektedir.

Komisyonun görüşü doğrultusunda Mahkeme de, başvuruların ilk yazısının, yazıda belirtilen tarihten dört gün sonrasında Komisyon tarafından alınmasının, mektubun tarihinin geçmişe dönük atılmış olduğu anlamına gelmediği görüşündedir. Bu nedenle Hükümetin ön itirazı Mahkeme tarafından reddedilmektedir.

##### II. Dava Kapsamı

31. Mahkeme başvuruların, duruşmada kendilerini yargılayıp, mahkum eden İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesinin bağımsız ve tarafsız bir mahkeme olarak kabul edilemeyeceğini ve bunun da Sözleşmenin 6. Maddesinin 1. Fıkrasının neden olduğunu savduklarını dikkate almaktadır. Ancak, bu şikayet Komisyon huzurunda dile getirilmemiş olduğundan, Mahkeme nezdindeki dava kapsamında kabul edilmeyecektir. Bu nedenle Mahkeme, incelemelerini, başvuruların Sözleşmenin 7 ve 10. Maddeleri kapsamındaki şikayetleri ile sınırlandıracaktır.

##### III. Sözleşmenin 9. ve 10. Maddelerinin İhlali İddiası

32. Başvurular, sırasıyla Sözleşmenin 9. Ve 10. Maddeleri ile güvence altına alınmış olan düşünce ve ifade özgürlüklerine haklı sebep olmaksızın merciler tarafından müdahale edildiğini iddia etmişlerdir.

Mahkeme de, Komisyonun görüşüne paralel olarak, başvuruların şikayetine ilişkin olayların, aşağıdaki hükümleri öngören 10 madde kapsamında incelenmesi kanaatine varmıştır:

“1. Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğünü, kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir alma veya verme özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin televizyon ve sinema işletmelerini bir izne tabi 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 ve 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.”

33. Hükümet, başvuranların ifade özgürlüklerine yapılan müdahalenin 10. Maddenin 2. Paragrafı hükümleri uyarınca haklı sebebe dayandırıldığını savunmuştur. Diğer yandan, Komisyon başvuranların iddialarını kabul etmiştir.

A. Müdahalenin Mevcudiyeti

34. Mahkeme başvuruların 1991 tarihli Terörle Mücadele Yasasının 8. Bölümü uyarınca suçlu bulunup hüküm giymeleri nedeniyle, başvuranların ifade özgürlüğüne hakkına bir müdahalenin yapılmış olduğunun açık ve tartışmasız olduğunu belirtmiştir.

B. Müdahalenin Haklı Sebebe Dayanması

35. Yukarıda anılan müdahaleler, “kanunlar tarafından öngörüldüğü üzere” 10. Maddenin 2. Fıkrasında belirtilen haklı sebeplerden bir veya daha fazlasına dayandığı durumlar ile anılan hedef veya hedeflerin elde edilmesi için demokratik bir toplumda gerekli olan durumların haricinde, 10. Madde ihlallerini oluşturmaktadır. Mahkeme bu ölçütleri sırasıyla inceleyecektir.

1. Kanunlar Tarafından Öngörülme

36. Başvuranlar, bu şarta uygunluğun sağlanıp sağlanmadığı konusunda herhangi bir yorum yapmamıştır. (bkz 57. Paragraf)

37. Hükümet, başvuruların aleyhinde alınan önlemlerin 1991 tarihli yasanın 8. Bölümüne dayalı olduğunu belirtmiştir.

38. Komisyon, ilgili suç tarihinde yürürlükte olan haliyle, 1991 tarihli yasanın 8. Bölümünün, gerektiğinde yasal görüşün alınmasından sonra başvuruların tutumlarının düzenlenmesini sağlayacak şekilde açık hükümlere sahip olduğu ve bu sebeple öngörülme şartının yerine getirilmiş olduğu kanaatine varmıştır. Bu nedenle Komisyon, başvuruların 10. Madde kapsamında belirtilmiş olan haklarına karşı yapılan müdahalenin kanunlar tarafından öngörüldüğü kanaatine varmıştır.

39. Mahkeme de Komisyonun görüşüne paralel olarak, mahkumiyetlerin 1991 tarihli yasanın 8. Bölümü uyarınca olduğunu, bu sebeple ifade özgürlüğüne ilişkin uygulanan müdahalelerin “kanun tarafından öngörülmüş” olduğu kanaatine varmıştır.

2. Meşru Amaç

40. Başvuranlar, 1991 tarihli yasanın 8. Bölümünün amacının Devletin resmi görüşü ile uyuşmayan tüm fikirlerin susturulması olduğunu, bu nedenle, mahkumiyetlerinin herhangi bir amaca yönelik olmadığını, mahkumiyete sebebiyet veren röportajın Kürtlere ilişkin bir sosyalist ve bir araştırma görevlisinin görüşlerini içerdiğini ve herhangi bir şiddeti teşvik etmediğini, herhangi bir bölücü propaganda içermediğini veya herhangi bir yasadışı örgüt için destek ifade etmediğini belirtmiştir.

41. Hükümet, 1991 tarihli yasanın 8. Maddesinde belirtilen bölücü propaganda yasağının, muhatap Devletin toprak bütünlüğü ve ulusal birliğinin yanı sıra, terörizm tehdidi karşısında kamu düzeninin ve ulusal güvenliğin korunmasına yönelik olduğunu savunmuştur.

42. Komisyon kendi adına, başvuruların mahkumiyetinin, yetkililerin terörist faaliyetler ile mücadele ve ulusal güvenlik ve kamu emniyetinin sağlanmasına yönelik çalışmalarının bir parçası olduğunu ve bunun da 10. Maddenin 2. Fıkrası kapsamında meşru olduğu sonucuna varmıştır.

43. Mahkeme, Güneydoğu Türkiye’deki güvenlik durumunun hassasiyetini (bkz. 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, başvuruların 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 İçinde Gerekliklik

(a) Mahkeme huzurunda bulunanların iddiaları

(i) Başvuranlar

44. Başvuranlar yargılanmalarının ve hüküm giymelerinin kendilerinin ifade özgürlüğüne karşı dayanıksız ve orantısız bir müdahale teşkil ettiğini vurgulamıştır. Beyanlarında, Türkiye’deki otoritelerin resmi konumu ile uyuşmayan fikirleri yayınlayan yayın organlarının terörist örgüt lehine

propaganda yapmakla suçlandığını ve ulusal güvenlik ve ülke bütünlüğünün korunması bahanesi iye cezalandırıldığını belirtmişlerdir.

Suçlanan röportajın, hükümet koalisyonunu oluşturan partilerin yöneticilerinden askeri yöneticilere kadar Kürt sorununa ilişkin bir fikirler yelpazesini içeren bir dosyanın bir bölümünü teşkil ettiğini, Kürt durumunun bir analizi şeklinde bir araştırma görevlisi ve sosyologun görüşlerini içerdiğini belirtmişlerdir.

1991 tarihli yasanın 1995 tarihli değişikliğinin de, Türkiye’deki “fikir suçları” kavramını sona erdiremediğini, bunun da başvuranların mahkumiyet ve cezalarının, yeniden incelenmesine rağmen bozulmadığı gerçeği ile sergilendiğini belirtmişlerdir.

(ii) Hükümet

45. Hükümet, söz konusu röportajda kullanılan dilin, Kürtlere bir ulusal meclis kurma çağrısı ile Kürt asıllı vatandaşların duygu, zihin ve iradelerine hitap ettiğini, Kürdistan İşçi Partisi’ni, bu partinin Türkiye Cumhuriyeti ile girdiği silahlı çatışmayı şüphesiz olarak kazanacak bir kurtuluş ordusu olarak tasvir ettiğini belirtmiştir.

Röportaj, Irak sınırında Körfez Savaşı neticesinde meydana gelen karışıklıktan faydalanan PKK’nın hem askeri hem de sivil hedefler olmak üzere, her yere saldırılar düzenlediği ve günlük olarak düzinelerce kişiyi, toplu şekilde öldürdüğü zamanlarda yayınlanmıştır. Bu nedenle, röportajı yapanların fikirleri bölücü şiddete teşvik etmiştir. Röportajda kullanılan ifadeler, Kürt asıllı okuyucuları Türkiye Devleti karşısında silahlı mücadeleye teşvik etmiş ve Kürt asıllı vatandaşlar tarafından yürütülen bölücü şiddet ve “ulusal kurtuluş” hareketlerine manevi destek sağlamıştır. Bunun basit bir analizinden öte, PKK faaliyetlerinin desteklenmesi ve böylece Kürt bağımsızlık mücadelesinin yüceltilmesine yönelik kesin bir teşvik olduğunu belirtmiştir.

PKK tarafından gerçekleştirildiği şekilde, sistematik olarak kadın, çocuk, öğretmen ve erlerin öldürülmesine ilişkin öldürücü terörizm bağlamında, şiddeti ve Türk toplumu içindeki çeşitli kesimler arasında nefreti teşvik eden ve insan hakları ve demokratik ilkeleri ve kurumları tehdit eden hareketleri teşvik edeceğinden, bölücü propagandanın yapılmasını yasaklayan Türk otoritelerinin tüm faaliyetlerinin bir seçenektan öte bir görev olduğunu belirtmiştir.

Bu bağlamda, 1991 tarihli yasanın 8. Bölümü kapsamında başvuranların suçlu bulunarak hüküm giymesi, bu alandaki otoritelerin marjına girdiğini, müdahalelerin Sözleşmenin 10. Maddesinin 2. Fıkrası kapsamında meşru kılındığını belirtmiştir.

(iii) Komisyon

46. Komisyon, 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, başvuranların şiddetin kullanımına ilişkin bağlılıklarını belirten herhangi bir yorumu eklemeye dikkat çekmiştir, Komisyon, başvuranların aleyhinde uygulanan önlemlerin etkisinin, önemli siyasi hususlar konusunda kamuoyu tartışmalarına caydırıcılık teşkil etmeye yönelik olduğu kanaatindedir. Bu sebeple, Komisyon, Sözleşmenin 10 . maddesinin ihlal edilmiş olduğunu tespit etmiştir.

(b) Mahkemenin Değerlendirmesi

47. Mahkeme, örneğin Zana-Türkiye kararı ve 21 Ocak 1999 tarihli Fressoz ve Roire-Fransa kararında olduğu üzere, kararlarının dayandığı temel ilkeleri vurgulamaktadır.

(i) İfade özgürlüğü, demokratik toplumun zorunlu temellerinden birini ve toplumun ilerlemesini ve her bireyin özgüveni için gerekli temel şartlardan birini teşkil etmektedir. 10. maddenin 2. Fıkrası uyarınca bu, kabul gören veya zararsız veya kayıtsızlık içeren bilgiler ve fikirler için değil, aynı zamanda kırıcı, şok edici veya rahatsız edici olanlar için de geçerlidir. Bunlar, bir demokratik toplumun olmazsa olmaz, çokseslilik, tolerans ve hoşgörünün gerekleridir. 10. Maddede belirtilen bu özgürlük, harfiyen uygulanması gereken istisnalara tabidir ve her türlü sınırlamaya ilişkin ihtiyacın da inandırıcı bir şekilde tespit edilmesi gereklidir.

(ii) 10. Maddenin 2. Fıkrasında belirtilen anlamda “zaruri” sıfatı acil bir sosyal ihtiyaç anlamındadır. Akit devletler, anılan ihtiyacın mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi konusunda belli bir takdir hakkına sahiptir. Ancak bağımsız bir mahkeme tarafından verilenler de dahil olmak üzere, tabi olduğu yasama kararları kapsayacak şekilde Avrupa denetimi ile iç içe olmalıdır. Mahkeme bu sebeple, bir sınırlamanın Sözleşmenin 10 . maddesinin güvencesinde olan ifade özgürlüğü ile bağdaşır bağdaşmadığı konusunda son kararı vermeye yetkilidir.

(iii) Denetim yetkisinin 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, usul otoritelerinin 10. Madde kapsamında bulunan ilkelere uygun standartları uyguladığı ve ilgili bulguların kabul edilebilir bir değerlendirmesine dayalı oldukları konusunda olumlu kanaate varmalıdır.

48. Başvuranlar, sırasıyla editör ve gazeteci konumunda oldukları bir dergi vasıtasıyla bölücü propaganda yapmak suçundan cezalandırıldığından, söz konusu müdahaleler ayrıca basın, bir siyasi demokrasinin düzgün şekilde işleminin sağlanmasına ilişkin temel görevi bağlamında da dikkate alınmalıdır. Basın, şiddet tehdidi karşısında milli güvenlik veya ülke bütünlüğünün korunması veya asayişsizlik veya suçun engellenmesi için konmuş olan sınırlamaları aşmaması gerekmesine rağmen, bölücü olanlar da dahil olmak üzere, siyasi hususlarda bilgi verilmesi bir zorunluluktur. Basının, anılan bilgileri ve fikirleri bildirme zorunluluğunun yanı sıra, halkın da bunları almaya hakkı vardır. Basın özgürlüğü, kamuoyuna siyasi liderlerin fikir ve tutumlarının keşfedilmesi ve bunlara ilişkin bir kanaat oluşturulması için en iyi araçlardan birini sağlamaktadır.

49. Mahkeme, suçlanan incelemenin bir Türk sosyolog ile bir mülakatı yayınladığını ve burada sosyologun Türk Devletinin Kürt sorununa ilişkin tutumundaki olası değişiklikleri açıklamış olduğuna işaret etmektedir. Son zamanlardaki Güneydoğudaki gelişmeler ışığında, bölgede Kürt kültürünün yeniden dirileceğini tahmin etmiştir. Sosyolog ayrıca, PKK'nın gerilla savaşının da Kürt toplumundaki dönüşüme nasıl katkıda bulunduğunu belirtmiş ve bazı bölgelerde Türk birliklerinin geri çekilmesi ve polis karakollarının Türk hükümeti tarafından tahliyesi, bir Kürt Devletinin oluşumunun başlangıcı olarak algılanabileceğini belirtmiştir (bkz. yukarıdaki 9. Paragraf).

İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi, 1991 tarihli yasanın 8. Bölümü kapsamında her iki başvurana karşı getirilen suçlamaların kanıtlanmış olduğu kararına varmıştır (bkz. 12 ve 13. Paragraf). Röportajın yapıldığı şahsın ifadelerine dayalı olarak, mahkeme resen anılan kanaatin yayınlanmasını, Devletin bölünmez bütünlüğüne karşı bir propaganda olarak değerlendirmiştir. Mahkeme, Kürdistan'da bir silahlı direnişin olduğu, Türk kuvvetleri tarafından uygulanan şiddetin, resmi ideolojiyi değiştirebilecek nitelikte olan ve Kürt ve Türk toplumundaki etkinin büyümesine neden olabilecek PKK'nın yükselişini ve ilerleyişini durduramadığını, Kürtlerin ulusal bilinçliliği ve bağımsızlık isteğinin gittikçe kuvvetleneceğini ve PKK'nın silahlı mücadelesinin, bir Kürt devletinin oluşumunun başlangıcına yol açan çeşitli bölgelerin Türk hükümeti tarafından tahliye edildiği de dahil olmak üzere belli gelişmelerin önemli bir nedenini teşkil ettiğine ilişkin sosyolog görüşlerine atıfta bulunmuştur (bkz. 13. Paragraf).

50. Yukarıda belirtilen gerekliliğinin değerlendirilmesi açısından, yukarıda tespit edilen ilkeler ışığında (bkz. 47 ve 48. Paragraf), Mahkeme Sözleşmenin 10. Maddesinin 2. Fıkrasında kamu çıkarlarına ilişkin siyasi konuşmalar veya sorunlara ilişkin tartışmaların sınırlanmasına dair çok dar bir kapsam olduğuna işaret etmektedir (bkz. 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, anılan ifadelerle doğru tepkiyi verecek ve aşırıya kaçmayacak önlemlerin benimsenmesi Devlet otoritelerinin yetkisine açıktır (bkz. 9 Haziran 1998 tarihli Incal-Türkiye kararı, 1998-IV raporları, s. 1567, 54. Madde). Son olarak, anılan sözler bir birey veya Devlet otoriteleri, ifade özgürlüğüne ilişkin müdahale gereğinin incelenmesinde daha bir takdir hakkına sahiptir.

51. Mahkeme, röportajda kullanılan kelimeler ve bu kelimelerin yayınlanmış olduğu bağlam üzerinde özellikle duracaktır. Bağlam açısından, kendisine sunulan davaların tarihçelerine, özellikle terörizmin engellenmesine ilişkin sorunları dikkate alacaktır (bkz. yukarıda belirtilen Incal-Türkiye kararı, s. 1568, 58. Madde).

Suç konusu yayının, bir Türk sosyolog ile yapılan bir röportaj olduğunu ve yayınlanmış haliyle görüşlerinin, öncelikli olarak Türk toplumunda yer edinmeye başlayan PKK ideolojisini ve bir Kürt devletinin temellerinin nasıl oluştuğuna ilişkin hususlara ilişkin olduğuna işaret edilmektedir. PKK'nın Kürt bağımsızlık mücadelesindeki rolünü açıkça savunmaksızın, röportajın yapıldığı şahsı, bu durumu temelde sosyolojik açıdan Türk Devletinin tepkileri bazında analiz etmiştir.

52. Komisyon ile paralel olarak Mahkeme, röportajın içeriğinin analitik nitelikte olduğu ve metnin, şiddete yönelik tahrike ilişkin bölümler içermediği görüşündedir. Mahkeme doğal olarak, yaklaşık 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 konusunda otoritelerin endişesinin bilincindedir (bkz. Yukarıdaki Zana kararı, s. 2539, 10. Madde). Ancak, söz konusu davada yerel otoritelerin, 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. Daha önce belirtildiği üzere, röportajlarda belirtilen görüşler şiddete tahrik şeklinde algılanamaz ve şiddeti tahrik edebilecek şekilde yorumlanamaz. Mahkemenin görüşüne göre, ilgili olmasına rağmen İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından başvuranların suçlu bulunarak cezalandırılmasına gerekçe gösterilen nedenlerin başvuranların ifade özgürlüğüne müdahaleyi meşru kılmadığı kanaatindedir (bkz. Yukarıdaki 13. Paragraf).

53. Mahkeme ayrıca, Sn. Erdoğan'nun son cezasının tecil edilmiş olması ve Sn. İnce'nin cezasının infazının askıya alınmış olmasına rağmen (bkz. Yukarıdaki 13. Paragraf), her iki başvuran ağır cezalar ile karşı karşıya kalmıştır. Mahkeme, bu bağlamda müdahalenin orantılı olmasına ilişkin değerlendirmesinde cezaların niteliğini ve ağırlığını dikkate alınması gereken etkenler olarak kabul etmektedir.

54. Mahkeme, medya profesyonellerinin ifade özgürlüğünü hakkının kullanımı ile birlikte gelen görev ve sorumlulukların çatışma ve gerilim durumlarında özel bir öneme sahip olduğunu vurgulamaktadır. Medyanın nefret içeren sözlerin yayınlanması ve şiddetin teşvik edilmesi için bir araç haline gelmesini önlemek üzere, Devlete karşı şiddete başvuran örgütlerin temsilcilerinin görüşlerinin yayınlanmasına ilişkin karar verilirken, özel bir özen göstermelidir. Aynı zamanda, ilgili görüşlerin anılan şekilde sınıflandırılmayacağı durumlarda Akit Devletler, ülke bütünlüğünü veya milli güvenliğin korunması veya suç ve asayişsizliğin önlenmesi gerekçesiyle ceza kanununun yükünü medyaya yükleyerek, halkın bu konulardaki bilgi alma hakkını engelleyemez.

55. Yukarıdaki hususlar dikkate alınarak, mahkeme başvuranların mahkumiyeti ve ceza verilmeksizin amaçlanan hedefler açısından orantısız ve bu bağlamda bir demokratik toplumda gereksiz olduğu kararına varmıştır. Bu duruma özgü şartlarda, Sözleşmenin 10. Maddesine ilişkin bir ihlal söz konusudur.

## VI. Sözleşmenin 7. Maddesinin 1. Fıkrasının İhlali İddiası

56. Başvuranlar mahkumiyetlerinin, ilgili bölümlerinde aşağıdaki hükümleri içeren 7. Maddenin 1. Fıkrasını ihlal ettiğini iddia etmiştir:

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

57. Başvuranlar iddialarında, 1991 tarihli yasa kapsamındaki suçların doğrudan terörizm ile ilgili olması gerektiğini belirtmiştir. Bu bağlamda, sadece propaganda mahiyetindeki fiillerin, terörist faaliyetleri tahrik etmediği sürece yasanın 8. Bölümü uyarınca bir suç teşkil etmeyeceğini belirtmişlerdir. Suç konusu röportajın şiddeti arttırması söz konusu olmadığından, bu kapsamda mahkum edilmelerinin öngörülmediğini bildirmişlerdir. 1991 tarihli yasanın 8. Bölümündeki “Suç propagandası” kavramının, izin verilen ile yasaklanan tutum arasında ayırım yapabilmelere için yeterli derecede açık olmadığını savunmuşlardır.

58. Hükümet ile paralel olarak, Komisyon da 1991 yasanının 8. Maddesinin, ilgili suç tarihinde yürürlükte olduğu üzere, başvuranların gerektiğinde hukuki görüş almalarından sonra tutumlarını düzenlemelerini sağlayabilecek açıklıkta olduğu yönünde görüş bildirmiştir. Bu bağlamda, 7. Maddede güvence altına alınan suç ve cezaların yasal nitelikteki ilkesine ilişkin bir ihlalin söz konusu olmadığı kanaatindedir.

59. Mahkeme. Hukuk söz konusu olduğunda, 7. Maddede anılan terimin Sözleşmenin başka bölümlerinde kullanıldığı şekilde, aynı anlamı taşıdığını vurgulamaktadır (bkz. 22 Kasım 1995 tarihli, S.W. – Birleşik Krallık kararı, A serisi, no:335-B, s.42, 35. Madde). 10. Maddenin 2.fıkrası kapsamında kanunlar tarafından öngörülme şartına ilişkin olarak yukarıdaki 39. Paragrafta varılan kararın ışığında Mahkeme, Sözleşmenin 7. Maddesine ilişkin bir ihlalin söz konusu olmadığı kararına varmıştır.

#### IV. Sözleşmenin 41. Maddesinin Uygulanması

60. Başvuranlar yerel ve Sözleşme mahkeme gider ve masraflarının geri ödenmesinin yanı sıra maddi ve manevi zarara ilişkin tazminat talebinde bulunmuştur. Sözleşmenin 41. Maddesi bu açıdan aşağıdakileri öngörmektedir:

“Mahkeme bu Sözleşme ve protokollerin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci tarafın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa Mahkeme, gerektiğinde hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder.”

##### A. Maddi Zarar

61. Sn. Erdoğan, mahkumiyeti neticesinde araştırmaları ve meslek hayatında meydana gelen gecikmelerin tazmini için 1,425,000,000 TL ve 950,000,000 TL tazminat talebinde bulunmuştur.

62. Sn. Erdoğan'nun son hükmünün tecil edilmesi ve Sn. İnce'nin mahkumiyetinin askıya alınması nedeniyle Hükümet, başvuranlar tarafından talep edilen meblağların fahiş olduğunu savunmuştur (bkz. Yukarıdaki 17. Paragraf).

63. Komisyon Delegesi talep edilen meblağlara ilişkin bir görüş bildirmemiştir.

64. Mahkeme başvuruların herhangi bir para cezası ödemediğine işaret etmektedir. Bu hususa ilişkin diğer talepleri için delil sunmadığından Mahkeme başvuruların maddi zarara ilişkin taleplerini reddetmektedir.

#### B. Manevi Tazminat

65. Başvuruların her biri, özünü belirtmeksizin manevi zarar için 10,000,000,000 TL tazminat talebinde bulunmuştur.

66. Hükümet taleplerin reddedilmesini talep etmiştir. Alternatif olarak Mahkemenin başvurular tarafından iddia edilen maddelerin ihlalinin tespit edilmesinin, kendiliğinden yeterli tazmin teşkil edeceğinin Mahkeme tarafından dikkate alınmasını istemiştir.

67. Komisyon Delegatesi taleplerin bu bölümüne ilişkin olarak da bir görüş bildirmemiştir.

68. Mahkeme, davanın sonuçları nedeniyle başvuruların sıkıntı çekmiş olabileceği kanaatinde. Sözleşmenin 41. Maddesince öngörülen şekilde adil bir değerlendirme yaparak, Mahkeme başvurulara tazminat olarak bu bağlamda 30,000 FRF ödenmesine karar vermiştir.

#### C. Masraflar ve Giderler

69. Başvurular yasal masraf ve giderlerinin tazminini talep etmiştir. Sn. Erdoğan, bunları 500,000,000 TL ve Sn. İnce 1,050,000,000 TL olarak değerlendirmiştir. Sn. Erdoğan, talebini desteklemek üzere, Strazburg mahkemesinde yasal temsili ile ilgili vekalet ücretine ilişkin avukatı ile düzenlediği sözleşmeyi sunmuştur.

70. Hükümet, yerel mahkemelerdeki Türk avukatlarının kazandığı ücretlere kıyasla tutarların abartılı olduğunu ve yeterli şekilde doğrulanmadığını bildirmiştir. Dava basit niteliktedir ve dava süresince kendi dillerini kullanan başvuruların avukatları tarafından fazla bir katılımın gerekli olmadığını belirtmiştir. Sadece, muhatap Devlet içindeki sosyo-ekonomik durum açısından haksız kazanç kaynağı teşkil edecek bir kararın verilmesine karşı olduklarını belirtmişlerdir.

71. Komisyon delegatesi tutarlar konusunda bir görüş bildirmemiştir.

72. Mahkeme Komisyon huzurundaki takibatlar ve Mahkeme nezdindeki yazılı prosedürde başvuruların sırasıyla Sn. O.E. Ataman ve Sn. T. Sarıhan tarafından temsil edildiğine işaret etmektedir. Ancak Mahkeme huzurundaki duruşmaya, benzer durum ve şikayetlere ilişkin başka bir davanın hazırlanması üzerinde çalışmış olan Sn. Tansal (bkz. Yukarıdaki 7. Paragraf) tarafından vekalet edilmiştir.

Mahkeme ayrıca, Sn. İnce'nin yasal yardım yolu ile Avrupa Konseyi'den 7,996 FRF tutarında bir meblağ alınmış olduğunu tespit etmiştir. İçtihatında belirtilen (bkz. diğer otoritelerin yanında, 25 Mart 1999 tarihli Nikolova-Bulgaristan kararı, 1999-raporları, s. ..., 79. Madde), ölçüte uygun olarak ve adil bazda karar verilmesini sağlamak üzere Mahkeme Sn. Erdoğan'ya 10,000 FRF tutarının ödenmesine karar vermiştir.

Sn. İnce tarafından yapılan harcama ve giderlere ilişkin olarak Mahkeme aynı ölçütü uygulayarak başvurana 10,000 FRF ödenmesine ve bu meblağdan yasal yardım yolu ile Avrupa Konseyi'nden halihazırda alınmış olan tutarın mahsup edilmesine karar vermiştir.

#### D. Temerrüt Faizi

73. Mahkeme bu kararın düzenlenmiş olduğu tarihte, eldeki verilere göre tespit edilmiş olan yıllık % 3,47 oranına tekabül eden Fransa'da uygulanan yasal faiz oranının uygulanmasının yerinde olacağına hükmetmiştir.

#### YUKARIDA BELİRTİLEN SEBEPLERDEN ÖTÜRÜ MAHKEME OYBİRLİĞİ İLE...

Hükümet'in davanın kabulüne ilişkin ön itirazının reddine,

Her iki başvurana açısından Sözleşmenin 10. Maddesinin ihlal edildiğinin kabulüne,

Her iki başvurana açısından Sözleşmenin 7. Maddesinin ihlal edilmediğinin kabulüne,

(a) Üç ay içinde, ödeme tarihinde geçerli olan kur üzerinden TL'ye çevrilecek olan, aşağıda belirtilen tutarların davalı Devlet tarafından:

Manevi zarar için başvuruların her birine 30,000 FRF,

Masraf ve giderler için Sn. Erdoğan,7ya 10,000 FRF,

Masraf ve giderler için Sn. İnce'ye 10,000 FRF eksi 7,996 FRF ödenmesinin,

(b) Yukarıda anılan üç aylık sürenin sona erdiği tarih itibariyle, ödemenin yapıldığı tarih arasında anılan meblağlara yıllık % 3,47 oranında faiz uygulanmasının kabulüne,

Adil tazminata ilişkin başvuruların diğer taleplerinin reddine karar vermiştir.

Bu kararı İngilizce ve Fransızca olmak üzere, 8 Temmuz 1999 tarihinde Strazburg'da bulunan İnsan Hakları Binasındaki halka açık oturumda açıklamıştır.

Luzius Wildhaber

Paul Mahoney

Başkan

Başkan Yardımcısı

Sözleşmenin 45. Maddesinin 2. Fıkrası ve Mahkeme İcüzünün 74. Maddesinin 2. Fıkrası uyarınca aşağıda belirtilen müstakil fikirler eklenmiştir:

Sn. Palm, Sn. Tulkens, Sn. Fischbach, Sn. Casdevall ve Sn. Greve'e ait müşterek mutabakat şerhi;

Sn. Bonello'nun mutabakat şerhi.

#### HAKİMLER PALM, TULKENS, FISCHBACH, CASEDEVALL ve GREVE'in MUTABAKAT ŞERHİ

Hakim Palm'ın Sürek-Türkiye (no:1) davasındaki muhalif kanaatinde kısmen belirtmiş olduğu üzere daha çok bağlam üzerinde bir yaklaşım kullanarak aynı sonuca ulaşmış olmamıza rağmen mevcut davada 10 maddenin ihlal edildiğine ilişkin mahkeme kararına katılıyoruz.

Muhatap devlet aleyhinde olan davalarda 10. Maddeye ilişkin çoğunluğa ait değerlendirmenin yayınlar üzerinde kullanılan kelimelerin şekli üzerine çok fazla ağırlık verildiği ve kelimelerin genel olarak kullanıldığı bağlama ve bunların olası etiketlerine 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 kapsamı içinde korunabilecektir.

Mahkemenin emsal davasındaki siyasi konuşmalara sağlanan kapsamlı korumasına yönelik bir yaklaşım, kullanılan kelimelerin kışkırtıcı 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? Söz konusu metnin yazarı, toplum içinde kelimelerinin etkisini arttıracak bir konuma sahip midir? Yayına söz konusu konuşmanın etkisini arttıracak önemli bir gazete veya başka bir ortam aracılığıyla bir önem vermiş midir? Kelimeler şiddetten çok uzak mı yoksa şiddetin eşliğinde mi kullanılmıştır?

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

#### HAKİM BONELLO'nun MUTABAKAT ŞERHİ

Çoğunluk ile birlikte 10. Maddenin ihlal edildiği yönünde oy kullandım, ancak Mahkemenin yerel yetkililerin başvuranların ifade özgürlüğü hakkına yaptıkları müdahalenin demokratik bir toplumda haklı gösterilip gösterilmeyeceğini 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: başvuranlar tarafından yayınlanan yazılar şiddet kullanımını destekliyorsa yada teşvik ediyorsa başvuranların 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 biraz tehlike yaratıyorsa demokratik bir toplumda haklı sebebe dayandırılabilceği kanaatindeyim. Güç kullanımı soyutsa ve zamanla gerçek veya olası şiddetin merkezinden kalkıyorsa ifade özgüllüğü 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.

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

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.

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. Bu şartların karşılanmadığı durumlarda başvuranlara ceza mahkemesi tarafından verilen hükümlerin Mahkeme tarafından onaylanması ifade özgürlüğünün çiğnenmesini desteklemek anlamına gelecektir.

Özet olarak konuşmalardan doğan hiçbir 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.

## Onbeşinci Bölüm Öztürk / Türkiye Kararı

### USULİ İŞLEMLER

1. Dava, Sözleşmenin 19. Maddesi kapsamında düzenlendiği şekliyle, ve Sözleşmenin 32. maddesinin 1. fıkrası ve 47. maddesinde öngörülen üç aylık süre içerisinde, 24 Eylül 1998 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ("Komisyon") tarafından Mahkememize sunulmuştur. Türk vatandaş olan Sn. Ünsal Öztürk tarafından 24 Mayıs 1993 tarihinde eski Madde 25 kapsamında Türkiye Cumhuriyeti aleyhine Komisyona sunulmuş olan başvuruya (no. 22479/93) dayanmaktadır.

Komisyonun talebi, Sözleşmenin eski 44. ve 48.(a) Maddelerine ve Mahkemenin eski A içtüzüğünün 32. maddesinin 2. fıkrasına ilişkindir. Talebin amacı, davaya ilişkin gerçeklerin, dayalı devlet tarafından Sözleşmenin 10. maddesi kapsamındaki yükümlülüklerin ihlâl edilip edilmediğine ilişkin bir kararın verilmesidir.

2. Eski İçtüzük 33. maddesinin 3 (d) fıkrası uyarınca yapılmış olan soruşturmaya cevaben, başvuran adli takibata katılmak istediğini ve kendisini temsil etmek üzere Ankara Barosundan Sn. H. Öndül'ü vekil tayin ettiğini ifade etmiştir (Eski 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 Sn. Bernhardt, Sekreter aracılığıyla hareket ederek, Türkiye Cumhuriyeti ("Hükümet") Temsilcisi, başvuranın avukatı ve Komisyon Delegatesi Sn. Danelius'dan yazılı prosedürün organizasyonu hakkındaki görüşlerini bildirmelerini istemiştir. Bunun sonucunda, 15 Ekim 1993 tarihinde görüşlerin bildirilme sürelerini belirleyen bir talimat verilmiştir.

4. 25 Kasım 1998 tarihinde, yeni Mahkemenin Başkanı Sn. L. Wildhaber, başvurana Mahkemede yazılı prosedürde Türkçe dilini kullanma izni vermiştir (İçtüzük 36. madde 5. fıkra) ve 11 Aralık tarihinde Başkan, adaletin doğru şekilde tecelli edebilmesi için, mevcut davanın, Türkiye aleyhinde açılmış olan diğer on üç dava görülmesi amacıyla oluşturulan Mahkeme Heyetine sunulmasına karar vermiştir (İçtüzük 24., 43. ve 71. maddeler); anılan bu on üç dava şunlardır: Karataş (başvuru no. 23168/94), Arslan (no. 23462/94), Polat (no. 23500/94), Ceylan (no. 23556/94), Okçuoğlu (no. 2414694), Gerger (no. 24919/94), Erdoğan ve İnce (no. 25067/94 ve 25063/94), Sürek No.1 (no. 26682/94), Başkaya ve Okçuoğlu (no. 23536/94 ve 24408/94), Sürek ve Özdemir (No 23927/94 ve 24277/94), Sürek No.2 0(no. 24122/94), Sürek No.3 (no. 24735/94) ve Sürek No.4 (no. 24762/94).

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

5. Bu amaca yönelik olarak oluşturulan Büyük Daire, Türkiye adına re'sen seçilen Sn. R. Türmen'i (Sözleşmenin 27. Maddesinin 2. Fıkrası ve Mahkeme İçtüzüğünün 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 İçtüzüğün 24. Maddesinin 3 ve 5 (a) Fıkrası) katılımı ile oluşmuştur. Mahkeme İçtüzüğü uyarınca atanan diğer Heyet üyeleri Sn. Pastor Ridruejo, Sn. G. Bonello, Sn. J. Makarczyk, Sn. P. Küris, 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'dır (İçtüzük 24. madde 3. ve 5. fıkralar ve 100. madde 4. fıkra).

6. 15 Aralık 1998 tarihinde Sekreter başvuranın görüşünü almıştır.

7. 21 Aralık 1998 tarihinde, Sn. Wildhaber, İçtüzüğün 28. Maddesinin 4. Fıkrası uyarınca Heyet tarafından verilen Oğur - Türkiye kararı ile ilgili olarak davadan çekilen Sn. Türmen'i duruşmaya

katılmaktan muaf tutmuştur. 11 Ocak 1999 tarihinde, Hükümet *ad hoc* hakim olarak Sn. F. Gölcüklü'nün atandığını Sekreteryaya bildirmiştir (29. Maddenin 1. Fıkrası).

Ardından davanın ileri aşamalarına katılmayacak olan Sn. Palm'in yerine birinci yedek hakim Sn. K. Traja atanmıştır (İçtüzüğün 24 ve 28. Maddesinin 5. Fıkrasının (b) bendi ve 28. Maddesi).

8. 8 Şubat 1999 tarihinde, Başkan tarafından uzatılan süre içerisinde, Sekreteryaya Hükümet'in Türkçe olarak düzenlenmiş olan görüşünü, 22 Şubat tarihinde ise hükümet görüşüne ekli olan belgenin düzeltilmiş suretini almıştır. Başvuran ve Hükümet cevaplarını sırasıyla 15 ve 16 Mart tarihlerinde sunmuşlardır. Yukarıda son anılan tarihte Hükümet, raportör hakimin Türk hukuku ve dava gerçeklerine ilişkin sorularına cevaben bilgi sunmuştur. 30 Mart tarihinde, cevaben sunulan görüşlere eklenmek üzere Sekreteryaya ek dokümanlar göndermiştir. 20 Nisan tarihinde, Sekreteryaya Hükümet görüşlerinin İngilizce metnini almıştır.

9. 22 Nisan 1999 tarihinde, Büyük Daire dava dosyasını ve başvuran ile Hükümet'in duruşmadan feragat etmeye hazır olduklarını belirtmiş olduğu gerçeğini de dikkate alarak davanın duruşmasız olarak görülmesine karar vermiştir (İçtüzük 31., 59. madde 2. fıkra ve 71. madde).

10.20 Eylül 1999 tarihinde, davanın ileriki aşamalarına katılmayacak Sn. Makarczyk'in yerine ikinci yedek hakim Sn. L. Caflisch atanmıştır (İçtüzük 24. madde 5. (b) fıkrası ve 28. madde).

## DAVA ESASLARI

### I. Davaya İlişkin Olaylar

11. Başvuran Sn. Öztürk, 1957 doğumludur. Yurt Kitap-Yayın yayınevinin sahiplerinden biridir ve Ankara'da yaşamaktadır.

Ekim 1988 tarihinde, M. N. Behram'ın "Hayatın Tanıklığında-İşkencede Ölümün Güncesi" adlı bir kitabını yayınlamıştır. Kitap, 1973 yılında yasa dışı Maoist bir örgüt olan Türkiye Komünist Partisi — Marksist-Leninist ("TKP-ML")'nin kurucu üyeleri arasında yer alan İbrahim Kaypakkaya'nın hayatını anlatmaktadır.

Fotoğrafların da yer aldığı 111 sayfalık kitap, her biri bir şiirle başlayan 24 bölümden oluşmaktadır Bu şiirler, yazarın kendisi, A. Arif; M. Derviş ve A. Kadir adlı Türk şairleri, Şilili yazar P. Neruda ve İbrahim Kaypakkaya tarafından kaleme alınmıştır.

İlk baskısı piyasaya çıkar çıkmaz tükendiği için kitap Kasım 1988'de tekrar basılmıştır.

12. 21 Ekim 1988 tarihinde, Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi ('Devlet Güvenlik Mahkemesi') savcısı kitabın yazarı Sn. Behram, başvuran ve yayıncı aleyhindeki cezai takibatlara başlamıştır. Ancak, anılan tarihte Türkiye'de bulunmamasını dikkate alarak, Sn. Behram aleyhindeki davayla ayrı olarak ilgilenmiştir.

### A. Sn. Öztürk Aleyhinde Yürütülen Takibatlar

13. 23 Aralık 1988 tarihinde, savcının istemi üzerine, Devlet Güvenlik Mahkemesi hakimi ara kararında kitabın ikinci baskılarının toplatılması emrini vermiştir. Bunun sonucunda, başvuranın sahibi olduğu yayınevindeki 3,133 kitap da dahil olmak üzere, toplam 3,195 kitap toplatılmıştır.

5 Ocak 1989 tarihinde, başvuran hakimden yukarıdaki kararını yeniden değerlendirmesini talep etmiş; bu başvurusu reddedilmiştir.

14. Savcı 14 Şubat 1989 tarihinde başvurunu Ceza Kanununun eski 142. maddesinin 4.ve 6. fıkralarını (bkz. aşağıdaki paragraf 29) ihlâl ederek komünist propaganda yapmak ve aynı kanunun 312. maddesinin 2. ve 3. fıkraları (bkz. aşağıdaki paragraf 30) kapsamında suç teşkil eden, sosyal sınıflar

arasında ayrımcılık temelinde halkı kin ve nefrete tahrik etmekle suçlamıştır.

İ. Kaypakkaya'nın geçmişine atıfta bulunarak, savcı, bu kişinin terörist bir örgüt olan TKP-ML'nin lideri olarak komünist bir rejim kurmak amacıyla Devletin anayasal düzenini yıkmaya düşüncesiyle silahlı saldırılarda bulunduğunu vurgulamıştır.

Savcı iddialarını desteklemek amacıyla ilk olarak kitabın ikinci sayfasında yer alan İ. Kaypakkaya'nın babasıyla ilgili ifadelere dikkat çekmiştir: "Hayatın bu şekilde akıp gitmesi ve ter, güç ve emeğin bu şekilde sömürülmesini kabullenemeyecek bir işçiydi. Gidişattan hiç memnun değildi ve bu kimsesiz dünyanın değişmesini istiyordu". Savcı, mevcut durumla yağmacı rejimi eşit tutan bu cümlenin hiç şüphesiz komünizmi yücelttiğini ileri sürmüştür. Savcı, aşağıdaki şiirleri iddialarını kanıtlamak için delil olarak göstermiştir.

"... Pusular yöneltir beni halkıma,  
gerilla savaşının can alıcı kuvvetine;  
korkunç ve asil bir tutkudur direniş,  
ama hepsi bu değil;  
bir metres gibi ayrıca  
kararsız,  
uysal,  
narin,  
marifetlidir;  
yurtseverliğin ustaları bizler  
içimizde saklı olmasını umarız, ölümsüzlük bayrağı kırmızıdır  
ve rüzgarlarda dalgalanır.

[*(p. 15) A. Arif, haftalık Yeni A dergisinde 1974 Ocak sayısında yayınlanmıştır*]

Savcıya göre, bu şiir İ. Kaypakkaya'nın eylemleri ışığında yorumlanmalıdır. Bu açıdan bakıldığında, şiir, terörist eylemlerin bu eylemleri ifa eden kişilerin halka yaklaşmasını ve halk arasında etkin taraftarlar toplanmasını sağladığını ve komünist rejimi kurmak için sabırla mücadele etmek gerektiğini ima etmektedir. Savcının iddianamesinde tüm bunlar yasa dışı komünist propaganda olarak değerlendirilmiştir.

"Hayatını kaybeden yoldaşlarımıza  
Siz, halkımız için hayatım feda edenler;  
Siz, bu savaşta her şeyini kaybedenler;  
Siz, kalplerimizde gururla dalgalanan  
Bayrak savaşında  
Kırmızı kanlarını akıtanlar;  
Siz, ölümsüz halkımız içki ölenler;  
Siz, halkımızın yüce oğulları,  
Şimdi gurur ve sabırla dinlenin,  
Yoldaşlarımız savaşı sürdürüyor..."

[*(s.27)İ. Kaypakkaya*]

Savcı, bu metnin Devletin anayasal rejimini yıkmayı amaçlamış olan ve bu uğurda hayatını kaybeden teröristlerin hatırasını yücelttiğini ve, özellikle de son cümlede, kin ve nefreti kışkırtmayı amaçladığını ifade etmiştir.

"...Onları uyandıran  
Tek ışık  
Dünyanın ışığıydı!  
İşten döndükten sonra  
Bir masanın etrafında oturdukları  
Evlerine girdim  
Gülüyorlardı ya da ağlıyorlardı  
Ve her biri diğerine benziyordu;  
Yüzlerini ışığa doğru çevirdiler,

Önlerinde uzanan yolu arayarak...”

[(s. 30) P. Neruda]

Savcı, bu şiirin komünist propaganda içerdiğini, çünkü emekçiler için tek ışık kaynağını komünizm olarak kabul ettiğini iddia etmiştir.

“...Ölüm buyruğunu uyguladılar,  
Mavi dağ dumanını  
ve uyur-uyanık seher yelini  
kana buladılar.  
Sonra oracıkta tüfek çattılar  
Koynumuzu usul-usul yoklayıp  
aradılar,  
didik-didik ettiler...”

[(s. 35) A. Arif “Hasretinden prangalar eskittim”, 1968]

Savcı, bu cümlelerin teröristlere karşı koymak zorunda olan güvenlik güçlerini aşağıladığını ve böylece halkı güvenlik kuvvetlerine kin ve nefret duymaları konusunda tahrik ettiğini ileri sürmüştür. Son olarak da, kitabın en son sayfasında yer alan ve İ. Kaypakkaya ve diğer teröristlere gönderme yapan “Onların erdemleri bize rehber, hatıraları ise yolumuzda ışık olsun” ifadelerine dikkat çekmiştir.

Sonuç olarak, savcı, isyancı İ. Kaypakkaya’nın kişiliğinin ve eylemlerinin kitapta hayranlıkla övülmesinin hem Basın Kanunu’nun 16. (4) Maddesi (5680 sayılı Kanun, bkz. aşağıda Madde 32) dahilinde mesul yayıncı olarak Sn. Öztürk’ün mahkum edilmesini, hem de Ceza Kanunu’nun 36. maddesinin 1. fıkrası (bkz. aşağıda Madde 28) uyarınca kitabın toplatılmasını haklı kıldığını iddia etmiştir.

15. Başvuran, Devlet Güvenlik Mahkemesi’nin huzurunda kitabı yayınladığını, çünkü kitabın içinde zorlayıcı tedbirleri haklı gösterecek herhangi bir unsurun bulunmadığını düşündüğünü ifade ederek, suçlamaları kabul etmemiştir. Avukat buna ek olarak iddianamede yer alan söz konusu bölümlerin bölücü propaganda olarak değerlendirilemeyeceğini ve eğer böyle değerlendirilseler bile, bu bölümlerin o dönemde devlete getirilen bir eleştiri olarak kabul edilebileceklerini ve her bireyin böyle bir eleştiri yapma hakkının olduğunu iddia etmişlerdir.

16. 30 Mart 1989 tarihinde, Devlet Güvenlik Mahkemesi, başvuramı iddia edildiği üzere suçlu bulmuştur.

Devlet Güvenlik Mahkemesi kararında “kitabın incelenmesi için bilirkişi görevlendirilmesine gerek olmadığını çünkü kitabın içeriğinin herhangi biri tarafından ilk okumada anlaşılabilirliği” hususunu ifade ederek, iddianamede yer alan bölümlerin TKP-ML ve liderinin silahlı saldırılarını ve hedeflerini yücelttiğini ve bu nedenle de Savcının bunları halkı kin ve nefrete karşı açıkça tahrik olarak yorumlamasının tamamen doğru olduğunu kabul etmiştir. Ancak, kitabın içeriğinin bir bütün olarak değerlendirilmiş olmasını dikkate alarak - Yargıtay içtihadına uygun olarak - Devlet Güvenlik Mahkemesi, bu husus veya kitaptan alınan münferit bölümlere dayanarak yapılan bir değerlendirmenin söz konusu olmadığına ilişkin iddiaları reddetmiştir.

Anılan bölümlerin kanunları ihlal ettiği hükmünün kararın amil hükümlerinde tekrar ifade edilmesinin gerekli olmadığını belirterek, Devlet Güvenlik Mahkemesi şu karara varmıştır:

“Kitaba ilişkin hususlar, komünizmi ve komünizm yanlısı terörist İ. Kaypakkaya’yı yüceltmek ve onlara hürmet etmek amacı taşımaktadır ve bu teröristin eylemlerini savunmaktadır... Kitap ayrıca, bölgeler, sosyal sınıflar ve ırklar arasındaki ayrımı temel alarak halkı kin ve nefrete tahrik etmektedir”

Devlet Güvenlik Mahkemesi, Ceza Kanununun 142. maddesinin 4. arası ve 312. maddesinin 2. fıkrası uyarınca (bkz. aşağıda Madde 29 ve 30) sırasıyla 328,500 ve 285,000 Türk Lirası (TRL) para cezasına çarptırmıştır ve kitabın toplatılması emrini vermiştir (bkz. aşağıda Madde 28).

17. Yargıtay 26 Eylül 1989 tarihli kararıyla başvuranın Ceza Kanunu'nun 312. maddesi uyarınca mahkum edilmesine ilişkin yapacağı bir başvurunun geçersiz olacağını, çünkü ilgili suç için verilen para cezası açısından herhangi bir başvurunun olmadığını ifade etmiştir. Ancak, Mahkeme, 142. maddenin 4. fıkrası uyarınca verilen katan iptal etmiştir, çünkü çeşitli nedenlerle kitabın hangi bölümünün komünizmi yazılı olarak müdafaa ettiğini belirtmeksizin, sanığın suçunun sadece iddianame göz önünde tutularak değerlendirilmesinin yasal olmadığına karar vermiştir. Bu noktada dava Devlet Güvenlik Mahkemesi'ne gönderilmiştir.

18. 9 Ocak 1990 tarihinde, başvuran 285.000 TRL para cezasını ödemiştir.

19. Devlet Güvenlik Mahkemesi, 28 Aralık 1990 tarihli kararında, kararını kitabın içeriğine ilişkin bir bilirkişi raporuna dayandırarak, Ceza Kanunu'nun 142. maddesi uyarınca verdiği cezayı teyit etmiş ve kitabın toplatılması emrini onaylamıştır.

Ancak, 1 Mart 1991 tarihinde, karar, kendisine temel oluşturan raporun yeminli bilirkişiler tarafından kaleme alınmaması sebebiyle Yargıtay tarafından iptal edilmiştir. Dava tekrar, Devlet Güvenlik Mahkemesine gönderilmiştir.

20. Savcı Devlet Güvenlik Mahkemesi huzurunda Sn. Öztürk'ün komünist propaganda yapmak suçundan mahkum edilmesini talep etmiştir. Söz konusu mahkumiyetinin dayandırıldığı Ceza Kanunu'nun 142. maddesinin 12 Nisan 1991 tarihinde yürürlüğe giren Terörle Mücadele Yasasıyla (3713 sayılı kanun) iptal edildiğini ifade etmiştir. Devlet Güvenlik Mahkemesi, 11 Haziran 1991 tarihli kararında savcının iddialarını kabul etmiştir. Ancak, Ceza Kanunu'nun 312. maddesine (bkz. yukarıda Madde 18) ilişkin olarak 30 Mart 1989 tarihinde alınan kararın kesinleşmiş olduğunu ifade ederek, kitap toplatma emrinin geçerliliğini koruduğunu belirtmiştir.

Kitabın toplatılan 2,845 kopyası 21 Nisan 1992 tarihinde imha edilmiştir.

## B. Yazara İlişkin Takibatlar

21. Sn. Öztürk'ün ilk mahkumiyet tarihinden (bkz. yukarıda Madde 16) önce Savcı 1 Mart 1989 tarihinde, o zamanlar Almanya'da yaşayan kitabın yazarı Sn. M. N. Behram hakkında suç duyurusunda bulunmuştur. Bu amaçla hazırlanan iddianame, başvurana yönelik takibatlarda hazırlanan iddianamenin (bkz. yukarıda Madde 14) bir kopyasıdır.

22. Aralarından birinin Sn. Öztürk'ün yargılandığı davada da yer aldığı üç hakimden oluşan Devlet Güvenlik Mahkemesi, sanığın giyabında verdiği 22 Mayıs 1991 tarihli kararında, öncelikle mahkemeden o tarihte yürürlükten kaldırılmış olan 142. maddenin (bkz. aşağıda Madde 29) uygulanmasına ilişkin karar vermesinin talep edilmediğini ifade etmiştir ve daha sonra kitapta, Ceza Kanunu'nun 312. maddesinde tanımlanan suçlara ilişkin herhangi bir hususun olmadığını belirten ve üç ceza hukuku profesörü tarafından hazırlanan bilirkişi raporuna dayanarak, Sn Behram'ın beraatına karar vermiştir.

Devlet Güvenlik Mahkemesi kararında, kitabın belge niteliğindeki yapısını vurgulayarak, yukarıda sözü edilen bilirkişi raporunun sonuçlarını onaylamıştır.

23. Bu karar kesinleşmiştir ve yasalara ilişkin herhangi bir temyizde bulunulmamıştır.

## C. Başvuran. İlişkin Diğer Takibatlar

24. 19 Eylül 1991 tarihinde, Sn. Behram'ın beraat edildiği kendisine bildirilen başvuran, Ceza Kanunu'nun 312. Maddesi kapsamında tutuklanmasına ve kitap toplatılmasına (bkz. yukarıda Madde 16) ilişkin temyiz başvurularında Adalet Bakanı'ndan davayı Yargıtay'a sunmasını talep etmiştir (yazılı emir ile bozma - bkz. madde 33). Başvurusunu desteklemek amacıyla, başvuran, aynı kitap

nedeniyle yargılanan iki kişi olmalarına rağmen kendisi hakkında verilen kararlar yazar hakkında verilen karar arasında çelişki olduğunu ileri sürmüştür.

25. Sonuç olarak, 16 Ocak 1992 tarihinde, Adalet Bakanı'nın emriyle, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ("Cumhuriyet Başsavcısı") toplatma emri hususunda ne yapılacağına dair kesin bir karar olmadığını ileri sürerek başvuranın duruşmasında verilen 28 Aralık 1990 tarihli karara ilişkin olarak temyiz başvurusunda bulunmuştur.

Yargıtay'ın 27 Ocak 1992 tarihinde başvuruyu reddetmesini müteakip, Cumhuriyet Başsavcısı başvurusunun yanlış temellerde yapıldığını ileri sürerek ikinci kez Adalet Bakanı'na başvurmuştur.

Adalet Bakanı bu başvuruyu kabul etmiştir ve Cumhuriyet Başsavcısına yazarın beraat ettiği suçların Sn. Öztürk'ün halkı kin ve nefrete kışkırtması sonucunda mahkum olmasına neden olan suçlarla benzerlik gösterdiğini, bu nedenle 30 Mart 1989 tarihli kararın yerinde olmadığını ileri sürmeleri talimatını vermiştir (Bkz. yukarıda 22. Paragraf)

26. Yargıtay aşağıdaki 8 Ocak 1993 tarihli kararında Cumhuriyet Başsavcısının yapmış olduğu temyiz başvurusunu reddetmiştir:

"Sanık, Ceza Kanunu'nun 142. maddesinin 4. ve 6. fıkraları ve 312. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında ifade edilen suçlara ilişkin olarak suçlanmaktadır. Bu suçların içerikleri birbirinden farklıdır. Aynı suçtan yargılanan diğer bir suçlunun beraat etmesi sanığın da beraat etmesini gerektirecek bir kanıt olarak değerlendirilemez. İki suçlu ayrı ayrı yargılanmış ve Mustafa Nihat Behram'ı beraat ettiren karar herhangi bir temyizde bulunulmaksızın sonuçlandırılmıştır. Ayrıca, Asliye Mahkemesi kararında yapılan "Hayatın Tanıklığında-İşkencede Ölümün Güncesi" adlı kitabın içeriğine ilişkin tespitlerin uygun olmadığı ve iptal edilmesi gerektiğini gösteren herhangi bir delil mevcut değildir..."

27. Şu anda M. N. Behram'ın kitabı satılmaktadır. "Bir Komünistin Biyografisi" adı altında Altındağ Yayıncılık adlı diğer bir yayınevi tarafından yayınlanmıştır.

## II. İlgili İç Hukuk Ve Uygulama

### A. Ceza Kanunu

#### 1. Ceza Kanunu

28. Ceza Kanunu'nun 36. maddesinin 1. fıkrası şunu öngörmektedir:

#### **Madde 36 Fıkra 1**

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

29. Terörle Mücadele Yasasıyla (3713 sayılı kanun) yürürlükten kaldırılan Ceza Kanunu'nun eski 142. maddesinin ilgili fıkraları şunları öngörmektedir:

"Yıkıcı propaganda;

1-Sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde tahakkümünü tesis etmek veya sosyal bir sınıfı ortadan kaldırmak yahut memleket içinde müesses iktisadî veya sosyal temel nizamlardan her hangi birini devirmek veya devlet siyasî ve hukukî nizamlarını topyekün yok etmek için her ne suretle olursa olsun propaganda yapan kimse beş yıldan on yıla kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılır.

2- Cumhuriyetçiliğe aykırı veya demokrasi prensiplerine aykırı olarak Devletin tek bir fen veyahut bir zümre tarafından idare edilmesi için her ne suretle olursa olsun propaganda yapan kimse beş yıldan on yıla kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılır.

3- Anayasanın tanıdığı kamu haklarını ırk mülahazasıyla kısmen veya tamamen kaldırmayı hedef tutan veya milli duyguları yok etmek veya zayıflatmak için her ne suretle olursa olsun propaganda yapan kimse beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

4- Yukarıdaki fıkralarda anılan suçların işlenmesine göz yuman bir kişi suçunun sabit görülmesi halinde 2 yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar.

5- Yukarıdaki fıkralarda anılan suçların bir neşriyat yoluyla işlenmesi halinde uygulanacak cezalar yarım misli oranında artırılır.”

30. Ceza Kanunu'nun 311. Maddesinin 2. fıkrası ve 312. Maddesi şunları öngörmektedir:

#### 311. Madde, 2. Fıkra

“Bir suçun işlenmesini aleni olarak tahrik;

Tahrik, her türlü kitle haberleşme araçları, ses kayıt bantları, plak, film, gazete, mecmua ile veya sair basın aletleriyle veya elle yazılıp çoğaltılarak yayınlanan veya dağıtılan yazılar ile ya da umumi yerlerde levha ve ilan asmak suretiyle olursa, yukarıdaki bentler uyarınca suçlu hakkında tayin olunacak ağır hapis ve hapis cezaları bir misli artırılır...”

#### 312. Madde

“Bir suçun işlenmesini gayri aleni tahrik;

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 altı bin liradan otuz bin liraya kadar ağır para cezasına mahkum olur.

Halkı; sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek kim ve düşmanlığa açıkça tahrik eden kimse bir yıldan üç yıla kadar hapis ve dokuz bin liradan otuz altı 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. maddenin ikinci fıkrasında sayılan vasıtalarla işleyenlere verilecek cezalar bir misli artırılır.”

31. Cezai suç teşkil eden yazılı unsurların yayıncılarına uygulanan Ceza Kanununun 312. maddesine ilişkin olarak, Hükümet Yargıtay tarafından verilen içtihatları Mahkeme'ye sunmuştur ve aşağıdaki şekilde özetlenebilecek bilgileri temin etmiştir.

Yazılı unsurlar yoluyla işlenen suçlara ilişkin olarak, 312. Madde kapsamında tanımlanan suça yönelik “asli” mesuliyet ilgili kitabın yararına aittir. Yayıncı “ikinci derece” mesuldür ve 5680 sayılı Kanun'un 16. (4) maddesine (bkz. aşağıda Madde 32) tabidir. Cezai takibata tabi tutulan bir yayıncı 312. Maddede tanımlanan “suçu içeren yazıları yayınlamakla” suçlamaktadır. Terörle Mücadele Kanunu'nun (3713 sayılı Kanun) 8. Maddesinde olduğu gibi yayıncıları cezai olarak mesul tutan bir *lex specialis* oluşturan hükümler de vardır.

Yukarıda anılan 3713 sayılı Kanunun uygulandığı durumlar hariç olmak üzere, yazarlar ile yayıncıların yüklenmiş olduğu sorumluluk arasındaki ayrımın başka etkisi, yazarların durumunun aksine, yayıncılara verilen hapis cezalarının para cezasına çevrilmesidir.

2. Basın Kanunu (15 Temmuz 1950 tarihli 5680 sayılı kanun)

32. 5680 sayılı Kanun'un 3. ve 16.(4) Maddeleri şunları öngörmektedir:

#### 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. Filin ayrıca suç teşkil etmesi hali müstesna olmak üzere, basın suçu neşir ile vücut bulur.” 16(4). Madde

“... ”

4. Mevkute tanımına girmeyen basılmış eserlerle işlenen suçlarda ceza sorumluluğu suçu oluşturan eserin yazarı, çevireni veya çizeni ile birlikte yayınlatana aittir. Ancak yayınlatanlar için verilen hürriyeti bağlayıcı cezalar sürelerine bakılmaksızın para cezasına çevirilerek hükmolunur...”

### 3. Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu

33. Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu’nun 343. Maddesinin 1. Fıkrası, Yargıtay’ın Adalet Bakanı’nın yazılı emri ile kararı bozmasına ilişkin olarak şunları öngörmektedir:

“Hakim tarafından ve mahkemelerden verilen ve Temyiz Mahkemesince tetkik edilmeksizin kat’ileşen karar ve hükümlerde kanuna muhalefet edildiğini haber alırsa Adliye Vekili, o karar veya hükmün bozulması için Temyiz Mahkemesine müracaat etmesi için Cumhuriyet Başmüddeiumumiliğine yazılı emir verebilir...”

34. Yazılı emir ile kararı bozma hususunda Türk iç hukuku kapsamında izlenen uygulamaya ilişkin olarak Hükümet aşağıdaki bilgileri sunmuştur.

Böyle bir temyiz başvurusu sadece Yargıtay’a temyiz edilemeyecek olan ya da herhangi bir tarafa temyizde bulunmadığı nihai kararlar aleyhinde yapılabilir (bkz. yukarıda paragraf 17). Sadece Yargıtay’daki Cumhuriyet Başsavcısının verilen kararı bozma yetkisi vardır ve bu yetki kendi teklifi ya da mahkumun talebi çerçevesinde hareket edebilecek Adalet Bakanı’nın resmi emrinin alınmasını müteakip kullanılır. Böyle bir temyiz söz konusu olduğunda Yargıtay’a verilen yetkiler “oldukça fazladır”, yetkiler kanunda belirtilen koşullarda kullanılmayabilir, ancak alınan karar mahkum hakkında peşin hüküm vermez. Temyizin başarılı olması durumunda, Yargıtay nihai olarak sunduğu kararında, mahkumiyeti sona erdirir ya da cezayı azaltır; cezayı azaltması durumunda cezanın ne kadarının sabit tutulacağını da belirler.

### B. Hükümet Tarafından Sunulan Cezai İctihatlar

35. Hükümet özellikle Terörle Mücadele Kanunu’nun (3713 sayılı Kanun) 8.Maddesinde ve Ceza Kanunu’nun eski 142. ve 312. Maddelerinde (bkz. yukarıda Madde 29 ve 30) tanımlanan suçlara ilişkin olarak cezai takibata tabi olan yazı ve/veya konuşmaların mahkemeler tarafından değerlendirilme yolları hususunda Yargıtay tarafından verilen emsal kararları sunmuştur. Bunlar, Yargıtay Genel Kurulu tarafından verilen 1991/18, 1994/240 ve 1995/98 sayılı kararlar ile Ceza Daireleri tarafından verilen 1974/2, 1978/4806, 1985/1682, 1989/2439, 1993/664, 1993/1066, 1993/1388, 1994/6030, 1996/4387 ve 1996/8450 sayılı kararlardır.

Bu içtihattan doğan esas, asli kararın söz konusu yazı ve/veya konuşmanın tamamen incelenmesine dayandırılması gerektiğidir. Ceza Kanunu’nun 312. Maddesin’de tanımlanan suç içeren unsurların değerlendirilmesine ilişkin olarak, Yargıtay, özellikle 1974/2 sayılı kararında, yarattığı sonuca bakılmaksızın “tahrik” suçunun “kamu güvenliği ve düzenini tehlikeye sokabilecek” bir fiil içerip içermediğine açıklık getirmiştir. Ayrıca, 1994/6080 sayılı kararında, 312. Madde kapsamında verilen mahkumiyetin iptalinde, Yargıtay söz konusu “tahrikin” neden olduğu tehlikenin en “uzaktaki” yapısına dikkat çekmiştir. Ağırlaştırıcı sebepler nedeniyle verilen daha ağır cezalara ilişkin olarak, Yargıtay bu sebeplerin halkın ve ülkenin genel güvenliğini tehdit eden ciddi ve olası tehlikelerle bağlantılı bir şekilde değerlendirilmesi gerektiği kararına varmıştır. Son olarak, bu davaların birinde, Yargıtay, adil yargılanma hakkını korumak amacıyla, hakimler karar vermeden önce sanığa son olarak konuşma fırsatının verilmesi gerektiği hususunun önemini vurgulamıştır.

### KOMİSYON HUZURUNDA YAPILAN TAKİBAT

36. Sn. Öztürk, 24 Mayıs 1993 tarihinde Komisyon'a başvurmuştur. Sözleşmenin 9. Maddesine dayanarak, yazarın serbest bırakılmasına rağmen, kitabın yayıncısı olarak kendisinin mahkum edilmesinin düşünce özgürlüğü hakkının ihlâlüne yol açtığı iddia etmiştir. Ayrıca, yayınladığı kitabın toplatılmasının 1 No'lu Protokol'ün 1. Maddesiyle garanti altına alınan mülklerini dilediğince kullanma hakkını ihlâl ettiğini ifade etmiştir.

37. 7 Nisan 1997 tarihinde Komisyon başvuruyu kabul etmiştir ve düşünce özgürlüğü hakkının ihlâlüne ilişkin şikayetin Sözleşme'nin 10. Maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. 30 Haziran 1998 tarihli raporunda (eski 31. Madde), 10. Maddenin ihlâl edildiğine oybirliğiyle karar verildiğini ifade etmiştir. 1 No'lu Protokol'ün 1. Madde'sinin ihlâl edildiğine ilişkin şikayetin incelenmesinin gerekli olmadığına karar verildiğini (otuza karşı bir oyla) belirtmiştir. Komisyon mütalaalarının tanı metni bu karara ek olarak sunulmuştur.

## MAHKEMEYE YAPILAN NİHAİ SUNUMLAR

38. Başvuran sunumunda, Komisyon'un Sözleşme'nin 10. Maddesinin ihlâlünün söz konusu olduğuna dair kararını kabul ederken, Mahkeme'den Ceza Kanunu'nun 312. Maddesinin 2. Fıkrasının, bu maddede tanımlanan suçun yasal ve esasa dair içeriğine ilişkin olarak, Sözleşme'nin ilgili hükmünü ihlâl ettiğine karar vermesini talep etmiştir. Buna ek olarak, mevcut davadaki söz konusu olayla, özellikle de kitap toplatılmasına ilişkin olarak iddia ettiği maddi kayıplarını ileri sürerek 1 nolu Protokol'ün 1. maddesinin ihlâl edildiğinden şikayetçi olmuştur. Son olarak, Mahkeme'den Sözleşme'nin 41. Maddesi kapsamındaki maddi zararlara ilişkin olarak kendisine belirli bir tutar tazminat verilmesini talep etmiştir.

39. Hükümet, kendi açısından, Mahkeme'den Yargıtayın verdiği yazılı emir ile bozma kararının Sözleşme'nin 35. Maddesi uyarınca tüketilmesi istenen iç hukuk yollarından biri olmadığına ve bu kararın uygulamaya girecek hükmün içeriği çerçevesinde altı aylık bir uzamaya neden olabileceğine karar vermesini talep etmiştir.

Dava esaslarına ilişkin olarak, Mahkeme'den aşağıdaki hususları göz önünde bulundurarak başvuruyu reddetmesini talep etmişlerdir;

“karar verildiğinde, kitabın toplatılmasını ve Sn. Öztürk'ün mahkum edilmesini haklı gösteren acil bir toplumsal ihtiyaç vardı, ... geçtiğimiz on yıl içerisinde ceza yasaları ve bu yasaların uygulamaları tamamen değişmiştir,... başvurana verilen para cezası çok cüzi bir miktardadır ve kitabın başka bir yayına tarafından yayınlanan sonraki baskıları Türkiye'de özgürce satılmaktadır.”

## HUKUK AÇISINDAN

### I- Davanın Kapsamı

40. Komisyon'a yaptığı başvuruda Sn. Öztürk, mahkumiyetinin Sözleşme'nin 9. Maddesinin (bkz yukarıda Madde 38) ihlali olduğunu iddia etmiştir. Ancak, Mahkeme'ye yaptığı sunumlarında, 9. Maddeye geçici olarak başvurmak dışında iddiasını destekleyecek herhangi bir mütalaa belirtmemiştir. Bu sebeple, başvuran iddiasını mahkeme huzurunda sunmuş kabul edilemeyeceğinden, mahkeme de re'sen inceleme için herhangi bir sebep görmemektedir (bkz., *mutatis mutandis*, 2 Eylül 1998 tarihli Yasa - Türkiye kararı, *Hüküm ve Karar Raporları* 1998-VI, s. 2428, 60. fıkra)

Bu nedenle, Mahkeme'nin değerlendirmesi sadece Sözleşme'nin 10. Maddesi ve 1 nolu Protokol'ün 1. maddesi kapsamındaki şikayetlerle sınırlı olacaktır.

### II- Sözleşme'nin 10. Maddesini İhlâli İddiası

41. Sn. Öztürk, Ceza Kanunu'nun 312. Maddesi kapsamında tanımlanan suçlara ilişkin mahkumiyetinin aşağıdaki hususları öngören Sözleşme'nin 10. Maddesini ihlâl ettiğini ifade etmiştir:

“1. Herkes ifade özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğünü, kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları 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.”

#### A. Hükümet'in Ön İtirazı

42. Hükümet Mahkeme huzurunda mevcut davadaki Sözleşme'nin 35. Maddesine ilişkin nihai kararın Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin 30 Mart 1989 tarihli kararı (bkz. yukarıda Madde 16 ve 17) olduğunu ifade etmiştir. Bu sebepten dolayı, Komisyona 24 Mayıs 1993 tarihinde yapılan başvurunun, Komisyon tarafından başvuru süresinin geçmesi nedeniyle kabul edilmemesi gerektiğine dikkat çekmişlerdir (bkz. yukarıda Madde 36).

Hükümet, Cumhuriyet Başsavcısı tarafından verilen yazılı emir sonrasında Yargıtay tarafından karar bozulduğunda (bkz. yukarıda madde 26) Komisyon'un 8 Ocak 1993 tarihi itibarıyla altı aylık dönemi yanlış hesapladığını ifade etmiştir; Komisyon'un, ilgili iç hukuk yollarının farklı yapısından dolayı bu yolların tüketilmesinin yeni bir altı aylık dönemin başlamasına neden olamayacağını ifade etmesi yeterlidir.

Sonuç olarak, Hükümet Mahkeme'den mevcut davada Sözleşme'nin eski 26. Maddesine ilişkin olarak “hatalı bir başvuru” olduğu kararına varmasını talep etmiştir.

43. Başvuran bu konuda görüş bildirmemiştir.

44. Mahkeme, yukarıdaki görüşlerin altı aylık dönem kuralına uymaması nedeniyle itiraza yol açtığı kanaatindedir ve başvurunun kabul edilmemesine ilişkin ön itirazlarında Hükümetin de aynı şekilde başvuru süresinin geçtiğine dair itirazda bulunduğunu belirtmiştir. Altı aylık dönemin başlangıç tarihine ilişkin olarak, Komisyon huzurunda ikinci yazılı emir ile bozma (bkz. yukarıda Madde 42) tarihine değil, ilk yazılı emir ile bozma (bkz. yukarıda Madde 25) tarihine değinmişlerdir.

Aşağıdaki nedenlerden dolayı, Komisyon bu ön itirazı asılsız bulmuştur.

45. Mahkeme, Türk hukukunda öngörülen yazılı emir ile bozmanın, hakkında Yargıtay'a temyizde bulunulmamış nihai kararlar için tüketilen farklı bir iç hukuk yolu olduğunu ifade etmiştir. Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu'nun 342. Maddesine (bkz. yukarıda Madde 33 ve 34) göre, sadece Cumhuriyet Başsavcısı davayı bozma hususunda yetkilidir, ancak bu gibi durumlarda Adalet Bakanı'nın resmi talimatı gerekmektedir. Bu sebepten dolayı, anılan iç hukuk yolu doğrudan davası görülen kişiler için uygulanamaz. Sonuç olarak, genel olarak kabul görmüş uluslararası hukukun içtüzükleri dikkate alındığında, Sözleşme'nin 35. Maddesinin gerekliliklerine ilişkin olarak bu iç hukuk yolunun kullanılması gerekli değildir.

Mahkeme, altı aylık dönem kuralı açısından yazılı emir ile bozmanın dikkate alınmamasını belirtmiştir. Ancak, mevcut davada da olduğu gibi, anılan iç hukuk yolunun uygulandığı davalarda durum daha farklı olacaktır.

Böyle bir durumun söz konusu olması halinde, yapılan temyiz başvurusu hukuk açısından herhangi bir temyiz başvurusundan farklı olmayacaktır çünkü bu başvuru Yargıtay'a, gerekli gördüğü durumlarda kararı iptal etme ve bir diğer alt mahkemeye sevk etme, böylece de davası görülen kişi tarafından eleştirilen durumu düzeltme fırsatı vermektedir.

Ancak, Sözleşme'nin 35. maddesinde öngörülen koşulların yerine getirilip getirilmediğinin belirlenmesi adına, Sözleşme kapsamındaki kurumlar hukuk açısından yapılan temyiz başvurularını dikkate almışlardır. Bunlara ek olarak, Mahkeme, Cumhuriyet Başsavcısının ikinci yazılı emir ile bozma kararını desteklemek amacıyla belirttiği görüşlerin Yargıtay tarafından değerlendirildiğini (bkz yukarıda madde 26) ve Yargıtay'ın son başvuru mercii olarak kararını verdiğini gözlemlemiştir. Davanın kesin bir yasa ihlali içermemesinden dolayı temyiz başvurusunun esassız bulunması yukarıda belirtilen hususu değiştirmemektedir.

46. Sonuç olarak, Mahkeme, Komisyon'un da olduğu gibi başvuranın Adalet Bakanı'ndan davayı Yargıtaya göndermesini talep etmesinin, mevcut davada, etkinliği kanıtlanmış yeni bir usulü harekete geçirdiği ve altı aylık dönemin, Yargıtay'ın ikinci yazılı emir ile bozma karar tarihi olan 8 Ocak 1993 tarihinde başladığı kanaatindedir.

Sn. Öztürk başvurusunu uygun bir zamanda yaptığı için, Hükümet'in itirazı reddedilmelidir.

## B. Şikayetin Esasları

### 1. Müdahalenin Mevcudiyeti

47. Hükümet, yayıncı olarak Sn. Öztürk'ün mahkum edilmesinin düşünce özgürlüğünün ihlâl edildiği anlamına gelemeyeceğini ifade etmiştir. M. N. Behram yazardır ve düşünce özgürlüğü hakkından asıl yararlanan odur. Sn. Behram'ın düşüncelerini söyleme ya da ifade etme hakkının kısıtlandığı hiçbir şekilde iddia edilemez çünkü kendisi beraat etmiştir (bkz. yukarıda Madde 22) ve kitabı Türkiye'de 1991 yılından beri satılmaktadır (bkz. yukarıda Madde 27).

48. Başvuran bu hususa ilişkin görüş belirtmemiştir.

49. Mahkeme ilk olarak, Madde 10'un "herkesin" ifade özgürlüğünü teminat altına aldığını belirtmiştir. Bu Madde çerçevesinde, izlenilen amacın doğasına veya özgürlüğün kullanılması sırasında gerçek veya tüzel kişilerin rollerine göre herhangi bir ayırım yapılmaz (bkz. *mutatis mutandis*, 24 Şubat 1994 tarihli Casado Coca - İspanya kararı, A Serisi no. 285, s. 16, fıkra 35). Bu husus sadece bilginin içeriği için değil, bilginin yayılma yolları için de geçerlidir, çünkü bilginin yayılma yollarına yapılan herhangi bir kısıtlama, bilgiyi ifade etme ve alma hakkına da müdahale etmektedir (bkz. *mutatis mutandis*, 22 Mayıs 1990 tarihli Autronic AG - İsviçre kararı, A Serisi no. 178, s. 23. fıkra 47). Ayrıca, yayıncılar, yayınladıkları kitaplarda ifade edilen görüşlerle aynı fikirdedir gibi genel bir yargı çıkarılamaz. Ancak, düşünce özgürlüğünün kullanımında yazarlarla birlikte yayıncılara da ortak bir özellik verilebilir, böylece yayıncılar yazarların görüşlerini kamuoyuna dağıtırken yazarların "görev ve sorumluluklarına" tabi tutulacaklardır (bkz. *Mutatis mutandis*, 8 Temmuz 1999 tarihli 1 nolu Sürek - Türkiye kararı, 1999-... Raporları, s..., fıkra 63; bkz. yukarıda Madde 31).

Kısaca özetlemek gerekirse, Mahkeme, Madde 10'un ilk fıkrası çerçevesinde, Sn. Öztürk'ün Sn. Behram'ın kitabını yayımlanması ve dağıtması suçlarından mahkum edilmesinin anılan yayıncının düşünce özgürlüğüne müdahale teşkil ettiği kanaatindedir (bkz. *mutatis mutandis*, 8 Haziran 1976 tarihli Engel ve Diğerleri - Hollanda kararı, A Serisi no. 22, s.40, fıkralar 94 ve 95; ve 24 Mayıs 1988 tarihli Müller ve Diğerleri - İsviçre kararı, A Serisi no.133, s. 19, fıkralar 27 ve 28).

### 2. Müdahalenin Haklı Sebebe Dayanması

50. Böyle bir müdahale, 10. maddenin ikinci fıkrasında yer alan gereklilikleri yerine getirmediği 10. maddeyi ihlâl eder. Bu sebepten dolayı Mahkeme, bu müdahalenin "yasada öngörülüp öngörülmediğine", anılan fıkrada yer alan meşru amaçlara yönelik olup olmadığına ve ilgili amaçların elde edilmesi için "demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığına" karar vermek zorundadır. Mahkeme, bu kriterlerin her birini sırayla değerlendirecektir.

(a) “Kanunlar tarafından ön görülme”

51. Başvuran, “kişileri suça teşvikten” dolayı cezalandırmak meşru iken Ceza Kanunu’nun 312. maddesinin Sözleşme’nin 10. maddesinde öngörülen gerekliliklerle bağdaştırılmayacağını ifade etmiştir. Çünkü Ceza Kanunu’nun bu maddesi cezaya tabii tuttuğu suçu oluşturan unsurları yeterli ve açık bir şekilde tanımlamamıştır.

52. Hükümet, özellikle, Türk mahkemelerinin Yargıtay’daki emsal davalarda ortaya çıkan ve öngörülen ilkelerle uyum içinde gerekli mevzuat uyguladıklarını ifade ederek bu görüşe karşı çıkmıştır, çünkü mahkemelerden, her davanın özel koşullarını dikkate alarak hangi konuşma ya da yazının kamu düzeni açısından olası bir tehlike arz edebileceği hususunda doğru kararı vermesi beklenmektedir (bkz. yukarıda Madde 35). Gerekli emsal davanın ışığında okunduğunda, reddedilen hükümde geçen ifadeler kişilerin belirli bir eylemin suç teşkil edip etmediğini anlamaları için oldukça açıktır.

53. Komisyon, Ceza Kanunu’nun 312. maddesinin 2. fıkrasının başvuranın mahkumiyeti açısından yeterli esasları teşkil ettiği kanaatinde dir.

54. “Yasada öngörülme” ifadesinden ortaya çıkan gerekliliklerden bir tanesi de ilgili önlemin önceden tahmin edilebilirliği olduğundan, Mahkeme daha önceki emsal davalara başvurmuştur. Bir norm, vatandaşa davranışını ayarlama fırsatı verecek yeterli kesinlikte oluşturulmadıkça bir “yasa” olarak değerlendirilemez: vatandaş -gerekirse uygun bir tavsiyeyle - koşullar açısından makul olarak belirli bir eylemin ortaya çıkarabileceği sonuçları tahmin edebilecek durumda olmalıdır. Bu sonuçların tam bir kesinlikle tahmin edilmesi gerekmemektedir: tecrübeler bunun olamayacağını göstermiştir. Kesinlik çoğu zaman istenen bir durum olsa da, bu beraberinde aşırı katılık getirebilir ve kanunların değişen koşullara uyum sağlayabilecek durumda olması gereklidir. Bu nedenler kanunların büyük bir çoğunluğu şu ya da bu ölçüde belirsiz olan ve yorumlanması bir uygulama meselesi teşkil eden terimler ile ifade edilmiştir. (bkz 20 Mayıs 1999 tarihli Rekvenyi - Macaristan kararı, Raporlar 1999-...,fıkra 34).

55. Mahkeme, eldeki dava açısından yasalara tam bir kesinlik içerisinde çerçeve çizmenin ve ulusal mahkemelerin bir yayının kişileri kin ve düşmanlığa tahrik edecek bölücü propaganda olarak değerlendirip değerlendirilemeyeceğine ilişkin karar vermelerini sağlayacak bir esnekliğin talep edilmesinin güç olduğunu kabul etmektedir. Yasal bir hükmün taslağı ne kadar açık bir biçimde çizilirse çizilsin, adli görevi belirsiz noktaları aydınlığa kavuşturmak ve yasaların yorumuna ilişkin şüpheleri gidermek olan mahkemelerin yorumuna kaçınılmaz olarak ihtiyaç duyulacaktır (bkz. *mutatis mutandis*, 8 Temmuz 1999 tarihli Başkaya ve Okçuoğlu - Türkiye kararı, Raporlar 1999-..., s ... fıkra 39; ve daha önce söz edilen Rekvenyi - Macaristan kararı).

Mevcut davada, Mahkeme, başvuranın ifadelerinden farklı olarak, 312. maddenin 2. fıkrasının, bu maddede tanımlanan suçu oluşturan unsurların yorumlanmasını Devlet Güvenlik Mahkemesi’nin takdirine bırakmadığını ifade etmektedir. Anılan metin (bkz. yukarıda Madde 30) daha önce ifade edilen çok sayıda kriter çerçevesinde yapılan bir ayrımcılık söz konusu olduğunda, bu suçu insanları kin ve düşmanlığa tahrik eden bir suç olarak değerlendirmektedir ve kamu düzenini tehlikeye sokan eylemler olması durumunda artırılmış cezalar öngörmektedir. 312. maddenin 3. fıkrası, suç teşkil edecek yayın türleri ve bu yayınların dağıtılma şekillerine ilişkin göstergeler içeren 311. maddenin 1. fıkrasına gönderme yapmaktadır. Ayrıca, Hükümet tarafından daha önce ifade edilen emsal davalar suç teşkil eden tahriklerin sınıflandırılmasını ve cezalandırılmasını düzenleyen belirli ilkeleri ortaya koymaktadır (bkz. yukarıda Madde 35 ve 52).

56. Mahkeme, aynı kitaba ilişkin olarak, Devlet Güvenlik Mahkemesi’nde yer alan iki farklı yargıçlar kurulunun muhalif yorumlar ve sınıflamalar getirdiğini ve birbiriyle çelişen iki karara vardığını (bkz. yukarıda Madde 16 ve 22) belirtmektedir. Ancak, Mahkeme bu durumun Ceza Kanunu’nun 312 maddesinin 2. fıkrasının gerekli açıklık ve kesinlikten yoksun olduğu ve Sn. Öztürk mahkum edildiğinde Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından yapılan yorumun beklenenden farklı olması,

sonuçlarını haklı göstermek için yeterli olmadığı kanaatindedir. Mahkemenin görüşüne göre, böyle bir müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliğini değerlendirirken dikkate alınması gereken husus bu soruna ilişkin olarak Hükümetin sunduğu görüşlerdir (bkz. aşağıda Madde 61 ve 67).

57. Özet olarak, Mahkeme, Komisyon gibi, başvuranın ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin, Ceza Kanunu'nun 312. maddesinin 2. fıkrası uyarınca mahkum edilmesinin bir sonucu olarak, kanunda öngörülmüş olarak değerlendirilebileceğini kabul eder (bkz. *mutatis mutandis*, şu kararlar: 8 Temmuz 1999 tarihli Ceylan - Türkiye, Raporlar 1999-..., s..., fıkra 25; 9 Haziran 1998 tarihli Incal - Türkiye Raporlar 1998; ve 25 Kasım 1997 Zana - Türkiye, Raporlar 1997-VII, s. 2546, fıkra 47).

### (b) Meşru amaç

58. Mahkeme, taraflarının bu hususa ilişkin görüş belirtmediklerini ifade etmektedir. Komisyon başvuranın “milli güvenlik” adına mahkum edildiği kanaatindedir

59. Terörizmle mücadelenin hassas yapısı göz önünde bulundurulursa, yetkililerin eylemlerle mücadele ederken uyanık olmaları ihtiyacı şiddeti artırabilir; Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin 30 Mart 1989 tarihli kararında (bkz. yukarıda Madde 16) ifade edilen sebepler dikkate alındığında ise, Mahkeme, başvuranın mahkumiyetinin düzensizlik ve suçu önlemeye ilişkin 10. maddenin 2. fıkrasıyla aynı doğrultuda yer alan iki amaca yönelik olduğunu kabul edebileceğini ifade eder.

(c) “Demokratik bir toplumda gereklilik”

(i) Mahkemeye sunulan görüşler

60. Sn. Öztürk, ilk ve ikinci baskılarında kitabın içinde yasadışı hiçbir şey olmadığından emin olduğunu ifade etmiştir. Kitapta ifade edilen görüşlere ilişkin olarak kendisine verilen cezaların ne Sözleşme dahilinde, ne de yerel kanun dahilinde hiç bir haklı açıklaması yoktur. Bu bağlamda, Ceza Kanunu'nun 312. maddesi uyarınca mahkum edilmesinden iki yıl sonra, başvuran, kitabın yazarı M. N. Behram'ın aynı suçlardan beraat ettiğini öğrenmiştir; o tarihten beri kitap Türkiye'de satılmaktadır ve hiç kimse kitabı okumasından dolayı suç işlemiş olarak değerlendirilmemiştir.

Başvuranın sunumunda ifade edilen bu çelişkili durum, Türk yetkililerin, politikacıları, insan hakları savunucularını ve aydınları cezalandırmak için 312. maddenin 2. fıkrasını nasıl amaç dışı olarak kullandıklarını gözler önüne sermektedir.

61. Hükümet, ilk olarak, başvuranın, kendisinin Sözleşmenin 10. maddesinin ihlâlinin bir kurbanı olduğuna dair ifadesini desteklemek amacıyla kitabın yazarının beraat etmiş olması gerçeğini kullanamayacağını belirtmiştir. Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin, 30 Mart 1989 tarihinde başvuranı mahkum etmesini müteakip, 22 Mayıs 1991 tarihinde kitabın yazarını beraat ettirmesine rağmen, bu durum sadece Ceza Kanunu'nun 312. maddesinin 2. fıkrasının “komünizm tehdidine ilişkin olarak o dönemde dünyada meydana gelen değişimlerden” ve “dava hukukundaki gelişmelerden” etkilenmesinin bir sonucudur. Ancak, dava hukukundaki bir değişiklik veya belirli bir yasanın uygulanmasında ortaya çıkan gelişmenin geriye dönük olarak başvuran açısından herhangi bir etkisi yoktur.

Hükümet, Sözleşme ihlâlinin iyi sonuçlar doğurduğu bu tip davalarda, hüküm verilmemesi gerektiğini ifade etmiştir. Ayrıca, yukarıda sözü geçen değişimleri dikkate almaksızın Türkiye'nin hatalı olduğu sonucuna varmak adaletsizlik olacaktır. Bu görüşü desteklemek için Hükümet, Mahkeme mevcut davada Sözleşme'nin ihlâl edildiği sonucuna varsa da, sonuç olarak verilen hükmün Sn. Öztürk'ün o anki durumuyla hiç bir ilgisi olmayacağını ifade etmiştir, çünkü Ceza Kanunu'nun 312. maddesinin 2. fıkrasının tatbiki yumuşatılmıştır.

Sn. Öztürk'ün mahkumiyetinin ve kalan kitaplarını toplatılmasının 1989 yılındaki koşullar çerçevesinde doğruluğu kesinleşmiştir. Aynı şekilde, Sn Behram'ın beraatı da kesin hüküm olarak

değerlendirilmiştir ve 1991 yılının koşullarına uygundur. Başvurayı mahkum ederken, Devlet Güvenlik Mahkemesi, şu veya bu bölümü tek tek incelemeksizin kitabı bir bütün olarak ele almıştır. Örneğin, kitabın, amacı Türkiye'deki anayasal düzeni yıkmak olan "terörist örgüt" TKP-ML'nin lideri "terörist" İ. Kaypakkaya'nın biyografisi niteliğini taşıdığına dikkat çekmiştir, İ. Kaypakkaya'nın eylemlerini yücelterek, eleştiri sınırlarını aşmış ve TKP-ML'nin daha önceki yıllarda komünist bir rejim kurmak adına başvurduğu şiddete göz yummuştur.

62. Hükümet, ayrıca, tahrikin söz konusu olduğu ve kararın verildiği zaman içerisinde TKP-ML'nin gerçek bir tehdit teşkil ettiğini ve basıldığı zamanki koşulların ışığı altında, kitabın Türk Devleti ve Türk Toplumunu açısından "mevcut bir risk" ve "olası bir tehlike" oluşturduğunu ifade etmiştir (bkz. yukarıda madde 61). TKP-ML'nin komünist ideolojisinin Türkiye'ye yönelik tehdit oluşturması 1990'lı yıllarda azalmış olsa da, aynı durum örgüt programının bir parçası olan "bölücülük" açısından geçerli değildir.

Yukarıdaki nedenlerden dolayı, Hükümet, terörist ve bölücü propaganda yapma ve kişileri suça tahrik etmenin ağır suç olarak değerlendirilmesini meşru bulmaktadır. Sözleşmenin 10. maddesinin 2. paragrafında öngörülen ifade özgürlüğüne getirilen bu kısıtlamalar ve bir ülkenin sosyal düzenini ve güvenliğini bozabilecek bu suçları teşkil eden eylemlerin değerlendirilmesi Hükümete göre, Devletlerin takdirine bırakılmalıdır. Bu sebepten dolayı, Mahkeme sadece durumun yasallığını incelemeli ve Türkiye'deki koşulları belirlemekten ve özellikle de şu veya bu yayının tehlike arz edip etmediği hususuna ilişkin olarak kendi değerlendirmesini yerel mahkemelerinkinin yerine geçmesinden kaçınmalıdır. Bu bağlamda, Hükümet, Komisyonu, diğer şeylerin yanı sıra, daha önce sözü geçen Zana -Türkiye kararında öngörülen kriterlere gerekli dikkati vermemesinden dolayı eleştirmiştir.

Hükümet, başvurana getirilen 285.000 TL para cezasının, 10. maddenin 2. fıkrasına göre oldukça makul ve uygun olarak tanımlanması gerektiğine dikkat çekmiştir.

Sonuç olarak, Hükümet, başvuranın mahkum edilmesinin ve kendisine getirilen para cezasının acil bir sosyal ihtiyaca cevap verdiğini ve demokratik bir toplumda böyle bir uygulamaya ihtiyaç duyulduğunu ifade etmiştir.

63. Komisyon, kitabın İ. Kaypakkaya'nın bir kahraman ve örnek bir kişilik olarak gösterildiği siyasi bir broşürle pek çok yönden benzerlik gösterdiği kanaatindedir. Kitabın, Güneydoğu Anadolu'da Türk güvenlik güçlerine karşı savaşan teröristlere ilham kaynağı olarak yazılmış olabileceğini kabul ederken, Komisyon, Hükümetin kitabın şiddetin devam ettirilmesine yönelik veya terörist eylemleri haklı gösteren bölümlerine dikkat çekmediğini belirtmiştir.

Demokratik bir toplumdaki gerekli unsurlardan biri olan siyasî tartışmalara dikkat çektikten sonra, Komisyon mevcut davaya ilişkin görüşlerini şöyle bitirmiştir: Ulusal yetkililerin takdir sınırları göz önüne alınsa da, başvurana verilen ceza Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında haklı gösterilemez.

*(ii) Mahkemenin değerlendirmesi*

64. Mahkeme yakın zamanda Türkiye aleyhine açılan diğer on üç davada da belirtildiği şekilde, 10. maddeye ilişkin kararının temelini oluşturan esasları yeniden vurgular (bkz yukarıda Madde 4 ve 8 Temmuz 1999 tarihli Karataş - Türkiye kararı, Raporlar 1999-..., s. .. fıkra 48).

(i) İfade özgürlüğü demokratik bir toplumun zorunlu temellerinden birini ve toplumun ilerlemesi ve her bireyin özgüveni için gerekli temel şartlardan birini teşkil etmektedir. 10. Maddenin 2. paragrafı uyarınca bu 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. Maddenin 2. fıkrasında belirtilen anlamda “zaruri” sıfatı “acil bir sosyal ihtiyaç” anlamındadır. Akit Devletler anılan ihtiyacın mevcut olup olmadığı değerlendirilmesi konusunda belli bir marjı 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 bağdaşır bağdaşmadığı konusunda nihai kararı verme yetkisini haizdir.

(iii) Denetim yetkisinin 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.

65. Mahkeme, söz konusu kitabın, yakalandıktan sonra tartışmalı koşullarda ölen aşırı sol kanat akımının kurucu üyelerinden İ. Kaypakkaya’nın biyografisi niteliğini taşıdığını gözlemlemektedir. Kitabın destansı üslubu göz önüne alındığında, kitap İ. Kaypakkaya’nın düşünceleri ve eylemlerine ilişkin bir özür olarak görülebilir. Kaypakkaya’nın siyasî faaliyetleriyle ilgili bölümler dikkate alındığında, kitap, Kaypakkaya Diyarbakır Cezaevi’nde mahkumken oradaki koşulları anlatmaktadır ve özellikle, okuyucuları, Kaypakkaya’nın ölümünden Devlet birimlerinin sorumlu olduğuna inandırmaya çalışmaktadır.

Mahkeme’nin görüşüne göre, kitabın İ. Kaypakkaya’nın hayatına ilişkin hususlarda tarafsız olmadığı açıktır. Hatta kitap siyasî bir nitelik taşımaktadır. Kitap boyunca, yazar, dolaylı olarak, hem aşırı sol kanadın eylemlerini bastırmaya çalışırken Türk yetkililerin gösterdiği yaklaşımı, hem de İ. Kaypakkaya’nın ölümünden sorumlu oldukları iddia edilen kişilerin davranışlarını eleştirmektedir. Her ne kadar dolaylı da olsa, kitap İ. Kaypakkaya’nın taraftarı olduğu ideolojiye manevi destek vermektedir.

Devlet Güvenlik Mahkemesi, komünizmi ve “terörist” İ. Kaypakkaya’yı yücelterek, kitabın “açık bir şekilde kişileri kin ve düşmanlığa tahrik ettiğini” kabul etmiştir (bkz. yukarıda Madde 16). Devlet Güvenlik Mahkemesi. 30 Mart 1989 tarihli kararında, kitabın temelini oluşturan bölümlerden bahsetmediği için, Mahkeme, Devlet Güvenlik Mahkemesi’nin sadece savcının 14 Şubat 1989 tarihli iddianamesinde ifade ettiği görüşleri doğruladığını farz edebilir. Ancak, Mahkeme, söz konusu görüşlerin, büyük ölçüde kitapta yer alan ve çoğunlukla edebi çalışmalardan alınmış, kitabın her bölümünün önsözü niteliğini taşıyan ve Savcı tarafından kitaptaki bölümlerin her birinde yer alan gizli anlamı ifade ettiği düşünülen şiirlerin yorumunu içerdiğine dikkat çekmektedir. İ. Kaypakkaya’nın babasına ve kitabın son sayfasında yer alan övgüsüne ilişkin metinler dikkate alındığında, Mahkeme, bu bölümlerde, kitabın içersinde sert bir tonla yapılan eleştiri niteliğinde değerlendirilebilecek herhangi bir husus olmadığını ifade etmiştir (bkz. yukarıda Madde 14).

66. Mahkeme, bu noktada, siyasî demeç veya kamuoyu ilgilendiren hususlarda yapılan tartışmalara getirilen kısıtlamalara sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrası kapsamında dizi şekilde yer verildiğini yeniden vurgulamaktadır. Ayrıca, Hükümete getirilecek eleştiri sınırları bir vatandaşa ya da bir politikacıya getirilecek eleştiri sınırlarından daha geniştir. Demokratik bir sistemde, hükümetin yaklaşımları ve kusurları sadece yasama ve yargı yetkilileri tarafından değil, kamuoyu tarafından da yakın incelemeye tabii tutulmalıdır. Hükümetin baskın varlığı, mazur görülemez saldırılar veya kendisine muhalifleri tarafından getirilen eleştiriler söz konusu olduğunda, yargıya intikal hususunda zorlamaya gitmesini gerektirebilir. Bununla birlikte, Devlet yetkilileri de, kamu düzeninin garantörleri olarak, anılan türden demeçlere, aşırıya kaçmaksızın uygun şekilde tepki gösterilmesini amaçlayan uygun önlemleri, ceza kanunu niteliğinde olsa dahi alabilirler. Sonuç olarak, bireyleri, kamu yetkilisini ya da diğer bir sektörü şiddete tahrik eden ifadeler söz konusu olduğunda, ulusal yetkililer düşünce özgürlüğüne müdahale edilmesine ihtiyaç olup olmadığı hususunda değerlendirme yaparken daha

fazla takdir kullanırlar (bkz. daha önce adı geçen Ceylan kararı, s. ... ,fıkra 34).

67. Bu bağlamda, kitabın yazarı M. N. Behram'ı yargılayan Devlet Güvenlik Mahkemesi yargıçlar kurulu tarafından varılan sonucu dikkate almak gerekmektedir. 22 Mayıs 1991 tarihli kararında, Mahkeme, üç ceza hukuku profesöründen oluşan bilirkişi kurulu görüşleri temelinde, kitapta; Sn Behram'ın Ceza Kanunu'nun 312. maddesi uyarınca mahkumiyetini haklı gösterebilecek suçla ilişkin olarak herhangi bir tahrikin söz konusu olmadığı kararına varmıştır (bkz. yukarıda Madde 22).

Hükümetin görüşlerinden farklı olarak, Mahkeme, iki yıl içerisinde birbirinden ayrılan ve aynı mahkemenin iki farklı yargıçlar kurulu tarafından yapılan tek ve aynı kitabın iki yorumu arasındaki çarpıcı çelişkinin dikkate alınması gereken bir husus olduğu kanaatindedir, bu durumun, aleyhinde yapılan argümanlarda başvuranın çıkarına olabileceğini belirtmektedir (bkz. Madde 24-26 ve 60).

68. Mahkeme, diğer baskılarla aynı içerikte olan ilgili baskıda kullanılan ifadelerin, şiddet veya kin ve nefrete tahrik olarak değerlendirilemeyeceği kanaatindedir (bkz. yukarıda Madde 64 ve 66).

Buna ek olarak, Mahkeme, böyle bir kitabın açıkça ifade ettiği hedef ve amaçlardan farklı hedef ve amaçlarını saklamış olabileceği ihtimalini de göz ardı etmez (bkz. *mutatis mutandis*, daha önce adı geçen Incal kararı, s. 1567, fıkra 51). Ancak, böyle bir gizlilik açısından kanıt olarak gösterilebilecek somut bir eylem söz konusu olmadığı için ve özellikle de kitabın ilk baskısı herhangi bir cezaya tabii tutulmadığı için, Mahkeme, ikinci baskıda Sn. Öztürk'ün amacından şüphe duymakta bir neden görmemektedir (bkz. yukarıda Madde 11).

69. Bu bağlamda, Mahkeme, kendisine sunulan davaların geçmişini, özellikle de terörizmin önlenmesi problemleriyle bağlantılarını dikkate almaya hazır olduğunu vurgular (bkz. yukarıda anılan Incal kararı, s. 1568, fıkra 58).

Mahkeme, başvuranın kitabı kınanacak bir amaçla yayınlayıp yayınlamadığını belirlemenin yerel mahkemelerin işi olduğunu kabul etmektedir. Yerel hukukun başvuranın suçlandığı ve suçun somut etkilerine ilişkin kanıt talep etmemesi (bkz. yukarıda Madde 35) 10. maddenin 2. fıkrası çerçevesinde yapılan müdahalenin haklı gösterilme ihtiyacını azaltmaz.

Mahkeme eldeki davada kitabın Kasım 1988 baskısının, uzun dönemde, Türkiye'de suçun ve kargaşanın önlenmesi üzerinde zararlı bir etkisi olabileceği hususunda ikna olmamıştır. Aslında, kitap 1991 yılından beri satılmaktadır ve Hükümete göre, Sn. Öztürk'ün mahkum edilmesinden önce ve sonra varolan "bölücü" tehditleri artırmamıştır (bkz. yukarıda Madde 61). Hükümet, Ekim 1988'deki ilk baskısından farklı olarak kitabın tinci baskısının nasıl daha fazla etki uyandırmış olabileceğine açıklık getirmemiştir (bkz. yukarıda Madde 11).

Bu nedenden dolayı, Mahkeme, mevcut davada Türkiye'deki terörizmin neden olduğu sorunlara ilişkin olarak Sn. Öztürk'ün sorumluluk taşıdığı bulgusunu haklı gösterecek herhangi bir husus görmemiştir ve başvuran aleyhinde ceza hukukunun uygulanmasının, Zana- Türkiye davasının koşullarından farklı olan mevcut dava koşullarında haklı gösterilemeyeceği kanaatindedir (daha önce anılan karar, s. 2549, fıkra...-bkz. yukarıda Madde 62).

70. Hükümetin. başvurana verilen para cezasının miktar olarak makul olduğu iddiasına ilişkin olarak, (bkz. yukarıda Madde 16 ve 62), Mahkeme, izlenilen amaca kıyasla yapılan müdahalenin orantılı olup olmadığının değerlendirilmesinde verilen cezaların nitelik ve ağırlığının göz önünde bulundurulması gereken etkenler olduğunu kabul etmektedir (bkz. daha önce anılan Ceylan kararı, s..., fıkra 37).

Ancak, yukarıda varılan sonuçlar (bkz. Madde 68 ve 69) ve söz konusu müdahalenin - yani kitaplara el koyulmasının - önleme amaçlı yapılmasının Madde 10'u gündeme getirmesi gerçeğine ilişkin olarak (bkz. daha önce anılan Incal kararı, s. 1568, fıkra 56), Mahkeme, mevcut davanın koşulları çerçevesinde, bu görüşe kesin bir ağırlık veremeyeceği kanaatindedir.

71. Mahkeme, mevcut davada, söz konusu baskının yayınlandığı süre içerisinde, yapılan müdahalenin “izlenilen meşru amaca uygun” olduğu bulgusunu haklı gösterebilecek “acil bir toplumsal ihtiyaç” olmadığı kanaatindedir.

72. Bu noktada, Mahkeme, Hükümetin, başvuranın mahkumiyetinden sonra içtihat hukukunda görülen gelişmelere dayandırdığı ve Sözleşme ihlâl edildikten sonra bu durum haklı gösterilirse Mahkeme bu hususta hüküm veremez ifadelerinin yer aldığı görüşlerini kabul edemez (bkz. yukarıda Madde 61).

73. Mahkeme’nin yegane görevi, belirli bir davanın özel koşullarını değerlendirmektir; bu nedenden dolayı, Mahkeme, ulusal yetkililer onaylamadıkça ve Sözleşme’nin ihlâlinden dolayı kişi tazmin edilmedikçe, başvuran lehinde alınan bir karar ya da önlemin o kişiyi “mağdur” statüsünden çıkarmaya yeterli olamayacağını tekrar ifade eder (bkz. 25 Haziran 1996 tarihli Amuur - Fransa kararı, Raporlar 1996- III, s. 846, fıkra 36). Mevcut davada, başvuran lehinde böyle bir karar ya da önlem alınmamıştır.

Bu bağlamda, Mahkeme, Sn. Öztürk’ün mahkum edilmesinden sonra M. N. Behram’ın berat etmesi hususuna ilişkin olarak adli yetkililerin benimsediği durumu dikkate alacaktır.

Cumhuriyet Başsavcısı tarafından şikayetçi olunan ikinci yazılı emir ile bozmaya ilişkin olarak verdiği 8 Ocak 1993 tarihli kararında, Yargıtay şu karara varmıştır (bkz. yukarıda Madde 25 ve 26):  
“... Mustafa Nihat (Behram)’ın beraatı herhangi bir temyiz olmaksızın nihai karardır. Son olarak, ‘Hayatın Tanıklığında - İşkencede Ölümün Güncesi’ adlı kitabın içeriği değerlendirildiğinde herhangi bir kötü olguya rastlanmamıştır”.

Hükümetin cevaben sunduğu dilekçenin ekinde (bkz. yukarıda Madde 8) Yargıtay’da Cumhuriyet Başsavcısı tarafından Adalet Bakanlığı’na gönderilen 14 Aralık 1995 tarihli bir nota yer almaktadır, söz konusu notada Cumhuriyet Başsavcısı aşağıdaki hususları belirtmektedir.

“Yargıtay’ın Ünsal Öztürk adına yapılan temyiz talebini reddettiği 8 Ocak 1993 tarihli kararla, (Devlet Güvenlik Mahkemesi’nin) iki ayrı kararı arasındaki çelişki giderilmiştir ve böylece yasalara uygun olan kararın Ünsal Öztürk aleyhinde verilen 30 Mart 1989 tarihli karar olduğu teyit edilmiştir...”

İçtihat Hukukundaki gelişmelerin Sn. Behram’ın beraatını sağladığı düşünülse bile, bu gelişmelerin Yargıtay’a başvuranın şu anda Mahkeme huzurunda şikayetçi olduğu durumu düzeltme fırsatı sağlamak için yeterli olmadığı anlaşılacaktır (bkz. yukarıda Madde 24-26; ayrıca bkz. Madde 17).

74. Buna bağlı olarak, Mahkeme Sözleşme’nin 10. maddesinin ihlâl edildiği kararına varmıştır.

### III. 1 No’lu Protokol’ün 1. Maddesi’nin İhlal Edildiği İddiası

75. Başvuran, mevcut davada söz konusu olan Devlet Güvenlik Mahkemesi’nin kitap toplatma emrinin 1 nolu Protokol’ün 1. maddesini ihlâl ettiğini ifade etmiştir; bu madde şu hususları öngörmektedir:

“Tüm gerçek ya da tüzel kişiler, mülklerini dilediği gibi kullanma hakkına sahiptir. Hiç kimsenin mülkü kamu yararına olan durumlar, kanunda öngörülen koşullar ve uluslararası hukukun genel ilkeleri dışında kalan durumlarda elinden alınmaz.

Ancak, emsal hükümler, hiç bir şekilde bir Devletin, vergilerin, diğer iştiraklerin veya cezaların ödenmesini sağlama almak ya da kamu yayan açısından mülkün kullanımın kontrol altına alınmanın gerekli olduğu durumlarda bu tür kanunları yürürlüğe sokma hakkına zarar vermez.”

76. Mahkeme, başvuranın şikayetçi olduğu önlemin, 10. maddenin ihlalini teşkil ettiği kararına varılan mahkumiyetin (bkz. yukarıda Madde 28) ihtiyari bir etkisi olduğum dikkat çeker. Sonuç olarak, bu şikayeti ayrı olarak ele almak gereksizdir. (bkz. *mutatis mutandis*, 25 Mayıs 1998 tarihli Sosyalist Parti ve Diğerleri - Türkiye kararı, Raporlar 1998-III, s. 1259, fıkra 57).

## SÖZLEŞMENİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

77. Başvuran, maruz kaldığı maddi zararın tazmin edilmesini ve Türkiye’de, Komisyon huzurunda yapılan davalardaki gider ve harcamalarının karşılanmasını talep etmiştir. Bu taleplerini aşağıdaki hususları öngören Sözleşme’nin 41. dayandırmıştır:

“Mahkeme’nin Sözleşme’nin ve ona bağlı protokollerin ihlal edildiği kararına varması ve ilgili Yüksek Akit Tarafın iç hukukunun sadece kısmi tazminata müsaade etmesi durumunda; Mahkeme’nin kararı, eğer gerekli görülürse, sadece mağdur tarafın tazminatının karşılanmasına yönelik olacaktır.”

### A. Maddi Zarar

78. Başvuran, yayın masrafları ve kar da dahil olmak üzere, her biri 4,92 Amerikan Dolarına tekabül eden 1,500,000 TL tutarındaki söz konusu 3,195 kitap baskısının toplatılmasından doğan kayba ilişkin olarak faizi ile birlikte 15,719 Amerikan Doları talep etmiştir.

Ayrıca; yayınlıyacağı baskıların satışını da göz önünde bulundurarak, yaklaşık 442,800 Amerikan Doları olarak hesapladığı kar kaybının da tazmin edilmesini talep etmiştir. Bu bağlamda, başvuran, kitabın, her biri 5,000 baskı olmak üzere yılda en az iki baskı yapacağını hesap etmiştir; bu da her biri 4,92 Amerikan dolarına satılabilecek olan toplam 90,000 baskıya tekabül etmektedir.

Bunlara ek olarak, ödemiş olduğu 285,000 TL (121 Amerikan Doları) tutarının da karşılanmasını talep etmiştir.

79. Hükümet bu taleplere kiraz etmiştir. Özellikle, kanuna uygun olarak karar verilen ve yürütülen yasa dışı bir yayının toplatılması için tazminat talep etme hakkının olamayacağını ilerde etmişlerdir.

Kar kaybına ilişkin taleplerin temelsiz olduğunu ve varsayımlardan ibaret olduğunu belirtmişlerdir. 1991 yılından beri satılmakta olan kitabın yayıncısının artık Sn. Öztürk olmamasının nedeni, kendisinin diğer rakip yayınevlerinden dalın cazip bir teklif ortaya koyamamasıdır.

80. Mahkeme, başvurana verilen para cezasının ve kitabın diğer baskılarının toplatılmasının, Sözleşme’nin 10. maddesinin ihlali kararının doğrudan sonuçları olduğuna dikkat çeker. Bu sebepten dolayı, ilk olarak başvuranın ödemiş olduğu para cezasının tamamen karşılanmasına karar vermelidir. Toplatılan baskılara ilişkin olarak, dava dosyasından anlaşıldığı üzere kitabın ilk baskısı tükenmiştir; el koyulan 3,195 nüsha ikinci baskının 3,133’ü *Yurt Kitap-Yayın* yayınevinde ele geçirilmiştir ve 2,845’i imha edilmiştir. Mahkeme, Türk Yayıncılar Birliği tarafından 12 Mayıs 1997 tarihinde ifade edilen bir görüşe göre, başvuran tarafından basılan bir kitabın fiyatıyla kıyaslanabilecek olan bir kitabın perakende satış fiyatının o tarihte yaklaşık 500,000 TL (3,58 Amerikan doları) olduğuna dikkat çeker.

Mahkeme, kar kaybının spekülasyon niteliği ve dava dosyası bazında meblağın kesin şekilde tespitinin imkansızlığını da dikkate alarak, kitabın gelecekteki satışlarından kaynaklanan kayba ilişkin başvuran taleplerini kabul edemeyecektir.

Mahkeme, elindeki tüm bilgiler ışığında adil bazda tespit bulularak, başvurana maddi zararlar için 10,000 Amerikan doları ödemesi gerektiği sonucuna varmıştır.

### B. Masraflar ve Giderler

81. Başvuranın vekili, Mahkeme’den, başvuran ‘ve kendisi arasında 10 Ma 1993 tarihinde imzalanan bir anlaşmayı dikkate almasını istemiştir. Anılan sözleşme şartları uyarınca, Sn. Öztürk’ün avukatına 100,000 TL’si (o tarihte 10,227 Amerikan doları) borcu olup, ancak başvuranın, 1994 ve 1997 yılları arasında yayınladığı diğer kitaplardan birkaç kez hapis cezasına çarptırılmasından kaynaklanan maddi

güçlüklere bağlı olarak bu tutan ödemesinin imkansız olması sebebiyle, avukatın Mahkeme'nin adil tazmin suretiyle kararlaştıracağı tutarın %10'unu alması kararlaştırılmıştır.

82. Hükümet, 1993 yılında diğer avukatlar tarafından alınan normal ücretlerle karşılaştırıldığında bu tutarın çok fazla olduğunu ifade etmiştir. Başvuranın avukatının 1999 yılına kadar ücretsiz çalışabileceğini söylemesinden dolayı, bu durum Hükümetin sorumluluğunun dışında kalmaktadır.

83. Mahkeme, gider ve harcamalara ilişkin olarak, başvuranın sadece avukatı Sn. Öndül'ün ücretinin karşılanmasını talep ettiğini söylemiştir. İctihadında belirtilen ölçütü uygulayarak, Mahkeme'nin sözleşme ihlalini teşkil eden hususun engellenmesi veya düzeltilmesi için talep edilen meblağın gerçekten ve zorunlu olarak tahakkuk edip ettirdiğini ve miktar açısından makul olup olmadığını tespit etmesi gerekmektedir. (bkz. yukarıda adı geçen Başkaya ve Okçuoğlu kararı, s. ..., fıkra 98). Mahkeme, Sn. Öndül'ün başvuranın Türkiye'de yapılan duruşmalarda savunmasını yaptığını ve onu hem Komisyon huzurunda hem de Mahkeme'nin huzurunda temsil ettiğini ifade etmiştir. Mahkeme, yine adil bazda hüküm vererek, başvuranın masraf ve harcamaları için 20,000 FRF tazminat verilmesini uygun bulmuştur.

### C. Temerrüt Faizi

84. Mahkeme, Fransız Frankı cinsinden belirlenen tutarın yıllık % 3,47 oranında, Amerikan Doları cinsinden belirlenen tutarın ise yıllık %5 oranında temerrüt faizine tabi tutulmasını uygun bulmuştur.

### YUKARIDA BELİRTİLEN GEREKÇELERE DAYANARAK, MAHKEME OYBİRLİĞİYLE

1. Hükümetin ön itirazının *reddine*;
2. Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlâl edildiğinin *kabulüne*;
3. Şikayeti 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi çerçevesinde ele almanın gerekli olmadığını *kabulüne*;
4. (a) davalı Devlet'in, üç ay içerisinde, ödeme tarihinde geçerli olan oran üzerinden Türk lirasına çevrilmek üzere:
  - (i) maddi zarar için 10,000 (on bin) Amerikan doları;
  - (ii) giderler ve harcamalar için 20,000 (yirmi bin) Fransız Frangının ödenmesinin
- (b) yukarıda bahsedilen üç aylık sürenin sona ermesinden ödeme tarihine kadar, bu tutarlara:
  - (i) Amerikan doları cinsinden meblağlar için yıllık %5;
  - (ii) Fransız Frangı cinsinden meblağlar için yıllık %3,47; oranında basit faiz uygulanmasının *kabulüne*;

5. Adil tazmin konusundaki diğer taleplerin *reddine* ilişkin iş bu kararı İngilizce ve Fransızca olmak üzere, 28 Eylül 1999 tarihinde Strazburg'da bulunan İnsan Hakları Binası'ndaki açık oturumda tefhim edilmiştir.

Maud DE BÖER-BuQuicchio  
Sekreter yardımcısı

Luzius Wildhaber  
Başkan

### Onaltıncı Bölüm Wille / Liechtenstein Kararı

Wille-Liechtenstein Davası  
(Başvuru Sıra no. 28396/95)  
Karar

Strasbourg

28 Ekim 1999

### Liechtenstein'a karşı Wille Davasında,

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2 Haziran 1999 ve 13 Ekim 1999 tarihlerinde 11 nolu Protokol ve **Mahkeme İç Tüzüğü'nün**<sup>1-2</sup> ilgili hükümleri ile değiştirilmiş İnsan Hakları ve Temel

Özgürlüklerinin Korunmasına Dair Sözleşmenin (bundan sonra “Sözleşme” diye geçecek) 27. maddesi hükümlerine göre Genel Kurul olarak yaptığı kapalı oturumlarda aşağıda belirtilen kararı vermiştir. Genel Kurul, Yazı İşleri Müdürü Yardımcısı Bayan M. DE BOER-BUQUICCHIO’nun yanısıra aşağıda isimleri belirtilen yargıçların katılımıyla oluşmuştur:

Bayan E. PALM, *Başkan*,  
Bay C. ROZAKIS,  
Bay L. FERRARI BRAVO,  
Bay G. RESS,  
Bay L. CAFLISCH,  
Bay I. CABRAL BARRETO,  
Bay J.-P. COSTA,  
Bay W. FUHRMANN,  
Bay K. JUNGWIERT,  
Bay B. ZUPANÉIÉ,  
Bayan N. VAJİÉ,  
Bay J. HEDİGAN,  
Bayan W. THOMASSEN,  
Bayan M. TSATSA-NİKOLOVSKA,  
Bay T. PANTİRU,  
Bay E. LEVİTS,  
Bay K. TRAJA,

## DAVA USULÜ

1. Dava, İnsan Hakları Komisyonu (bundan sonra “Komisyon” diye geçecek) ve Liechtenstein Hükümeti (bundan sonra “Hükümet” diye geçecek) tarafından sırasıyla 24 ve 27 Ekim 1998 tarihlerinde, Sözleşmenin 32. maddesi birinci fıkrası ile 47. maddesinde belirtilen üç aylık süre içinde Sözleşmenin eski 19. maddesine<sup>3</sup> göre kurulan Mahkememize gönderilmiştir. Dava, bir Liechtenstein vatandaşı olan Bay Herbert Wille tarafından Sözleşmenin eski 25. maddesi hükümleri uyarınca Komisyona 25 Ağustos 1995 tarihinde verilen 28396/95 numaralı dilekçe ile açılmıştır.

Komisyon davayı Mahkemeye gönderirken Sözleşmenin eski 44. ve 48. maddelerine ve Mahkemenin yargılama yetkisinin Liechtenstein Hükümeti tarafından tanındığına (eski 46. maddeye göre); Liechtenstein Hükümeti de Mahkemeye müracaat ederken Sözleşmenin eski 48. maddesine atıfta bulunmuştur. Her ikisinin de amacı, açılan davada belirtilen olayların ilgili Devletin Sözleşmenin 10 ve 13. maddelerine göre üstlendiği yükümlülükleri ihlal edip etmediğine dair bir karar elde etmektir.

2. 11 numaralı Protokolün 2 Kasım 1998’de yürürlüğe girmesi ile birlikte, bu düzenlemenin 5. maddesi 5. fıkrası gereğince dava Mahkemenin Genel Kurulu’na gönderilmiştir. Genel Kurulda, Liechtenstein kontenjanından seçilen yargıç Bay L. Caflisch (Sözleşmenin 27. maddesi ikinci fıkrası ve Mahkeme İç Tüzüğü’nün 24 numaralı Kuralının 4. fıkrası gereği seçilmiştir), Mahkeme Başkan Yardımcıları Bayan E. Palm ile Bay C. Rozakis ve Mahkeme Daireleri Başkan Yardımcıları MM. J. Costa ile G. Ress (Sözleşmenin 27. maddesi 3. fıkrası ve İç Tüzüğün 24 numaralı Kuralı 3. ve 5 (a) maddeleri gereği) yer almışlardır. Genel Kurul’un diğer üyeleri ise şunlardır: Bay L. Ferrari Bravo, Bay I. Cabral Barreto, Bay W. Fuhrmann, Bay K. Jungwiert, Bay B. Zupanèiè, Bayan N. Vajiè, Bay J. Hedigan, Bayan W. Thomassen, Bayan M. Tsatsa-Nikolovska, Bay T. Pantiru, Bay E. Levits and Bay K. Traja (24. Kuralın 3. ve 5. (b) maddeleri ve 100. Kuralın 4. maddesi gereği).

---

<sup>1-2</sup> 11 Numaralı Protokol ve Mahkeme İç Tüzüğü 1 Kasım 1998’de yürürlüğe girmiştir.

<sup>3</sup> Sözleşmenin 19. maddesini değiştiren 11 Numaralı Protokolün yürürlüğe girmesiyle birlikte, Mahkeme sürekli bir organ olarak görev yapmaktadır.

3. Başvuruda bulunan, Bay W. Seeger ve Bay A. Kley adlı avukatları temsilci olarak atamıştır (Mahkeme İç Tüzüğü'nün 36. Kuralı uyarınca). Genel Kurul Başkanı Bayan E. Palm avukatların Almanca konuşmalarına izin vermiştir (34. Kural'ın 3. fıkrası gereği).

4. Genel Kurul Başkanı Bayan E. Palm, davaya bakma usulüne dair kuralları yazılı olarak belirlemek amacıyla Liechtenstein Hükümet Temsilcisi, avukatları ve Komisyon Delegeleri ile Mahkeme Yazı İşleri Müdür Yardımcısı vasıtasıyla görüşmüştür. Bunun sonucunda verilen emre uygun olarak Müdür Yardımcısı 25 Şubat 1999'da ve 30 Mart 1999'da Hükümetin **bildirimlerini** kabul etmiştir.

5. Genel Kurul Başkanının kararı uyarınca, Strasbourg kentinde bulunan Human Rights Building (İnsan Hakları Binası) adlı binada 2 Haziran 1999 tarihinde bir aleni duruşma yapılmıştır.

Mahkeme huzurunda şu kişiler bulunmuştur:

(a) *Hükümet adına*

Bay H. GOLSONG, *Avukat,* *Hükümet Temsilci,*  
Bay N. MARXER,  
Bay T. STEIN,  
Bay M. WALKER, *Hükümet Temsilci;*

(b) *Başvuran adına*

Bay W.E. SEEGER, *Rechtsanwalt,*  
Bay A. KELEY, *Rechtsanwalt,* *Temsilci*

Duruşmada Bay Wille de bulunmuştur.

Duruşmada Bay Seeger, Bay Kley, Bay Golsong ve Bay Stein birer konuşma yapmışlardır.

## DAVANIN ESASI

### I. DAVANIN KOŞULLARI

6. 1992 yılında Zatı Samimleri Liechtenstein Prensi İkinci Hans-Adam (bundan sonra "Prens" diye geçecek) ile Liechtenstein Hükümeti arasında ülkenin Avrupa Ekonomik Bölgesi'ne katılımı ile ilgili olarak plebisit yapılması hakkında siyasi karar verme yetkisinin kime ait olduğu konusunda anlaşmazlık ortaya çıkmıştır. O tarihte başvuran Liechtenstein Hükümetinin bir bakan idi. 28 Ekim 1992'de Prens ile Bakanlar Kurulu üyeleri arasında bir toplantıda yaşanan tartışmanın ardından, sorun Prens, Meclis (*Landtag*) ve Hükümetin ortak bir bildirisi ile çözüme kavuşturulmuştur.

7. Mayıs 1993'te yapılan seçimler sonucunda yeni bir Meclisin oluşturulması sonrasında Prens ile Hükümet arasında çeşitli anayasal sorunlar üzerine tartışmalar vaki olmuştur. Mayıs 1993 seçimlerinde adaylığını koymayan başvuran, artık Bakanlar Kurulu üyesi değildir. Ancak o, Mayıs 1993'te bir dönemliğine Liechtenstein İdare Mahkemesi Başkanı (*Verwaltungsbeschwerdeinstanz*) olarak atanmıştır (aşağıda 26. maddeye bakınız).

8. Başvuran, 16 Şubat 1995'te bir araştırma kurumu olan Liechtenstein-Institut adlı kuruluşta anayasal yargılama yetkisi ve temel hakları konu alan bir seri konferans programı çerçevesinde, "Liechtenstein Anayasa Mahkemesinin Yapısı ve Görevleri" ("*Wesen und Aufgaben des Staatsgerichtshofes*") başlıklı halka açık bir konferans vermiştir. O, bu konferansta "Prens (Hükümet) ile Meclis arasında bir anlaşmazlık durumunda Anayasa Mahkemesinin, Anayasanın ne şekilde yorumlanacağına" karar vermeye yetkili olduğu ("*Entscheidung über die Auslegung der Verfassung bei einem Auslegungstreit zwischen Fürst (Regierung) und Landtag*") şeklindeki görüşünü ifade etmiştir.

9. 17 Şubat 1995'te "*Liechtensteiner Volksblatt*" adlı gazete, başvuran tarafından verilen konferansla ilgili olarak yayınladığı makalede, diğer görüşleri yanısıra Anayasa Mahkemesinin yetkileri konusundaki görüşlerine de yer vermiştir.

10. Prens 27 Şubat 1995'te adı geçen konferansla ilgili olarak başvurana bir mektup göndermiş ve bu mektupta "*Liechtensteiner Volksblatt*" adlı gazetede yayınlanan makale de özetlenmiştir.

11. Kraliyet başlıklı kağıda yazılan mektup aşağıdaki gibidir:

"Vaduz Sarayı, 27 Şubat 1995

Dr Herbert Wille  
Liechtenstein İdare Mahkemesi  
Başkanı  
... < şahsi adresi >

Beyefendi,

*Liechtensteiner Volksblatt* gazetesinin 17 Şubat tarihli nüshasında vermiş olduğunuz "Anayasa Mahkemesinin Yapısı ve Görevleri" başlıklı konferansa dair haberi okuyunca doğrusu şaşırdım. Bu haberde, Mahkemenin sorumluluk alanlarına ilişkin ifadelerinizin, ve özellikle de Anayasa Mahkemesinin (hukuku yorumlama yetkisini haiz bir mahkeme olması sıfatıyla) Prens ile halk arasında bir anlaşmazlık söz konusu olduğunda başvurulacak makam olduğuna dair yorumunuzun bu haberde doğru olarak yansıtıldığını varsayıyorum.

Hiç şüphem yok ki, 28 Ekim 1992 tarihinden önceki dönemde benimle sizin de başbakan yardımcısı olarak görev yaptığınız Hükümet arasında vuku bulan anlaşmazlığı hatırlıyorsunuzdur. Bu dönemde, ben Vaduz Sarayı'nda yapılan bir toplantıda Hükümetin görüşünün Anayasaya uygun olmadığına dikkati çekmiş ve Anayasadan ilgili maddeleri okumuştum. Siz ise, zaten Anayasanın bu maddelerini benimsemediğinizi (veya bu anlama gelen ifadeler kullanmıştınız) ve bu nedenle kendinizi bu hükümlerle bağlı hissetmediğinizi belirtmiştiniz. Bu toplantıda Bakanlardan hiç biri size muhalefet etmemişti ve bu nedenle ben, "egemenliği elinde tutan Prens ve halkın (Milletin) Anayasa ve diğer kanunlara uymak zorunda olduğu, fakat Anayasaya bağlılık üzerine yemin eden Bakanlar Kurulu üyelerinin ise Anayasaya bağlı olmak zorunda olmadığı" görüşünün Hükümetin ortak görüşü olduğunu varsaymak zorunluluğunu hissetmiştim.

O zaman sizin ifadenizi ve hükümetin tavrını inanılmaz ölçüde küstah bulmuş ve bu nedenle Hükümetin benim nazarımda güvenini kaybettiğini açık bir dille ifade etmiştim. Bundan kısa bir süre sonra, Hükümetin bir taraftan Meclis diğer taraftan benimle yapmış olduğu uzlaşma sonrasında, Hükümete güvenimin tazelendiğini kamuoyuna duyurmuştum. Bunu yaparken Bakanların Anayasamıza dair takındıkları tavrın kabul edilemez olduğunun farkına vardıklarını ve şimdi ise kendilerini Anayasa ile bağlı saydıklarını varsaymıştım. Partisi seçimleri kazanan Sayın Brunhart'ı Başbakan olarak atadığım zaman, sizi de Meclisin önerisi üzerine İdare Mahkemesi Başkanlığına atamıştım.

Üzülerek ifade edeyim ki, *Liechtensteiner Volksblatt* gazetesindeki haberden sonra sizin hala kendinizi Anayasa ile bağlı hissetmediğinizi ve Anayasanın lafzına ve ruhuna açıkça aykırı olan fikirlere sahip olduğunuzu anladım. Anayasanın ilgili maddelerini okuyan herkes, Anayasa Mahkemesinin (Anayasayı yorumlayan bir kurum olarak) Prens ile Halk (Meclis) arasında bir ihtilaf olduğunda konu ile ilgili karar verme yetkisine sahip olmadığını anlayabilir. Bay Dr. Wille, kanaatime göre sizin bu tavrınız bir **kamu kurumunun başkanı olabilme yeterliliğinizi yitirmenize yol açar**. Sizinle bu konuda, ister şahsi olsun isterse kamuoyu önünde olsun, uzun bir tartışmaya girmek istemem; ancak, sizi tekrar bir kamu kurumunun başına Meclis veya herhangi bir kurum tarafından önerilseniz dahi atamayacağımı zamanında bildirmek isterim. Sizden sadece, görevinizde kaldığınız

süre boyunca İdare Mahkemesi Başkanı sıfatıyla vereceğiniz kararlarda Anayasaya ve diğer kanunlara uyacağımızı ümit ederim.

Saygılarımla,

II. Hans-Adam  
Liechtenstein Prensi”

*(“Schloss Vaduz, 27. Februar 1995*

*Herrn Dr. Herbert Wille*

*Präsident der Fürstlich Liecht.*

*Verwaltungsbeschwerdeinstanz*

...

*Sehr geehrter Herr Präsident*

*Mit Erstaunen habe ich im Liechtensteiner Volksblatt vom 17. Februar den Bericht über Ihren Vortrag am Liechtenstein Institut zum Thema ‘Wesen und Aufgaben des Staatsgerichtshofes’ gelesen. Ich nehme an, dass Ihre Aussagen über die Zuständigkeitsbereiche des Staatsgerichtshofes in diesem Bericht korrekt wiedergegeben wurden, insbesondere jene, in der Sie feststellen, dass der Staatsgerichtshof als Interpretations-gerichtshof bei unterschiedlichen Auffassungen zwischen Fürst und Volk angerufen werden könne.*

*Sie werden sich bestimmt noch an die Auseinandersetzung zwischen der Regierung und mir vor dem 28. Oktober 1992 erinnern, bei der Sie als stellvertretender Regierungschef anwesend waren. Ich habe damals bei der Aussprache auf Schloss Vaduz die Regierung darauf aufmerksam gemacht, dass sie sich nicht an die Verfassung hält, und die entsprechenden Artikel aus der Verfassung der Regierung vorgelesen. Sie haben dazumal sinngemäss geantwortet, dass Sie mit diesen Teilen der Verfassung sowieso nicht einverstanden seien, und sich deshalb auch nicht an die Verfassung gebunden fühlten. Nachdem die anderen Regierungsmitglieder Ihrer Aussage nicht widersprochen haben, musste ich davon ausgehen, dass die gesamte Regierung der Auffassung ist, dass sich zwar die beiden Souveräne, Volk und Fürst, an Verfassung und Gesetze zu halten haben, nicht aber die Regierungsmitglieder, welche einen Eid auf die Verfassung abgelegt haben.*

*Ich habe Ihre damalige Aussage sowie die Haltung der Regierung als unglaubliche Arroganz empfunden, und deshalb habe ich der Regierung in sehr klaren Worten mitgeteilt, dass sie mein Vertrauen verloren hat. Beim Kompromiss, der glücklicherweise etwas später zwischen Regierung und Landtag auf der einen Seite und mir auf der anderen Seite erzielt wurde, habe ich der Regierung wieder mein Vertrauen ausgesprochen. Ich habe dies auch in der Hoffnung getan, dass die einzelnen Regierungsmitglieder ihre unentschuld bare Haltung gegenüber unserer Verfassung eingesehen haben und die Verfassung für sie wieder als bindend anerkennen. Ebenso wie ich Herrn Brunhart bei einem Sieg seiner Partei wiederum zum Regierungschef ernannt hätte, so habe ich Sie über Vorschlag des Landtages zum Präsidenten der Verwaltungsbeschwerdeinstanz ernannt.*

*Leider muss ich aufgrund des Berichtes im Liechtensteiner Volksblatt nun feststellen, dass Sie sich nach wie vor nicht an die Verfassung gebunden fühlen und Auffassungen vertreten, die eindeutig gegen Sinn und Wortlaut der Verfassung verstossen. Jeder wird beim Lesen der einschlägigen Verfassungsartikel feststellen können, dass der Staatsgerichtshof eben nicht Interpretationsgerichtshof bei unterschiedlichen Auffassungen zwischen Fürst und Volk (Landtag)*

*ist. In meinen Augen sind Sie, Herr Dr. Wille, aufgrund Ihrer Haltung gegenüber der Verfassung ungeeignet für ein öffentliches Amt. Ich habe nicht die Absicht, mich mit Ihnen öffentlich oder privat in eine lange Auseinandersetzung einzulassen, aber ich möchte Ihnen rechtzeitig mitteilen, dass ich Sie nicht mehr für ein öffentliches Amt ernennen werde, sollten Sie mir vom Landtag oder sonst irgendeinem Gremium vorgeschlagen werden. Es verbleibt mir die Hoffnung, dass Sie sich während des Restes Ihrer Amtszeit als Präsident der Verwaltungsbeschwerdeinstanz in Ihren Urteilen an Verfassung und Gesetze halten.*

*Mit vorzüglicher Hochachtung*

*Hans-Adam II.*

*Fürst von Liechtenstein")*

12. Başvuru sahibi, 9 Mart 1995 tarihli mektubu ile Meclis Başkanına 27 Şubat 1995 tarihli Prens mektubu hakkında bilgi vermiştir. Bu mektupta başvuran, kendisinin Anayasa veya onun bir kısmı ile bağlı olmadığına dair bir beyanda bulunduğunu kesin bir dille reddetmiş ve Anayasal sorunlarda Anayasa Mahkemesinin yetkilerine dair yapmış olduğu çalışmayı daha detaylı bir şekilde açıklamıştır. O, Prens katılmadığı bir fikrin açıklanmasının Anayasaya aykırı davranmak olarak görülemeyeceği görüşündedir. Fakat, Prens kendisine yazdığı mektupta belirttiği kanaatler sebebiyle İdare mahkemesi Başkanlığı görevinin zan altında kaldığını düşünmektedir. Daha sonra Meclis Başkanı başvurana, konunun Meclisin gizli oturumunda tartışıldığını ve oybirliği ile konferansında ifade ettiği hukuksal konulardaki fikirleri nedeniyle mevcut görevi konusunda şüphe uyanmadığı görüşüne ulaştığını bildirmiştir.

13. Başvuran, Prens 27 Şubat 1995 tarihli mektubuna 20 Mart 1995'te cevap vermiş ve bu mektubun bir nüshasını da Meclis Başkanına göndermiştir. Başvuran bu mektupta, özellikle 16 Şubat tarihli konferansında ifade ettiği fikirlerin (yani Anayasa Mahkemesinin Prensle Halk (Meclis) arasında ihtilaf olması durumunda Anayasayı yorumlama yetkisine sahip bulunduğu fikrinin) doğru olduğunu ve bir kanun adamı olarak bu fikrin Anayasaya aykırı olmadığını açıklamıştır. Başvuran, Prens kendisini bir kamu kurumunun başkanı olarak atamayacağı açıklamasının Anayasayı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile garanti edilen ifade özgürlüğünü ihlal ettiği görüşündedir. Ayrıca, mektubun Anayasada yer alan kamu görevine girmede eşitlik ilkesine aykırı olduğunu ve aynı zamanda yargının bağımsızlığına müdahale girişimi olduğunu belirtmiştir.

14. Prens 4 Nisan 1995 tarihli cevabi mektubunda, 27 Şubat 1995 tarihli mektubun Bay Wille tarafından çok sayıda kişiye dağıtıldığını belirtmiştir. Prens, kendisinin başvuranı özel bir mektupla kararı konusunda bir an önce bilgilendirme nedeninin, kamuoyu önünde bir tartışma açmaktan kaçınmak olduğunu belirtmiştir. Prens, Bay Wille ile hakim olarak bulunduğu makamın gerektirdiği niteliklere sahip olup olmadığı konusunda uzun bir tartışma açmanın uygun olamayacağını düşünmüştür. Çünkü Bay Wille görevinin başındadır ve eleştiriler kendisinin İdare Mahkemesindeki kararlarına karşı değil, fakat onun Anayasa ile ilgili genel tavrına karşı yöneltilmiştir.

15. Prens, bir adayı belli bir göreve atama konusunda takdir yetkisine sahip olduğunu ve bir atama yaptığında bunun gerekçelerini açıklamak zorunda olmadığını eklemiştir. Fakat o, Bay Wille'i uzunca bir zamandır tanıyor olması nedeniyle kendisine gerçeklerin ifade edilmesinin uygun olacağını düşünmüştür. Dahası, Bay Wille'in geçmişteki davranışları ve ifade ettiği fikirler nedeniyle yüksek mahkemelerden birinin başkanlığına tekrar atanmayacağına dair karar, onun düşünce ve düşündüğünü ifade etme özgürlüklerinin ihlali derecesine ulaşmamıştır. Çünkü, bütün vatandaşlar Anayasa ve diğer kanuni düzenlemelerde değişiklik yapılması çağrısında bulunabilir ve değişiklik yapılmasını önerebilirler. Fakat Bay Wille, gerek Kabine üyesi olarak görev yaptığı dönemde ve gerekse konferansında bu anayasal ve demokratik vasıtalarla yararlanmayı düşünmemiş, bilakis sadece hükümlerine katılmadığı Anayasa maddelerini görmezlikten gelmiştir.

16. Devamla, Prens ilgili Anayasal hükmün (Anayasanın 112. maddesi) Hükümetle Meclis arasında bir ihtilaf söz konusu olduğunda Anayasa Mahkemesinin Anayasayı yorumlama konusunda karar verme yetkisi ile ilgili olduğunu açıklamıştır. Sayın Wille'in yaptığı gibi, "Hükümet" ve "Meclis" terimleri ile "Prens" ve "halk" terimlerini birbirine karıştırmak hukukun üstünlüğü ilkesini zedeler. Prens, Devlet Başkanı olması itibarıyla, anayasal düzeni ve halkın demokratik haklarını korumakla yükümlü olduğunu düşünmektedir. Bu nedenle Prens, davranışları ve ifadelerinden kendisini Anayasayı korumaya adanmış olduğu anlaşılan bir kişiyi en yüksek adli kurumlardan birinin başkanlığına ataması durumunda görevini ihmal etmiş olacağı kanaatinde dir.

17. Prens, 2 Haziran 1995 tarihinde İdare Mahkemesi başkanına (başvurucuya) Liechtenstein gazetelerinde yayınlanan açık bir mektup göndermiştir. Prens mektubunda Sayın Wille tarafından yazılan 27 Şubat 1995 tarihli mektubun en azından bir kısmının kamuoyuna açıklandığını belirtmiştir. Bu durum değişik yorumlara yol açtığından, Prens görüşlerini açık bir mektupla belirtmenin gerekli olduğunu düşünmüştür.

18. Prese göre hukukun üstünlüğü üzerine kurulmuş bir demokratik devlette (*demokratischer Rechtsstaat*) ifade özgürlüğü ile bireylerin kendi görüşlerini topluma benimsetmek amacıyla kullandıkları metotlar arasında bir ayırım yapılması gerekir. Bu konuda bireyler Anayasa ve diğer hukuki metinlerde belirtilen kurallara saygı göstermelidirler. Prese göre Sayın Wille, bir hakim olarak, monarşinin günümüz toplumunda uygun bir idare tarzı olmadığı, Anayasanın 7. maddesinin değişmesinin gerektiği, Prens Liechtenstein hukuk sistemine göre hukuki sorumluluğunun olması gerektiği ve Liechtenstein Anayasa Mahkemesi'nin yetkilerinin genişletilmesi gerektiği yönünde fikirler ifade edebilir. Fakat, Sayın Wille kendisini mevcut Anayasanın üzerinde görmeye veya Anayasa Mahkemesini Anayasada verilmeyen yetkileri üstlenmeye teşvik etme hakkına sahip değildir. Prens'e göre, Sayın Wille, kendisinin eğitim düzeyi ve mesleki tecrübesi göz önüne alındığında, "halk" ("*Volk*"), "Meclis" ("*Landtag*"), "Hükümet" ("*Regierung*") ve "Prens" ("*Fürst*") terimlerini ve bunların Anayasada açıkça tanımlandığı şekliyle hak ve ödevlerinin ne olduğunu bilen bir kişidir. Davacının bu terimlerin dönüşümlü olarak kullanılabilmesi kanaati Anayasayı ve anayasal düzenin tamamını tehlikeye sokar.

19. Prens, 1992 yılının sonbaharında meydana gelen siyasi olaylara da atıfta bulunmuş ve son olarak 17 Şubat 1995'te bir Liechtenstein gazetesinde çıkan makaleye dayanarak, Sayın Wille'in hala kendisini Liechtenstein Anayasası'ndan üstün tutmaya niyetli olduğuna hükmetmek durumunda kaldığını belirtmiştir. Bundan dolayı Prens, Sayın Wille'e şahsi bir mektupla ileride tekrar bir kamu kurumunun başkanı olarak atanmayacağını hemen bildirmiştir.

20. Davacının İdare Mahkemesi Başkanlığı görevi 1997 yılının ilkbaharında sona ermiştir. 14 Nisan 1997'de Liechtenstein Meclisi onu tekrar İdare Mahkemesi Başkanlığı için önermiştir.

21. Prens, Meclis Başkanına yazdığı 17 Nisan 1997 mektubunda önerilen atanmanın reddedildiğini bildirmiştir. Prens bu mektupta kendisinin Sayın Wille ile olan tecrübesinden onun Liechtenstein Anayasası ile bağlı olmadığı kanaatine vardığını ifade etmiştir. Sayın Wille'in bu şartlarda İdare Mahkemesi Başkanlığına atanmasının onaylanması, Prese göre Devlet Başkanı olarak görevini yerine getirmemek anlamına gelecektir. Prens ayrıca Sayın Wille'in İdare Mahkemesi Başkanı olarak alanına önemli katkılarda bulunduğunu ve bu nedenle onun Meclis tarafından önerilmesini anlayışla karşıladığını belirtmiştir. Şayet Meclis, kendisinin Sayın Wille hakkındaki görüşlerine katılmıyorsa onu İdare Mahkemesine yardımcı hakim olarak atayabileceğini de ifade etmiştir.

22. Başvuru sahibi, halen Liechtenstein-Institut adlı kuruluşta araştırmacı olarak çalışmaktadır.

## II. İLGİLİ İÇ HUKUK HÜKÜMLERİ

23. Liechtenstein Prensligi, demokratik ve parlamenter bir anayasal monarşidir. Egemenlik Prense ve halka aittir ve bu güç her ikisi tarafından Anayasanın hükümlerine göre (24 Ekim 1921 tarihli Anayasanın 2. maddesi) kullanılacaktır.

24. Anayasanın ikinci bölümü “Prens” başlığını taşır. 7. Madde Prens devlet başı olduğunu, egemen otoritesini Anayasanın ve diğer kanunların hükümlerine uygun olarak kullanacağını ve Prens şahsının saygı değer ve dokunulmaz olduğunu kayda bağlar. Onun diğer yetkileri 8. ve 13. maddelerde bildirilmiştir. 11. maddeye göre Prens, Anayasada belirtilen usule uygun olarak Devlet görevlilerini atar (karşılaştırınız, Başbakan, Bakanlar ve onların vekilleri ile ilgili 79. madde, İdare Mahkemesi Başkanı ve onun yardımcısı ile ilgili 97. madde, Mahkemelerin Teşkilat Kanunu ile birlikte kısmında ilk yargı yeri mahkemesi hakimleri ile ilgili 99. madde, Yüksek Mahkeme (*Obergericht*) ve Yüksek Yargı Mahkemesi (*Obster Gerichshof*) üyeleri ile ilgili 102. maddenin 3. fıkrası). Prens 28 Nisan 1997 tarihli mektubuyla Anayasanın 11. maddesine göre kendisinin atamakla görevli olduğu devlet görevlilerini atama yetkisini bundan sonra Liechtenstein Hükümetine devretmiş olduğunu bildirmiştir.

25. Anayasanın 4. bölümü Prenslük vatandaşlarının genel olarak hak ve ödevlerini belirtmiştir. 31. madde bütün vatandaşların kanun önünde eşit olduğuna hükmeder ve kamu görevlerinin bütün vatandaşlara, hukuki düzenlemelere uyulması şartıyla, açık olduğunu belirtir.

26. Anayasanın 97. maddesi gereğince, Hükümetin bütün karar ve emirlerine karşı İdare Mahkemesine başvurulabilir. İdare Mahkemesi mesleği hakimlik olan bir Başkan ve yardımcısından (her ikisi de Meclisin önerisi üzerine Prens tarafından atanmaktadır) ve Meclis tarafından seçilen dört dava hakimi ve onların yedeklerinden oluşur. Başkan ve yardımcısı Liechtenstein vatandaşı olmalıdır. Bunların görev süreleri Meclisin görev süresi ile sınırlıdır, Meclis yenilendiğinde bunların da görev süresi sona erer.

27. Anayasanın 104. maddesine gereğince, Anayasa Mahkemesi diğer görevlerinin yanı sıra Anayasa tarafından verilen hakları koruma görevi verilmiştir. Anayasa Mahkemesi Kanununun (*Sataatgerichtshofgesetz*) 23. maddesi, bir mahkeme ya da idari bir birimin kararlarına karşı, onların anayasal hakları ya da İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunması Avrupa Sözleşmesi tarafından güvence altına alınan hakları ihlal ettikleri ileri sürülerek Anayasa Mahkemesinde dava açılabilir.

28. Anayasanın 105. maddesi ile birlikte Anayasa Mahkemesi kanunun 4. maddesi gereğince, Anayasa Mahkemesi hakimleri Meclis tarafından seçilir, Mahkemenin başkanı ve başkan yardımcılarının atanması için Prens onayı gerekir.

29. Anayasanın 113. maddesi şöyle demektedir:

*“Eğer Anayasanın belli hükümlerinin yorumlanması konusunda şüpheler doğar ve bu şüpheler Hükümet ve Meclis arasında yapılacak bir anlaşma ile giderilemezse, Anayasa Mahkemesi bu konuda karar vermeye yetkilidir.”*

*(“Wenn über die Auslegung einzelner Bestimmungen der Verfassung Zweifel entstehen und nicht durch Übereinkunft zwischen der Regierung und dem Landtage beseitigt werden können, so hat hierüber der Staatsgerichtshof zu entscheiden.”)*

30. 1991 yılında Liechtenstein Hükümeti, 1925 tarihli Anayasa Mahkemesi Kanununun değiştirilmesi amacıyla bir kanun teklifi vermiştir. Hükümet, Anayasa Mahkemesinin Anayasanın belirli hükümlerinin yorumu konusunda karar verme yetkisi ile ilgili hükmünü yorumlarken Anayasanın 112. maddesinin lafzı ve amacı ile ilgili görüşlerini de belirtmiş ve özellikle de “Hükümet” teriminin “Prens”i de kapsayacak şekilde anlaşılması gerektiğine işaret etmiştir. Kanun teklifinin hazırlık aşamasında Prens, o zamanki Liechtenstein Hükümetinde Başbakan Yardımcılığı görevinde bulunan başvurana gönderdiği mektupta, teklif edilen yoruma katılmadığını bildirmiştir.

Başvuruda bulunan, kanun tasarısının Nisan 1992’de yapılan ilk görüşmesi sırasında tasarımı Meclise anlatmıştır. Meclis Başkanı, Anayasanın 112. maddesinin Hükümet tarafından yorumlanış şeklini görüşmeler esnasında sorgulamıştır. Kanun teklifi 11 Kasım 1992’de Mecliste kabul edilmiş, ancak Prens imzalamadığı için yürürlüğe girmemiştir.

31. Hakimler, Liechtenstein Mahkemeleri Teşkilat Kanununun (*Gerichtsorganisations-Gesetz, LGBl 1992 Nr. 16*) 20. maddesine göre, Prense sadık kalacakları ve kanunlara ve Anayasaya uyacakları yükümlülüklerini de içeren bir yemin etmek zorundadırlar.

#### KOMİSYON ÖNÜNDEKİ YARGILAMA

32. Bay Herbert Wille dilekçesini 25 Ağustos 1995’te Komisyona vermiştir. Dilekçede, Liechtenstein Prensi Zatı Samimileri II. Hans-Adam’ın bir mektupla başvurusu, vermiş olduğu bir konferansta ileri sürdüğü fikirler sebebiyle tekrar bir kamu kurumunun başkanı olarak atamayacağını bildirdiği ileri sürülmektedir. Bu önlemin Sözleşmenin 6., 10.,13. ve 14. maddelerini ihlal ettiği iddia edilmektedir.

33. Komisyon, 28396/95 numaralı başvurusu 27 Mayıs 1997’de incelemeye değer bulmuştur. Komisyon, 17 Eylül 1998 tarihli (eski 31. maddeye göre hazırladığı) raporunda ikiye karşı 17 oyla mevcut davada 6. maddenin ihlal edilip edilmediğinin tespitine gerek olmadığına, üçe karşı 16 oyla 10. madde ile birlikte 13. maddenin ihlal edildiğine ve ikiye karşı 17 oyla 10. madde ile birlikte 14. madde uyarınca ayrı bir hukuki konunun ortaya çıkmadığı kanaatine varmıştır. Komisyon üyelerinin görüşlerinin tam metnini ve üç karşı görüşü içeren rapor bu karara ek olarak verilmiştir.<sup>1</sup>

#### MAHKEMEYE SON SUNUŞLAR

34. Başvuran, dilekçesinde Mahkemeden ilgili Devletin Sözleşmenin 10. ve 13. maddelerinde belirtilen yükümlülüklerine aykırı davrandığının tespitini ve 41. madde gereğince adil bir karşılık olarak tazminat verilmesini istemektedir.

İlgili Hükümet ise, davacının Sözleşmenin 10. ve 13. maddelerine dayanarak ileri sürdüğü şikayetlerin Mahkeme tarafından reddedilmesini istemektedir.

#### KARAR

##### I. SÖZLEŞMENİN 10. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

35. Başvuran, Liechtenstein-Institut adlı kuruluşta 16 Şubat 1995 tarihinde Anayasa Hukuku konusunda verdiği konferansta açıkladığı fikirler nedeniyle Liechtenstein Prensi Zatı Samimileri İkinci Hans-Adam tarafından gönderilen bir mektupta belirtilen ve kendisinin tekrar bir kamu kurumunun başına atanmayacağını bildiren görüşünü dava konusu etmektedir. Başvuran, bu durumun Sözleşmenin 10. maddesi ile güvence altına alınan ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini düşünmektedir. Onuncu madde şu hükümleri içerir:

“1. Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğünü, kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber ve fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerir.

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

<sup>1</sup> Yazı İşleri Müdürünün Notu: Pratik sebeplerden dolayı Komisyon Raporu sadece kararın son şekliyle basıldığı seçilmiş hükümler ve Mahkeme kararlarına dair resmi rapor külliyatında yer alacaktır. Yine de Komisyon raporunun bir kopyası yazı İşleri Müdürlüğünden edinilebilir.)

gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için kanunla öngörülen bazı formalitelere, şartlara, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir.

### **A. Onuncu Maddenin Davaya Uygulanabilirliği ve Hak İhlalinin Varlığı**

36. Başvuran, Prens'in 27 Şubat 1995 tarihli mektubunda belirttiği şekliyle kendisinin gelecekte bir kamu görevine atamayacağı (Meclis veya herhangi bir kurum tarafından önerilse dahi) kararı, kendisinin mektubun yazılmasından bir kaç gün önce vermiş olduğu akademik nitelikteki bir konferansa tepki niteliğinde olduğu ve bu konferansta açıklamış olduğu görüşlerin Prens tarafından cezalandırılmasından başka bir anlama gelmeyeceğini ileri sürmektedir. Başvurana göre, her ne kadar Sözleşme kamu hizmetine girişi bir hak olarak kabul etmese de, kamu görevlileri 10. maddenin getirmiş olduğu korumadan yararlanabilirler.

37. Hükümet ise, yapmış olduğu konuşma ve Prens'in 27 Şubat 1995 tarihli mektubunda buna dair açıkladığı görüşlerinin Liechtenstein'da o tarihte sürmekte olan Prens'in yetkilerine ilişkin siyasi tartışma çerçevesinde değerlendirilmesi ve tek başına düşünülmemesi gerektiğini ileri sürmektedir. 1992 yılında Prensle Hükümet arasında, ülkenin Avrupa Ekonomik Bölgesine girmesi konusunda yapılacak olan referandumun tarihi üzerine bir anlaşmazlık söz konusu idi. Başvuran o tarihte Liechtenstein Hükümetinde adalet işlerinden sorumlu Başbakan Yardımcısıydı. Bu anlaşmazlık döneminde, başvuran Anayasanın 112. maddesine göre Anayasa Mahkemesinin Prensle Meclis arasında bir anlaşmazlık söz konusu olduğunda Anayasanın ne şekilde yorumlanması gerektiğine karar verme yetkisine sahip olduğu görüşünü belirtmiştir. Bu sırada Anayasa Mahkemesi Kanununda değişiklik yapılması teklifi Mecliste görüşülüyordu. Başvuran bu konu ile ilgili Meclise sunduğu açıklama raporunda yukarıdaki görüşlerini tekrarlamıştır. Her iki olayda da Prens fikirlerine karşı çıkmıştır. Buna rağmen başvurunu Aralık 1993'te İdare Mahkemesi Başkanı olarak atamıştır. Bu nedenle Prens'in mektubu, daha önce Anayasa Mahkemesinin yetkileri konusunda uzlaşmaya varılmış olmasına rağmen aynı konuyu konferansında tekrar gündeme getirmesi (Prens'in bu tür fikirlere karşı olduğunu bildiği halde) nedeniyle Prens'in duyduğu şaşkınlık ve hayal kırıklığının bir ifadesidir.

38. Prens'in 27 Şubat 1995 tarihli mektubu, içeriği kamuoyundan gizli tutulmak istendiği için, şahsi bir mektup olarak yazılmış ve ikametgahına gönderilmiştir. Bu mektup resmi bir yazışma değildir ve daha sonra verilecek bir karar ile ilgili niyetin belirtilmesi niteliğindedir. Bu mektup mevcut hukuki statüsü üzerinde de bir etki yapmamıştır; çünkü başvuran ne görevinden azledilmiş, ne de onun İdare Mahkemesi Başkanı olarak icra ettiği mesleki faaliyetleri herhangi bir şekilde engellemiştir. Mektup bir devlet tasarrufu olarak nitelendirilse bile, Sözleşmenin hükümleri bu davaya uygulanamaz. Buradaki müeyyide belli bir kamu makamına atanmasının reddi olduğundan, bu davacının hiç bir hakkını ihlal etmez. Çünkü, ne Liechtenstein kanunları ne de Sözleşme belli bir kamu makamına atanma hakkı diye bir hakkı düzenlenmemiştir. Sonuçta, davanın özü bir kamu makamına atanma ile ilgili olduğu için 10. madde bu davaya uygulanamaz.

39. Komisyon esas itibarıyla görüşlerine katılmaktadır. Komisyon, Prens'in 27 Şubat 1995 tarihli mektubunda belirttiği başvurunu gelecekte belli bir kamu makamına atamama kararını, Sözleşmenin 10. maddesi ile güvence altına alınan görüşlerini açıklama ve anlatma özgürlüğüne bir müdahale olarak değerlendirmiştir.

40. Mahkeme öncelikle Hükümetin ileri sürdüğü davanın esas itibarıyla Sözleşmenin güvence altına almadığı bir hak olan kamu görevine giriş ile ilgili olduğu savını değerlendirecektir.

41. Bu bağlamda Mahkeme, kamu hizmetlerine eleman alınması konusunun bilinçli olarak Sözleşmenin kapsamı dışında tutulduğunu belirtir. Bunun sonucu olarak bir kişinin bir kamu görevine alınmaması Sözleşmeye göre dava konusu yapılamaz. Fakat bu, şayet kamu görevlisi olarak atanmış bir kişinin işten çıkarılması o kişinin Sözleşme ile güvence altına alınmış haklarından birini ihlal ederse, işten çıkarmanın dava konusu edilemeyeceği anlamına gelmez. Kamu görevlileri Sözleşmenin kapsamı dışında değildir. Sözleşmenin birinci ve 14. maddeleri, taraf devletlerin yargı yetkisine konu olan herkesin Sözleşmenin birinci kısmında düzenlenen hak ve özgürlüklerden "hiç bir ayırım

gözetmeksizin” yaralanacaklarını hükme bağlar. Dahası, kısaca taraf devletlerin “silahlı kuvvetler, polis ve devlet yönetimi mensuplarının” toplanma ve cemiyet kurma özgürlüklerine özel nitelikte sınırlandırmalar getirebileceğini belirten 11. maddenin 2. fıkrası, Sözleşmenin sağladığı güvencelerin genel bir kural olarak kamu görevlileri için de geçerli olduğunu teyit eder (bakınız, 28 Ağustos 1986 tarihli Glasenapp ve Kosiek Kararı, Seri A, no. 104, s. 26, madde 49; no.105, s.20, madde 35; ve 26 Eylül 1995 tarihli Vogt-Almanya Kararı, Seri A, no. 323, ss.22-23, madde 43).

42. Buna göre, Liechtenstein İdare Mahkemesinin Başkanlığına atanması sonucu kamu görevlisi statüsüne geçmiş olması, 10. maddenin sağladığı korumadan mahrum edilmesine gerekçe olamaz.

43. 10. maddenin ihlal edilip edilmediğine karar vermek için, öncelikle anlaşmazlık konusu olan önlemin “formalite, şart, sınırlandırma veya yaptırım” şeklinde hak ihlaline yol açıp açmadığını; ya da Sözleşme ile güvence altına alınmamış bulunan kamu görevine giriş hakkı olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin araştırılması gerekir. Bu amaçla, önlemin kapsamının ne olduğunun dava ile ilgili veriler ve ilgili hukuki düzenlemeler çerçevesinde belirlenmesi gerekir (bakınız, Glasenapp ve Kosiek-Almanya Davası Kararı, op. cit, s.26 madde 50, s.20 madde 36).

44. Mahkeme Glasenapp ve Kosiek davalarında yetkili makamların fiillerini, başvuruda bulunanların kamu görevine girişlerinin onların atama için gerekli niteliklerden birini taşımadıkları nedeniyle reddedilmesi olarak değerlendirdi. Mahkeme, Vogt Davasında Şubat 1979 tarihinden itibaren kadrolu memur olarak istihdam edildiğini, 1979 yılının Ağustos ayında geçici olarak görevinden uzaklaştırıldığını ve 1987 yılında görevinden çıkarıldığını belirledi. Mahkeme bu davada Sözleşmenin 10. maddesine korunan bir hakkın ifa edilmesinin engellendiği sonucuna vardı (bakınız, Vogt-Almanya Kararı, op. cit, s.23, madde 44). Eldeki davada Mahkeme, verilen örneklerde olduğu gibi, kamu görevine eleman alınması konusunun davanın özünü oluşturmadığı görüşündedir. Her ne kadar Prens İdare Mahkemesi Başkanlığına ileride yeniden atanması konusunu gündeme getirmişse de, Prens bu konudaki açıklaması, onun başvuran ile yaptığı yazışmalar kapsamında değerlendirildiğinde, daha önce ifade etmiş olduğu fikirlerinden dolayı kınanması kapsamında değerlendirilmelidir.

45. Hükümet, 27 Şubat 1995 tarihli mektubun sadece Prens tarafından ileride verilmesi mümkün olan bir kararın önceden bildirilmesi niteliğinde olduğunu, dolayısıyla özel bir mektup olduğunu ve bir yaptırım olarak değerlendirilemeyeceğini ileri sürmektedir.

46. Mahkeme bu konu ile ilgili olarak, Sözleşmeye göre bir Devletin sorumluluğunun o Devletin organları, temsilcileri ve kamu görevlilerinin hareketleri sonucu ortaya çıktığını tekrarlar. Uluslararası hukukta genellikle bu aktörler arasında sıralama yapılmaz ve burada da sıralama yapmak önemsizdir. Çünkü, kişilerin resmi sıfatları ile yapmış oldukları fiiller her halükarda devlete atfedilecektir. Özellikle de, Taraf Devletlerin Sözleşme ile yüklenikleri sorumluluklar, kendisine verilen resmi bir görevi ifa eden bir kişi tarafından ihlal edilebilir (bakınız, İrlanda-İngiltere Davası, Comm. Report 25.1.76, Yearbook 19, s.512, 758. sayfada).

47. Mahkeme, Liechtenstein Prensi’nin anayasal ve parlamenter bir rejime sahip monarşi olduğuna, Devlet egemenliğinin Prense ve millete ait olduğuna ve her ikisi tarafından Anayasanın ilgili hükümleri (Anayasanın ikinci maddesi) doğrultusunda kullanıldığına işaret eder. Anayasanın ikinci bölümü Prens egemen yetkilerini ayrıntılı olarak düzenler. Bunlar arasında belli devlet görevlilerini atama yetkisi de vardır (Anayasanın 11. maddesi).

48. Mahkeme, Aralık 1993’te Liechtenstein İdare Mahkemesi Başkanlığına atandığına da işaret eder. Liechtenstein Prensi, 27 Şubat 1995 tarihli mektubunda, Meclis veya herhangi bir kurum tarafından teklif etmiş olsa bile, başvurunu ileride bir kamu kurumunun başına atamaya niyeti olmadığını bildirmiştir. Prens bu mektubu yazmasına *Liechtensteiner Volksblatt* adlı gazete çıkan ve 16 Şubat 1995’te Liechtenstein Anayasa Mahkemesinin yapısı ve görevleri konusunda vermiş olduğu ve Anayasa Mahkemesinin Anayasayı yorumlama yetkisinin Prense verilen yetkilerle ilgili

anlaşmazlık çıkması durumunda da var olduğunu belirten ifadenin yer aldığı konferansla ilgili haber neden olmuştur. Bu nedenle mektup, taraflar arasında var olan bir anlaşmazlık nedeniyle yazılmamıştır. Bu mektupta belirtildiğine göre, fikirleri Anayasaya aykırıdır ve Anayasa ile ilgili bu tutumu onun bir kamu makamı için uygun bir kişi olması niteliğini yok eder. Prens, başvurunu atamama niyetini 4 Haziran 1995 ve 2 Haziran 1995 tarihli mektupları ile teyit etmiştir. Son olarak, 17 Nisan 1997 tarihli mektubu ile, Meclis tarafından İdare Mahkemesi Başkanlığı için aday gösterilen başvurunu, yeniden bu göreve atamayı reddetmiştir. Mahkeme bu nedenle mektupların Prens'in özel yazışmaları olduğu ve devlet görevini ifa etmekle ilgili olmadığı savını kabul etmez.

49. Mahkeme, ifade özgürlüğünün ihlal edilip edilmediğini anlamak için Prens'in 27 Şubat 1995 tarihli mektubunu esas almalıdır. Çünkü, Prens'in başvurunu ile ilgili niyetleri ilk defa bu mektupta ifade edilmiştir. Fakat başvuruna karşı alınan önlem, Prens'in adı geçen mektupta belirtilen niyetini pekiştiren daha sonraki yazışmaları çerçevesinde değerlendirilmelidir.

50. Mahkeme, 27 Şubat 1995 tarihli mektubun içeriği göz önüne alarak, düşüncesini ifade etme özgürlüğünün bir Devlet yetkilisi tarafından ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Dava konusu edilen önlem, İdare Mahkemesi Başkanı olarak görev süresinin ortalarında alınmıştır ve bu nedenle işin gerektirdiği şahsi niteliklerin gözden geçirilmesini de içeren personel istihdamı prosedürleri ile bir alakası yoktur. 27 Şubat 1995 tarihli mektupta kullanılan ifadeler, Prens'in başvuruna karşı ileride nasıl davranacağı konusunda bir karara vardığını gösterir. Bu karar onun egemen yetkilerini, diğer bir deyişle devlet memurlarını atama yetkisini, kullanması ile ilgilidir. Buna ilaveten, her ne kadar adı geçen mektup ikametgahına gönderilmişse de, başvuruna açıkça İdare Mahkemesi Başkanı sıfatıyla hitap etmektedir. Bu nedenle, şikayet edilen önlem devletin gücünü kullanmaya yetkili ve dolayısıyla fiilleri Liechtenstein devletini Sözleşme hükümlerine göre sorumluluk altına sokan bir organ tarafından alınmış bir önlemdir. düşüncesini ifade etme özgürlüğü, onun konuşmasını eleştiren ve daha sonra da onu düşüncelerini serbestçe ifade ettiği gerekçesiyle cezalandırma niyetini belirten Prens tarafından ihlal edilmiştir. Prens'in başvurunu bir üst düzey kamu görevine tekrar atamayacağını yönündeki niyetini açıklaması, onun fikirlerini ifade etme özgürlüğünü kullanmasını cezalandırmaya yönelik bir önlemdir; bundan da öteye bu önlem başvurunu ileride benzeri ifadeleri kullanmaktan caydırabileceğinden, onun ifade özgürlüğü üzerinde ümit kırıcı bir etki oluşturmaktadır.

51. Bu durum Sözleşmenin 10. maddesi birinci fıkrası tarafından güvence altına alınan ifade özgürlüğüne müdahale edilmesi anlamına gelmektedir.

## **B. Özgürlüğe Müdahalenin Haklılık Derecesi**

52. Böyle bir müdahale, 10. maddenin ikinci paragrafında tanımlanan ve demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler niteliğinde olan ve “kanunla öngörülen” bir meşru amaç veya amaçların yerine getirilmesine yönelik olmadığı müddetçe, 10. maddenin ihlaline yol açar.

### *I. “Kanunla Öngörülen” ve Meşru Olan Amaç*

53. Başvuran, şikayet ettiği müdahalenin Liechtenstein hukukuna aykırı olduğunu ileri sürmektedir. Özellikle de, konuşmasına tepki olarak Prens'in bu derece ciddi ve geniş kapsamlı müeyyide getirmesini kabul edilemez bulmaktadır. İlaveten, Prens'in aldığı önlemin hiç bir meşru amacı yerine getirmeye yönelik olmadığı görüşündedir.

54. Hükümete göre ise, şayet bir müdahale varsa, bu yargı mensuplarının uyması gereken ve Liechtenstein kanunlarına göre yapmış olduğu Prese bağlılık ve Anayasa ve kanunlara uyma yükümlüğünü de içeren yeminini ihlal etmesi nedeniyle haklı karşılanmalıdır. İlaveten, bu müdahalenin amacı kamu düzenini korumak, toplumun istikrarını kuvvetlendirmek ve yargının bağımsızlığını korumaktır.

55. Komisyon, düşüncesini ifade etme özgürlüğünün kısıtlanmasının haklılığını incelerken, böyle bir kısıtlamanın “demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler” niteliğinde olup olmadığının belirlenmesinin en önemli mesele olduğunu görüşündedir. Komisyon bu üçüncü şarta uygunluk

konusunda karar verildiğinde, ilk iki şarta uyulup uyulmadığının incelenmesine gerek olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

56. Bu müdahale Hükümetin iddia ettiği gibi kanunda öngörölmüş ve meşru bir amacın yerine getirilmesi için yapılmış olsa bile, Mahkeme aşağıda belirtilen nedenlerle böyle bir müdahalenin “demokratik bir toplumda zorunlu” bir tedbir niteliğinde olmadığı görüşündedir.

## 2. “Demokratik bir Toplumda Zorunlu” Bir Tedbir

57. Başvuran, şikayet ettiği tedbirin Sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen “demokratik bir toplumda zorunlu” bir tedbir olarak kabul edilemeyeceğinden, kendisinin düşüncesini ifade etme özgürlüğüne bir müdahale olduğunu ileri sürmektedir.

58. Komisyon, Hükümet tarafından kabul edilmeyen bu görüşe katılmaktadır.

59. Hükümet temsilcileri, 10. maddenin ikinci fıkrasının Devlete hangi siyasi davranışların “idari bir makama uygun” davranış olduğunu belirlemede geniş bir takdir yetkisi verdiği görüşündedir. Onlar, kamu hizmetinde belli bir seviyeden sonra, yüksek kamu görevlilerini (üst düzey hakimler dahil) atamak, yeniden atamak ve işten uzaklaştırmak yetkisine sahip olanlarla ters düşmenin belli bir riski beraberinde getirdiğini, bunun bütün ilgililer tarafından bilindiğini ve bu durumun şimdiye kadar insan haklarının ihlali olarak değerlendirilmediğini yapılan duruşmada belirtmişlerdir. Onlara göre, adli bir mevkiin doğası gereği, o makamı işgal edenlerin kamuoyuna siyasi bir içerik taşıyan açıklama yapmak konusunda azami ölçüde kendilerini sınırlandırmaları gerekir.

60. Hükümete göre, Liechtenstein Anayasa Mahkemesinin işlevleri konulu konferansı tartışmalı bir siyasi demeç ve ustaca ifade edilmiş fakat Prensi ciddi bir şekilde tahrik edici bir unsur içerir. Prens kendisinin Liechtenstein yargısından tamamen muaf olduğu görüşündedir ve bu görüş Anayasanın lafzı tarafından da desteklenmektedir. Başvuran, Prens ile Meclis arasında bir anlaşmazlık olması halinde Anayasa mahkemesinin bu konuda karar vermeye yetkili olduğunu yönündeki açıklamasının Prensın yukarıda belirtilen görüşüne ters düştüğünün farkındadır. Hükümet temsilcileri Mahkemeye verdikleri sunuşta, hakim sıfatıyla konferans vermesi için davet edildiğini ancak onun bu daveti kendi siyasi ve hukuki fikirlerini kamuoyuna sunmak için fırsat olarak değerlendirdiğini belirtirler. Onlara göre, bu tutumu halkın adli bağımsızlık ve tarafsızlığa olan inancını zedelemiştir.

61. Mahkeme, yukarıda zikredilen Vogt-Almanya kararında (ss. 25-26, madde 52) 10. madde ile ilgili temel prensipleri, içtihat hukukunda belirtildiği şekliyle, aşağıdaki gibi özetlendiğini hatırlatır:

(i) 10. maddede yer alan ifade özgürlüğü, demokratik bir toplumun en önemli temellerinden birini oluşturur; demokratik toplumun gelişmesi ve her bireyin kendi kişiliğini gerçekleştirmesinin temel koşuludur. İfade özgürlüğü, 10. maddenin ikinci fıkrasını sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen, zararsız veya ilgilenmeye değmez görölen “haber” ve “düşünceler”e değil, aynı zamanda aleyhte olan, çarpıcı gelen veya rahatsız eden “haber” ve “düşünceler”e de uygulanır; bunlar, “demokratik toplumun” olmazsa olmaz unsurları olan çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin gerekleridir. 10. maddenin güvence altına aldığı şekliyle ifade özgürlüğüne bir takım istisnai hallerde sınırlamalar getirilebilir, fakat bu istisnalar dar bir şekilde yorumlanmalı ve sınırlamanın gerekli olduğu ikna edici bir biçimde ortaya konmalıdır.

(ii) 10. maddenin ikinci fıkrasında ifade edildiği şekliyle “gerekli” sıfatı, “toplumda zorunlu tedbirler” anlamına gelir. Sözleşmeye taraf devletler böyle bir tedbirin gerekliliğini belirlemede belli ölçüde takdir yetkisine sahiptirler; ancak bu hareket serbestisi, bu amaçla konulan hukuki kurallar ve bağımsız mahkemeler tarafından belirlenmiş bile olsa bu kuralların uygulanması ile ilgili kararlar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin gözetimine tabidir. Bu nedenle Mahkememiz, sınırlama ve yaptırımın 10. maddenin güvence altına aldığı ifade özgürlüğü ile bağdaştırılabilirliği hakkında son kararı vermeye yetkilidir.

(iii) Mahkeme, denetim yetkisini kullanırken, görevinin yetkili ulusal mahkemelerin yerini almak olmadığını, daha ziyade bu mahkemelerin takdir yetkileri çerçevesinde verdikleri kararları 10.

maddeye göre incelemek olduğunu belirtir. Fakat bu, Mahkemenin denetim yetkisinin sadece ilgili devletin takdir yetkisini kullanırken makul biçimde, dikkatlice ve iyi niyetle hareket edip etmediğinin araştırılması ile sınırlı olduğu şeklinde anlaşılmalıdır. Mahkemenin görevi, şikayet edilen müdahaleyi olayın bütününe dikkate alarak incelemek ve devletin getirdiği sınırlamanın ne dereceye kadar “güdülen meşru amaçla orantılı” olduğuna ve ulusal makamlar tarafından karara gerekçe olarak gösterilen delillerin “uygun” ve “yeterli” olup olmadığına bakmaktır. Mahkeme bunu yaparken, ulusal makamların 10. maddenin içerdiği ölçülerle uyum içerisinde olan standartlar geliştirdikleri ve bunları uyguladıkları, aynı zamanda onların kararlarını konu ile ilgili delillerin makul bir değerlendirmesine dayandırdıkları konusunda emin olmalıdır.

62. Aynı kararda Mahkeme şu hükme varmıştır:

“Bu ölçülerden kamu görevlileri de yararlanır. Her ne kadar bir Devlet, statüleri gereği kamu görevlilerinin görevlerinin ne olduğunu belirleme yetkisine sahipse de, kamu görevlileri de birer birey olarak Sözleşmenin 10. maddesinin içerdiği güvencelerden yararlanırlar. Bu nedenle, kişilerin temel hakkı olan ifade özgürlüğü ile demokratik bir devlette meşru bir çıkarı olarak kabul edilen Sözleşmenin 10. maddesi ikinci fıkrasında sayılan amaçların kamu hizmetleri tarafından yerine getirilmesini sağlama çıkarı arasında, her bir davanın kendine özgü nitelikleri göz önüne alınarak adil bir denge sağlanması Mahkemenin görevidir. Mahkeme bu amaca yönelik olarak temyiz görevini yürütürken, kamu görevlilerinin ifade özgürlüğü haklarının gündeme geldiği her durumda, 10. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen “görev ve yükümlülükler”in özel bir önem kazandığını dikkate alır. Bu da, ulusal makamlara haklara getirilen sınırlamanın yukarıda belirtilen amaca uygunluğunu belirlemede belli sınırlar içinde takdir yetkisi tanınmasını haklı kılar” (s.26, madde 53 ve 2 Eylül 1998 tarihli Ahmed ve Diğerleri-Birleşik Krallık Kararı, Reports of Judgements and Decisions 1998-VI, s.2378, madde 56).

63. Mahkeme, 16 Şubat 1995 tarihli konferansında belirttiği görüşlere karşı Prens’in almış olduğu önlemin “toplumda zorunlu bir tedbir” niteliğinde ve “gözetilen meşru amaçla orantılı” olup olmadığını değerlendirirken, karşı çıkılan ifadeyi olayın bütünü içinde değerlendirecektir. başında bulunduğu kamu görevine, beyanına, bu beyanın yapılmış olduğu ortama ve bu beyana gösterilen tepkiye özel bir önem verilecektir.

64. Başvuru sahibi Aralık 1993’te İdare Mahkemesi Başkanı olarak atanmış olup, söz konusu konferansı verdiği 16 Şubat 1995 tarihinde de aynı görevini sürdürmekteydi. bu tarihte yüksek yargıçlardan biri olması nedeniyle, Mahkeme bu derece yüksek seviyedeki memurların durumu dava konusu olduğunda 10. maddenin ikinci fıkrasında bahsedilen “görev ve sorumlulukların” özel bir önem kazandığını göz önüne almalıdır. Çünkü, adli hizmet veren kamu görevlileri, ifade özgürlüklerini kullanırken, yargının itibarı ve tarafsızlığının şüpheye düşebileceği durumlarda kendilerini sınırlandırmalıdır. Yine de Mahkeme, davacının pozisyonunda olan bir yargıcın ifade özgürlüğü konusunun yakından incelenmesi gerektiği görüşündedir.

65. Başvuranın 16 Şubat 1995’te verdiği konferans, Liechtenstein Araştırma Enstitüsü adlı kuruluştaki anayasal yargı yetkisi ve temel haklar konusunda verilen bir dizi konferanstan biridir. Başvuranın konferansında bahsettiği konular arasında Liechtenstein Anayasasının 112. maddesine göre Anayasa Mahkemesinin sorumluluk alanı ile ilgili bir açıklama da bulunmaktadır. Başvuranın görüşüne göre, bu maddede geçen “Hükümet” terimi Prens’in de içine almaktadır. Fakat, terimin bu şekilde anlaşılmasının Prens’in Liechtenstein adaletinin yargı yetkisinden muaf olduğu prensibi ile çakıştığı iddia edilmektedir (bakınız, paragraf 24 ve 29).

66. Başvurana göre söz konusu ifade, Anayasasının 112. maddesi ile ilgili yapılmış bilimsel bir yorumdur. Diğer taraftan Hükümet ise, her ne kadar bu ifade hukuki olarak zararsız bir ifade görünümünde yapılmışsa da, aslında o mevcut anayasal düzene saldırı niteliğindedir ve bu nedenle de davacının o zamanki kamu görevi ile bağdaşmayan oldukça siyasi bir beyanattır.

67. Mahkeme, davacının konferansının anayasa hukuku ile ilgili konulara değinmesi ve özellikle de egemenliği kullanan güçlerinden birinin Anayasa Mahkemesinde yargılanabilirliği

konusunu incelemesi nedeniyle kaçınılmaz olarak siyasi nitelikte olduğunu kabul eder. Mahkeme anayasal meselelerin doğası gereği politik nitelikte olduğu düşüncesindedir. Fakat konunun bu özelliği tek başına davacıyı bu konuda görüş bildirmesine engel olmamalıdır. Mahkeme, Liechtenstein Hükümetinin de 1991 yılında Anayasa Mahkemesi kanununu değiştiren bir kanun tasarısının Mecliste görüşülmesi esnasında yaptığı açıklamalarda benzer görüşleri dile getirdiğini, Prens'in bu görüşlere karşı çıktığını, fakat Liechtenstein Meclisinin çoğunluğu tarafından tasarının desteklendiğini tespit etmiştir (yukarıda 30. paragrafa bakınız). Başvuran tarafından ifade edilen fikirler Liechtenstein'da çok sayıda kişi tarafından paylaşıldığı göz önüne alınırsa, savunulamaz öneriler olarak değerlendirilemez. Dahası, başvuranın verdiği konferansta devam eden davaları etkileyen, kişiler ve kamu kurumlarını sert bir şekilde eleştiren ya da yüksek kamu görevlilerini ve Prens'i incitici ifadeler kullanılmamıştır.

68. Mahkeme, Prens'in gösterdiği tepki ile ilgili olarak, Prens'in başvuranı, Meclis ya da herhangi bir kurum tarafından önerilse dahi, tekrar bir kamu kurumunun başı olarak atanamayacağını belirten niyetini ilan ettiğini belirlemiştir. Prens, başvuranın yukarıda belirtilen beyanını Liechtenstein Anayasasının açıkça ihlali olarak değerlendirilmiştir. Bu bağlamda Prens, kendisi ile Liechtenstein Hükümeti arasında 1992 yılının Ekim ayında meydana gelen siyasi krize atıfta bulunmuş ve o tarihte kabinenin üyesi olan ve 1993'den beri de Liechtenstein İdare Mahkemesi Başkanı olan davacıyı anayasaya bağlı olmamakla itham etmiştir. Prense göre, başvuranın anayasa konusundaki tavrı onun bir kamu makamının başında bulunmasına engel teşkil eder.

69. Prens'in tepkisi, başvuranın Bakan iken ve özellikle de 1992'deki siyasi krizde takındığı tavır ve yargı yetkisi ile ilgili anayasal mesele hakkında vermiş olduğu ve basında aktarılan kısa açıklamasından çıkarılan genelleme üzerine kurulmuştur. Başvuranın adı geçen konferansta açıkladığı fikrin, onun İdare Mahkemesi Başkanı olduğu dönemdeki icraatını ya da devam eden veya hazırlık aşamasında olan herhangi bir davayı etkilediğine dair hiç bir olaya atıfta bulunulmamıştır. Benzeri şekilde Hükümet, başvuranın hukuki görevlerini yerine getirirken veya başka bir surette kurallara aykırı davrandığına ilişkin hiç bir örnek göstermemiştir.

70. Mevcut davada Mahkeme, Hükümetin başvuranın ifade özgürlüğüne müdahalesini meşrulaştırmak için ileri sürdüğü nedenleri konu ile ilgili bulmakla birlikte, bu nedenlerin, dava konusu yapılan müdahalenin "demokratik bir toplumda zorunlu" tedbirler olarak saymaya yeterli olmadığı hükmüne varmıştır. Belli ölçülerde takdir yetkisinin varlığı kabul edilse dahi, Prens'in tavrı elde edilmeye çalışılan amaç ile orantısızdır. Bu nedenle Mahkeme Sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

## **II. SÖZLEŞMENİN 13. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI**

71. Başvuran, bir konferansta ifade ettiği fikirlerine karşı Prens'in almış olduğu önlem ile ilgili olarak kendisine durumun düzeltilmesi için yargısal ya da diğer bir yola başvurma hakkının tanınmadığından şikayet etmektedir. Bu görüş, Sözleşmenin 13. maddesine dayandırılmıştır. Adı geçen madde şu hükmü içerir:

"Bu Sözleşmede tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlale edilen herkes, ihlal fiili resmi görev ifa eden kişiler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış da olsa, durumun düzeltilmesi için ulusal bir makama başvurma hakkına sahiptir."

72. Hükümet, başvuranın mevcut düzeltme yollarından kaçındığını ileri sürmektedir.

Hükümet, Komisyon önünde yapılan duruşmada, Anayasa Mahkemesi içtihat hukukunda Anayasa Mahkemesi Kanununun 23. kısmı hükümlerine göre idari makamlar ve Parlamento'ya karşı hüküm verilmesi için Anayasa Mahkemesine itiraz edilebileceğine dair kuvvetli deliller bulunduğunu arz etmiştir. Şayet Parlamento başvuranı İdare Mahkemesi Başkanı olarak önermekte ısrar etmezse, o bu konuda Anayasa Mahkemesine itiraz edebilir. Bu nedenle başvuranın, Sözleşmenin 13. maddesinde belirtildiği şekliyle, durumun düzeltilmesi için başvurabileceği bir makam mevcuttur.

73. Başvuran ise, Anayasa Mahkemesi Kanununun 23. bölümünde Anayasa Mahkemesinden hüküm verme talebinde bulunulabilmesi için itiraz edilen kararın bir mahkeme ya da idari makamın kararı olması gerektiğini belirtmiştir. Prens ise bunlardan hiçbiri değildir.

74. Komisyon başvuran ile aynı görüştedir. Komisyonun görüşüne göre, Hükümet başvuranın Sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiği iddiası ile ilgili olarak, ne uygulamada ne de Liechtenstein hukukunda durumun düzeltilmesi için başvurabileceği bir kanun yolunun var olduğunu ispatlayamamıştır. Özellikle de Hükümet, Anayasa mahkemesine yapılan şikayette bulunulabileceği konusunda mevcut davaya uyarlanabilecek bir örnek gösterememiştir.

75. Mahkeme Sözleşmenin 13. maddesini mütemadiyen, sadece Sözleşmenin hükümlerine göre “savunulabilir” olarak nitelendirilen şikayetlerle ilgili olarak iç hukukta durumun düzeltilmesi için başvurulabilecek bir yolun bulunması gerektiği şeklinde yorumlamıştır (bakınız, 27 Nisan 1988 tarihli Boyle ve Rice-Birleşik Krallık Kararı, Seri A, no 131, s.23, madde 52; ve 21 Şubat 1990 tarihli Powell ve Rayner-Birleşik Krallık Kararı, Seri A, no. 172, s.14, madde 31). Sözleşmenin 13. maddesi, Sözleşmede belirtilen hak ve özgürlüklerin iç hukuk düzeninde nasıl korunduğuna bakılmaksızın, bu hak ve özgürlüklerin özde uygulanmasını sağlamaya yönelik olarak, ulusal düzeyde durumun düzeltilmesi mekanizmasının var olmasını garanti eder. Her ne kadar Sözleşmeye taraf olan devletler bu maddeye göre yükümlülüklerini yerine getirme şeklini belirlemede belli ölçüde takdir yetkisine sahip olsalar da, bu madde taraf devletlere “yetkili bir ulusal makama” Sözleşmede güvence altına alınan hak ve özgürlüklerle ilgili şikayetin özü ile ilgilenme ve durumu düzeltme konusunda yetki verilmesini içeren iç hukuk yolunun sağlanmasını yükümlülüğünü getirir. Bu iç hukuk yolu, hem uygulamada hem de hukuk nazarında “etkili” olmalıdır (bakınız, 28 Kasım 1997 tarihli Menteş-Türkiye Kararı, Reports 1997-VIII, s.2715, madde 89).

76. 70. paragrafta belirtilen hüküm ışığında, şikayetin “savunulabilir” olması şartının mevcut sunuyla ilgili olarak yerine getirildiği söylenebilir (bakınız, 19 Aralık 1994 tarihli Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs ve Gubi-Avusturya Kararı, Seri A, no. 302, s. 20, madde 53).

77. Hükümet tarafından belirtilen, başvuranın kendisini ikinci bir dönem için İdare Mahkemesi Başkanlığına aday göstermek konusunda ısrar etmeyen Meclise karşı Anayasa Mahkemesine müracaat etmesi gerekirdi fikri hakkında, başvuranın 10. madde ile ilgili olarak yaptığı şikayetin Meclisin değil Prens tavrını konu ettiğini belirtmek yeterlidir. Yine de Hükümet, Anayasa Mahkemesinin 1925 yılında kurulmasından bu yana, bu mahkemenin Prens aleyhine yapılan herhangi bir şikayet konusunda hüküm vermeyi kabul ettiğine dair içtihat hukukunda bir örnek gösteremediği belirtilmelidir. Bu nedenle Hükümet durumun düzeltilmesi için etkin bir mekanizmanın varlığını ispatlayamamıştır.

78. Bütün bu veriler ışığında, davacının 13. maddede belirtilen durumun düzeltilmesi için ulusal bir makama başvurma hakkından mahrum edildiği sonucuna varılmıştır.

### III. SÖZLEŞMENİN 10. MADDESİ İLE BİRLİKTE 6. VE 14. MADDELERİNİN DE İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

79. Davacı, itibarını savunmak ve mesleği ve mesleki kariyeri de dahil olmak üzere şahsi haklarını Prens beyanlarına karşı korumak amacıyla bir mahkemeye başvurmaktan mahrum edildiğini Komisyon önünde ileri sürmüştür. Bu iddia, Sözleşmenin 6. maddesinin birinci fıkrasına dayandırılmıştır. Adı geçen maddenin ilgili kısmı şu hükmü içerir:

“Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili anlaşmazlıkların çözümlenmesi, gerek kendine yöneltilen herhangi bir suçlamanın karara bağlanması konusunda, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde adil ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. (...)”

80. Başvuran, belli bir konudaki hukuki görüşü nedeniyle, bir kamu makamına atanması konusunda kendisine karşı ön yargılı davranıldığını yine Komisyon önünde belirtmiştir. Bu iddia

Sözleşmenin 10. maddesi ile birlikte 14. maddesine dayandırılmıştır. Sözleşmenin 14. maddesi şöyledir:

“Bu Sözleşmede 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 bir durum bakımından hiçbir ayırım gözetilmeksizin sağlanır.”

81. Komisyon, Sözleşmenin 6. maddesinin ihlali ile ilgili olarak yapılan başvuruyu, Devletlerin Sözleşmenin 13. maddesine göre Sözleşmenin hükümlerinin ihlali durumunda daha genel nitelikli durumun düzeltilmesi için etkili bir yol sağlama yükümlülüğü çerçevesinde incelemeyi uygun bulmuştur. Komisyon, mevcut davada Sözleşmenin 6. maddesinin ihlali konusunda karar vermeye gerek görmemiştir. Yine Komisyon, Sözleşmenin 14. maddesine ilişkin başvuruda, 10. madde ile ilgili verilen karar ışığında, 14 madde ile ilgili karar verilmesine gereken bir durumun ortaya çıkmadığı görüşündedir.

82. Başvuruda bulunan, bu konudaki şikayetlerini Mahkemenin önüne getirmemiş, Mahkeme de bu konunun re’sen incelenmesine gerekli görmemiştir.

#### IV. SÖZLEŞMENİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

83. Başvuruda bulunan, Sözleşmenin 41. maddesi hükümlerine göre adil bir tatmin şekline hükmedilmesini istemektedir. Bu madde şöyledir:

“Eğer Mahkeme, Sözleşmenin ya da Ek Protokollerin ihlal edildiği hükmüne varırsa ve eğer Sözleşmeci tarafın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen gidermeye elverişli ise, Mahkeme kararında gerektiği takdirde zarar gören tarafa adil bir tatmin şekline hükmolünür.”

##### **A. Tazminatlar**

84. Başvuran, şikayette bulunduğu tedbir sonucunda uğramış olduğu ekonomik zararın tazmini amacıyla 25 bin İsviçre Frankı tutarında maddi tazminat ödenmesini talep etmiştir. İddiasına dayanak olarak, bu olay nedeniyle kendisine, seleflerinden farklı olarak, Liechtenstein sanayi ve iş çevreleri tarafından iyi kazanç getirici bir işin teklif edilmediğini ileri sürmektedir.

85. Hükümet maddi tazminat isteğine itiraz etmiştir.

86. Mahkeme, istenilen tazminat ile Sözleşmenin ihlali arasında yeteri derecede kuvvetli bir orantı ilişkisinin bulunmadığına hükmeder. Bu nedenle, istenilen tazminatın ödenmesine gerek görmez.

87. Başvuran 30 bin İsviçre Frankı tutarında manevi tazminat talep etmiştir. Bu isteğine dayanak olarak, Prens’in açıklamalarının oldukça gücendirici olduğunu ve kendisinin statüsünü olumsuz yönde etkilediğini belirtir.

88. Hükümet bu isteğe de itiraz etmiştir.

89. Mahkeme, başvuranın söz konusu önlem nedeniyle ıstıraba maruz kalmış olabileceğini düşünmektedir. Mahkeme, hakkaniyete uygun bir değerlendirmeye başvuru için 10 bin İsviçre Frankı tutarında manevi tazminat ödenmesine hükmetmiştir.

##### **B. Dava Masrafları ve Harcamalar**

90. Başvuruda bulunan, kendisinin anlaşma ile kurulan adli kurumlar huzurunda temsili ile ilgili masraflarına karşılık olarak toplam 91.014,05 İsviçre Frangı (44.927,20 Frank Bay Kley için ve 46.086,85 Frank Bay Seeger için) ödenmesini istemiştir.

91. Hükümet bu isteğe karşı itiraz etmemiştir.

92. Mahkeme Strasbourg'da yapılan işlemler için ödenen saatlik ücreti makul bulmuştur. Hem Komisyon ve hem de Mahkeme huzurunda duruşma yapıldığını göz önüne alan Mahkeme, ücret talep edilen toplam saat miktarını da makul bulmuştur. Bu nedenle dava masrafları ve harcamalar tam olarak başvurana ödenmelidir.

### C. Gecikme Faizi

93. Mahkemenin belirlediğine göre, bu hükmün verildiği tarihte Liechtenstein'da uygulanan kanuni faiz oranı yıllık yüzde beştir.

#### BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. On altıya karşı bir oyla, Sözleşmenin 10. maddesinin ihlaline;
2. On altıya karşı bir oyla, Sözleşmenin 13. maddesinin ihlaline;
3. Oybirligiyle başvuranın, Sözleşmenin 10. maddesi ile birlikte 6. ve 14. maddelerini ile ilgili şikayetlerini incelemeye gerek olmadığına;
4. Oybirligiyle,
  - (a) İlgili hükümetin üç ay içinde aşağıda belirtilen miktarları başvurana ödemesine:
    - (i) Manevi tazminat olarak 10.000 (onbin) İsviçre Frangı;
    - (ii) Dava masrafları için 91.014.05 (doksanbir bin ondört frank beş santim) İsviçre Frangı;
  - (b) bu miktarlar üç ay içinde ödenmediği takdirde yıllık yüzde beş oranında gecikme faizi uygulanacağına;
5. Oybirligiyle, başvuranın adil tatmin şekline hükmolunması isteğinin reddine, Karar vermiştir.

Bu metin İngilizce ve Fransızca dillerinde kaleme alınmış ve 28 Ekim 1999 tarihinde Strasbourg'daki Human Rights Building'de yapılan açık duruşmada okunmuştur.

İmza: Elisabeth Palm  
Başkan

İmza: Maud DE BOER BUQUICCI IIO  
Yazı İşleri Müdür Yardımcısı

Aşağıdaki iki ayrı görüş, Sözleşmenin 45. maddesi ikinci fıkrası ve Mahkeme Çalışma Esaslarının 74. kuralının ikinci fıkrası gereğince bu karar eklenmiştir:

- (a) Bay Caflish, Bay Zupanèie ve Bay Hedigan tarafından ifade edilen aynı yöndeki görüş;
- (b) Bay Cabral Barreto tarafından ifade edilen azınlık görüşü.

Paraf: E.P.  
Paraf: M.B.

#### YARGIÇLAR CAFLISCH, ZUPANÈIE VE HEDİGAN TARAFINDAN AÇIKLANAN KISMEN AYNI YÖNDEKİ GÖRÜŞ

Biz Mahkemenin görüşüne katılmakla birlikte, Sözleşmenin 10. maddesinin ihlali ile ilgili olarak çekincemizi açıklamak istedik.

Başvuranın, Sözleşmenin 10. maddesinin güvence altına aldığı bir hakkının ihlal edildiği iddiası, Liechtenstein Prensi HRH II. Hans-Adam tarafından yazılan mektupla gerçekleştiğine hükmedilmiştir. Bu görüşe katılmıyoruz. Adı geçen mektup 25 Şubat 1995 tarihinde yazılmıştır. Bu aşamada mektup, sadece bir niyetin ifadesi olarak değerlendirilmelidir. Bu niyet zaman içinde pekala değişebilirdi ve ancak Prensin takip eden ve niyetini teyit edici nitelikteki yazışmaları sonucunda bir "hak ihlali" seviyesine ulaşmıştır. Bu yazışmalar sonucunda cezalandırma tehdidi başvuran için söz

konusu olmuştur. Dahası, 27 Şubat 1995 tarihli mektup tek başına değerlendirildiğinde şahsi bir fikrin özel olarak ifadesidir. Bu davada verilen hükmü, sadece başlangıçta ifade edilen niyeti teyit edici nitelikteki diğer mektuplar haklı kılar. Bu mektuplar gerçekten de Prens'in almış olduğu önlemin bir Devlet tasarrufu olduğunu şüpheye yer bırakmayacak şekilde gösterir.

Bu nedenle biz, Prens'in yapmış olduğu yazışmaların tamamı göz önüne alındığında, alınan önlemin Sözleşmenin 10. maddesi ile güvence altına alınan bir hakkın ihlaline yol açtığı görüşündeyiz.

## YARGIÇ CABRAL BARRETO TARAFINDAN İFADE EDİLEN AZINLIK GÖRÜŞÜ

Mahkemenin çoğunluğu tarafından alınan karara katılmadığımı üzülerek ifade ederim. Benim kanaatime göre, başvuranın ifade özgürlüğüne müdahale edilmemiştir.

Bu davada sonucu belirleyici nitelikte iki delil mevcuttur: birincisi Prens'in başvurusu İdare Mahkemesi Başkanı olarak yeniden atamayacağını belirten 27 Şubat 1995 tarihli mektup, diğeri ise, 17 Nisan 1995 tarihinde Meclis Başkanına gönderilmiş olan ve Prens'in başvurusunun yeniden atamayı reddettiğini ifade eden mektup.

Şimdi bu iki delili inceleyelim.

27 Şubat 1995 tarihli mektup, Prens'in başvurusu tekrar bir kamu makamına atamama niyetini belirtir ve başvuranın şahsi adresine gönderilmiştir.

Adı geçen mektuptan aşağıdaki alıntıyı yapmak yararlı olacaktır:

“Bay Dr. Wille, kanaatime göre sizin bu tavrınız bir kamu kurumunun başkanı olabilme yeterliliğinizi yitirmenize yol açar. Sizinle bu konuda ister şahsi olsun isterse kamuoyu önünde olsun, uzun bir tartışmaya girmek istemem; ancak, sizi tekrar bir kamu kurumunun başına Meclis veya herhangi bir kurum tarafından önerilseniz dahi atamayacağımı önceden bildirmek isterim. ...”

Davanın başında da ifade ettiğim gibi, Prens bu mektubu yazarak başvuran ile kamuoyu önünde bir tartışmaya girmekten kaçınmak istemiş; ve sadece şartlar oluştuğu takdirde belli bir şekilde davranacağını, uygun olduğunu düşündüğü bir zamanda belirtmiştir.

Bu mektubun “cezalandırma” boyutuna vardığı kanaatini anlamakta güçlük çekmekteyim (bu kararın 50. paragrafına bakınız).

Her şeyden önce mektup, Liechtenstein Anayasasının yorumu ile ilgili olarak başvuranın ileri sürdüğü fikirlere Prens'in katılmadığını ifade eder. Bu anlaşmazlık Prens'in başvuran hakkındaki güvenini kaybetmesine ve bunun sonucu olarak Prens'in bu olaydan gereken siyasi sonucu çıkarmasına yol açmıştır.

Diğer bir deyişle, başvuranın tahmin edeceği gibi, Prens ile başvuranın da Bakan olarak görev yaptığı Hükümet arasında 1992 yılında yaşanan anlaşmazlığa dikkat çekilmiştir.

**Salt niyet, bir hukuki fiil olarak kabul edilemeyeceği gibi, bir fiili oluşturmaya yönelik ilk adım olarak da nitelendirilemez.**

**Şüphesiz ki bu tür değerlendirmeler tamamen psikolojinin alanına girmektedir. Bununla birlikte, niyetin ifadesinin fiili yapmaya yönelik hazırlık aşamasını bile oluşturmadığı belirtilmelidir. Aksini düşünmek, sadece niyetin ifadesi ile maddi unsurların çoktan oluştuğunu varsaymak anlamına gelir.** Bu sebeple, Prens'in mektubunu, başvurana kendi geleceğini hazırlaması için fırsat tanımak için, Prens'in onunla ilgili niyetin “uygun bir zamanda” bildirilmesi amacıyla yazılmış bir mektup olarak değerlendirmekteyim.

Bir niyetin ifadesi olan bu özel mektubun aleni hale geldiği ve bu mektupta belirtilen niyetin Prens'in takip eden açık mektupları ile desteklendiği doğrudur.

Fakat, Yargıç Conforti tarafından Komisyon Raporuna eklenen azınlık görüşünde belirtildiği gibi, bu olayda başvuranın tavrı ile ilgili olarak “*Nemo contra factum suum proprium venire potest*” prensibinin uygulanması kaçınılmazdır”.

Bunun aksini savunmak, benim görüşüme göre, Sözleşmenin 10. maddesinin lafzına ve ruhuna aykırıdır. Niyetler hakkında hüküm vermek, “gerçekte olmayan” ihlal alanına girmeksizin mümkün değildir ve benim kanaatime göre mevcut davada verilen karar da bu niteliktedir.

2. Başvuranın İdare Mahkemesi Başkanlığına yeniden atanmasının reddi, şüphesiz ki hukuki bir fiildir ve bu davanın oluşum biçimi göz önüne alındığında, atamanın reddinin başvuranın açıkladığı görüşler sonucu ortaya çıktığını ve 10. maddeye göre problem teşkil ettiğini kabul ederim.

Fakat, bu kararın meşru bir amacın gerçekleştirilmesi ve demokratik toplumda zorunlu nitelikte oluşu konularında karar vermeye gerek olmadığı görüşündeyim. Çünkü, şüphesiz ki bu konu kamu görevine giriş ile ilgilidir. Bu alan ise, bilinçli olarak Sözleşmenin kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu durum, kararın 41. paragrafında belirtildiği gibi, Mahkemenin çoğunluğunca benimsenmiştir.

Bu nedenlerle Sözleşmenin hükümlerinin ihlal edilmediği görüşündeyim.

## **Onyedinci Bölüm**

Nilsen ve Jonsen / Norveç Davası

Nilsen ve Johnsen-Norveç Davası

(Başvuru Sıra no. 23118/93)

Karar

Strasbourg

25 Kasım 1999

### **Norveç'e karşı Nilsen ve Johnsen Davasında,**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 1 Temmuz 1999 ve 20 Ekim 1999 tarihlerinde 11 numaralı Protokol ile değiştirilmiş İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına Dair Sözleşmenin (bundan sonra "Sözleşme" diye geçecek) 27. maddesi hükümlerine göre Büyük Daire olarak yaptığı kapalı oturumlarda, 20 Ekim 1999 tarihinde, aşağıdaki kararı vermiştir. Genel Kurul, Yazı İşleri Müdürü M. DE SALVIA'nın yanı sıra isimleri aşağıda belirtilen yargıçların katılımıyla oluşmuştur:

Bay L. Wildhaber, *Başkan*,  
Bayan E. Palm  
Bay C. L. Rozakis,  
Sir Nicolas Bratza,  
Bay M. Pellonpaa,  
Bay B. Conforti,  
Bay A. Pastor Ridruejo,  
Bay P. Kuris,  
Bay R. Türkmen,  
Bayan F. Tulkens,  
Bayan V. Stra-nicka,  
Bay C. Birsan,  
Bay M. Fischbach,  
Bay J. Casadevall,  
Bayan H. S. Greve,  
Bay A. B. Baka,  
Bay R. Maruste.

### **İZLENEN YÖNTEM**

1. Dava, Sözleşmeye ek 11 numaralı Protokolde belirtildiği üzere, İnsan Hakları Komisyonu (bundan sonra "Komisyon" diye geçecek) ve Norveç Hükümeti (bundan sonra "Hükümet" diye geçecek) tarafından sırasıyla 24 Kasım 1998 ve 21 Ocak 1999 tarihlerinde, Sözleşmenin 32. maddesi birinci fıkrası ile 47. maddesinde belirtilen üç aylık süre içinde Mahkememize gönderilmiştir. Dava, Norveç Hükümetine karşı, her ikisi de Norveç vatandaşı olan Bay Arnold Nilsen ve Bay Jan Gerhard Johnsen tarafından Sözleşmenin eski 25. maddesi hükümleri uyarınca Komisyona 2 Kasım 1993 tarihinde verilen 23118/93 numaralı dilekçe ile açılmıştır.

Komisyon davayı Mahkemeye gönderirken Sözleşmenin eski 44. ve 48. maddelerine ve Mahkemenin zorunlu yargılama yetkisinin Norveç Hükümeti tarafından tanındığına (eski 46. maddeye göre); Norveç Hükümeti de Mahkemeye müracaat ederken Sözleşmenin eski 48. maddesine ve 11 numaralı Protokolün 5. maddesi 4. fıkrasına atıfta bulunmuştur. Her ikisinin de amacı, açılan davada belirtilen olayların, ilgili Devletin Sözleşmenin 10. maddesine göre üstlendiği yükümlülükleri ihlal edip etmediğine dair bir karar elde etmektir.

2. 2 Kasım 1998'de, Bay L. Wildhaber (Mahkeme Başkanı), Bayan E. Palm ve Bay C.L. Rozakis (Mahkeme Başkan yardımcıları), Bay M. Pellonpää, (Daire Başkanı) ve Bay J.A. Pastor Ridruejo'dan oluşan Büyük Daire Jürisi, davaya Büyük Dairenin bakmasına karar verdi (11 numaralı Protokolün 5. maddesi 4. fıkrası ve İçtüzüğü'nün 100. kuralı 1. fıkrası ile 24. kuralı 6. fıkrası gereği).

3. Büyük Dairede Norveç kontenjanından seçilen yargıç Mrs H.S. Greve, (Sözleşmenin 27. maddesi ikinci fıkrası ve İçtüzüğü'nün 24. kuralı 4. fıkrası gereği), Mr Wildhaber (Mahkeme Başkanı), Bayan Palm ve Bay Rozakis (Mahkeme Başkan yardımcıları), Sir Nicolas Bratza and Bay Pellonpää, Daire başkanları (Sözleşmeni 27. maddesi 3. fıkrası gereği) doğal üye olarak yer almıştır. Büyük Daireyi oluşturmak için görevlendirilen diğer yargıçlar ise Bay B. Conforti, Bay J.A. Pastor Ridruejo, Bay G. Bonello, Bay P. Kûris, Bay R. Türmen, Bayan F. Tulkens, Bayan V. Stránická, Bay C. Bîrsan, Bay J. Casadevall, Bay A.B. Baka ve Bay R. Maruste idi.

4. Büyük Daire Başkanı Bay Wildhaber, Yazışleri Müdürü vasıtasıyla, izlenecek yazılı yöntemle dair kuralları yazılı olarak belirlemek amacıyla Norveç Hükümet Temsilcisinin ve başvuranların avukatlarının görüşünü aldı. 8 Şubat ve 17 Mart 1999'da verilen emre uygun olarak Yazışleri Müdürü, 2 Temmuz 1999'da Hükümetin ve 2 Temmuz 1999'da başvuranların yazılı **bildirimlerini** kabul etmiştir.

5. Komisyon, Başkanın talimatı doğrultusunda Yazışleri Müdürünün isteği üzerine, dosya görüşülmeden önce dosyadan belirli belgeleri sundu. Yazışleri Müdürü, 25 Haziran ve 10 Temmuz tarihleri arasında değişik tarihlerde, başvuranların 41. madde hükmünün uygulanması konusundaki isteğine ilişkin taraflardan ek açıklamalarını aldı.

6. Büyük Dairenin kararı uyarınca, 1 Temmuz 1999 tarihinde Strasbourg'daki İnsan Hakları Sarayında bir aleni duruşma yapılmıştır.

Mahkeme huzurunda şu kişiler bulunmuştur:

(a) *Hükümet adına*

Bay F. ELGESEM, *Hukuk Davalarına bakan Baş Savcılık*  
*Savcısı, Hükümet Temsilci,*

Bay H. SÆTRE, *Danışman;*

(b) *Başvuranlar adına*

Bay H. HEJORT, *avukat,*  
Bay J. HEJORT, *avukat, Temsilci*

Mahkeme, Bay H. Hjort ve Bay Elgesem'in konuşmalarını ve bu sonuncu kişinin üyelerden birinin sorusuna verdiği cevabı dinledi.

## DAVA İLE İLGİLİ OLAYLAR

### I. DAVA'YA İLİŞKİN AYRINTILAR

#### A. Davanın Geçmişi

7. Birinci başvuru sahibi Bay Arnold Nilsen ve ikinci başvuru sahibi Bay Jan Gerhard Johnsen, Bergen şehrinde oturan ve sırasıyla 1928 ve 1943 doğumlu Norveç vatandaşlarıdır. Birinci başvuran bir polis müfettişidir ve dava konusu olayın olduğu zaman Norveç Polis Derneği'nin (*Norsk Politiforbund*) başkanıydı. İkinci başvuran bir polis memurudur ve ilgili zamanda adı geçen derneğin bir şubesi olan Bergen Polis Derneğinin (*Bergen Politilag*) başkanıydı. İlgili zamanda her ikisi de Bergen polis teşkilatında çalışmaktaydılar.

8. 1970’li yıllarda, o zaman bir hukuk öğrencisi olan Bay Gunnar Nordhus ve Bergen Üniversitesinde sosyoloji alanında yardımcı doçent olan Bay Edvard Vogt, 200 bin civarında nüfusa sahip Bergen şehrinde “şiddet” olgusuna ilişkin bir araştırma yaptılar. Araştırmacılar, Ocak 1975-Temmuz 1976 döneminde şiddete maruz kalanlar hakkında yerel hastaneden bilgi topladılar. Daha sonra diğer kaynaklardan toplanan bilgileri de eklediler. 1981’de Bay Nordhus ve Bay Vogt, daha önceki raporların bir özetini *Volden og dens ofre. En empirisk undersokelse* (“Şiddet ve Kurbanları. Ampirik bir Araştırma”) başlıklı kitapta yayınladılar. Kitap yaklaşık 280 sayfa ve polis şiddete başvurması konusunda 77 sayfalık bir bölümü içermekteydi. Burada, polisin şiddete başvurması, kolluk görevlerinin yerine getirilmesi esnasında fiziksel gücün kanuna aykırı olarak kullanılması şeklinde tanımlandı. Araştırmacılar, diğer bulguları arasında, yukarıda bahsedilen dönemde 58 kişinin polis şiddetine maruz kaldığını ve bunlardan 28’inin doktor muayenesinden geçtiğini, Bergen polislerinin yılda 360 civarında aşırı ve kanunsuz güç kullanımından sorumlu olduğu sonucuna ulaştılar.

Kitap kamuoyunda hararetli bir tartışmaya yol açtı. Bu tartışma, kısmen kullandıkları araştırma metodları ve ulaştıkları sonuçların bilimsel temeli ile ilgili olarak araştırmacıların, kısmen de polis teşkilatı ve kanuni takibat yapan birimlerin (savcılık personeli) mensuplarının taraf olduğu bir tartışma idi.

9. Bu konu ile ilgili olarak Adalet Bakanlığı, Bay Anders Bratholm’dan (ceza ve usul hukuku profesörü) ve Bay Hans Stenberg-Nilsen’den (Anayasa Mahkemesi avukatı) oluşan bir Araştırma Komisyonu (*utvalg*) görevlendirdi. Komisyonun görevi, Bay Nordhus ve Bay Vogt tarafından yapılan araştırmanın, Bergen şehrinde polis şiddetinin niteliği ve boyutları hakkında genellemeler yapmak açısından yeterli bir temel oluşturup oluşturmadığını tespit etmektir.

Bir istatistik uzmanı ve röportajların kullanımı konusunda uzmanlaşmış bir kişinin yardımıyla Komisyon 101 kişi ile mülakat yaptı. Bunlar arasında 29 polis memuru, iki savcı, Bergen Polis Karakolunda kan numuneleri alan 4 doktor, özellikle Bergen’deki yaşı küçük suçlularla ilgilenen 5 sosyal hizmet görevlisi, Bergen şehrinde ceza davalarında büyük tecrübe sahibi iki avukat, polis şiddetine şahit olmuş 13 kişi ve polis şiddetine maruz kaldığı iddia edilen 27 kişi yer almaktaydı. 1982 yılında *Politivoldrapporten* (“Polisin Şiddete Başvurmasına İlişkin Rapor”) başlığını taşıyan raporda Bay Bratholm ve Bay Stenberg-Nilsen şu hükme ulaştı:

“Araştırma Komisyonu, olayların bireysel açıklamaları hakkında bir sonuca ulaşamamış olması nedeniyle -fakat verilerin tamamını bir bütün olarak dikkate almıştır (88. sayfadaki, Reitgjerdef Komisyonunun tavsiyeleri ile ilgili söylenenlerle karşılaştırınız), sadece olayların nasıl olduğuna ilişkin bireylerin anlattıklarına dayanarak, Bergen şehrindeki polisin şiddete başvurması vakalarının tam olarak sayısını verebilecek durumda değildir. Bununla birlikte, Bergen’deki polis şiddeti hakkında değişik kaynaklardan elde ettiği bilgilerin tamamına dayanarak Komisyon, polisin güç kullanmasının niteliği ve boyutları genel olarak varsayıldığından çok daha ciddi olduğuna inanır. Delillerin tamamının kuvveti hakkında Komisyon, ortaya çıkan sonuçların gerçek boyutlarının araştırmacıların tahminlerinden neredeyse hiç farklı olmadığını var sayar. Fakat, asıl üzerinde durulması gereken nokta, bu konuda yapılabilecek en ihtiyatlı tahminlerin bile şiddete başvurmanın boyutlarının dehşet verici düzeyde olduğudur.”

10. 1982 tarihli raporun sonuçları ve üzerine kurulu olduğu varsayımlar, diğerleri yanında, Norveç Polis Derneği tarafından sorgulandı. Dernek, Bay Bratholm, Bay Stenberg-Nilsen, Bay Nordhus ve Bay Vogt hakkında hakaret davası açmayı düşündü, ancak 1983’de bu yola başvurmaktan kaçınmayı kararlaştırdı.

11. Bergen şehrinde özellikle gazeteler, 1982 tarihli raporun başlattığı tartışmaya yoğun bir ilgi gösterdiler. Bundan önce, 1981’de *Morgenavisen* adlı gazete Bay Nordhus’un yaptığı araştırma için topladığı malzeme ile ilgili olarak yalan söylediğini belirtti. Bay Nordhus iftira edildiğini ileri sürerek gazeteye karşı hakaret davası açtı, fakat 1983’de Bergen Şehir Mahkemesi (*byrett*) bu davayı, suçlamanın haklı olduğu gerekçesiyle reddetti.

12. Bay Bratholm, polisin şiddete başvurması konusundaki çalışmasını, nihayetinde bağımsız bir araştırma olarak, sürdürdü. 1986 yılının ilkbaharında başlığı *Politivold* (“Polisin Şiddete Başvurması”) ve alt başlığı (*Omfang - arsak - forbyggelse. En studie i desinformasjon*) (“Boyutu-Sebepleri-Önlenmesi-Yanlış Bilgilendirme Üzerine bir Çalışma”) olan bir kitap yayınladı. Bratholm “Yanlış Bilgilendirme” tabirini kasıtlı ya da ihmal sonucunda yanlış bilginin yayılması anlamında kullandığını açıkladı. Kitaba göre, bu yanlış bilgilendirme, “aldatıcı” -ya da “yanlış anlaşılmalı”- bir bağlılık duygusu, diğer bir deyişle, aşırı ve kanunsuz güç kullanımına şahit olan polis görevlilerinin sessiz kalması veya yanlış ifade vererek olayın faillerini koruması ile ilişkiliydi. 1982 tarihli raporu başlangıç noktası olarak alan kitap, yeni olgular, analizler ve hükümler sundu. Kitapta aynı zamanda Bay Nordhus tarafından *Morgenavisen* gazetesi aleyhine açılan ve yukarıda değinilen davada Şehir Mahkemesi kararının ağır bir eleştirisi yer almaktaydı.

### **B. Başvuranların yalanladığı beyanları içeren yayınlar**

13. Bay Bratholm’un *Politivol* adlı kitabı basıldıktan sonra, *Dagbladet* gazetesi ikinci başvuran ile, Bergen Polis Derneği’nin başkanı olarak, bir röportaj yaptı. Röportaj, gazetenin 15 Mayıs 1986 tarihli nüshasında, (aşağıdaki bütün alıntılar Norveç dilinden tercüme edilmiştir) “Bay Bratholm polisin peşinde. Bütün bir teşkilat kimliği belirsiz kişiler tarafından suçlanmıştır” başlığını taşıyan bir yazı şeklinde yayımlandı. Yazıda şu ifadeler yer alıyordu:

“ Polis teşkilatında görevli memurların ruh hali çaresizlik ve öfke arasında gidip gelmektedir. Bütün bir polis teşkilatı kimliği belirsiz kişiler tarafından itham edilmiştir. Polis memurlarının çoğu şehre çıkmaktan korkmaktadır, çünkü bu iddialardan bir kısmının doğru olması gerektiğine inanan birileri her zaman vardır.”

Bu, Bergen Polis Derneği başkanı Bay Johnsen tarafından *Dagbladet* gazetesine söyledikleridir. Johnsen, Profesör Bratholm’un Bergen polisinin şiddete başvurması üzerine yayınladığı son raporu, “polise zarar vermeyi amaçlayan katışıksız bir yanlış bilgilendirme” olarak nitelendirmiştir.

‘Aksi ispatlanana kadar, ben bunu kasıtlı bir yalan olarak değerlendirebilirim. İddiaların hangi kaynaklardan geldiği belirsizdir ve teşkilatı açık bir şekilde karalayıcıdır.’

‘Bay Bratholm’u polisin şiddete başvurması olgusunu ortaya çıkarmaya iten nedenleri sorguluyor musunuz?’

‘Diğer gizli saikler olmalıdır. Amaç, polise duyulan güveni zayıflatmak gibi görünmektedir.’  
‘Bilgilerin teşkilat içinde soruşturulması gerektiğini mi söylemek istiyorsunuz?’

‘Eğer bu söylenenlerde en ufak bir doğruluk payı varsa, durumu iyileştirmek için ne yapabiliyorsak onu yapacağız. Böyle bir durum bize güven kazandırmaz ve teşkilatımızda bu tür kişilerin var olmasını istemeyiz.’

‘Bu nedenle, usulsüzlük yapılmış olabileceğinin ihtimal dahilinde olduğunu mu düşünüyorsunuz?’

‘Ben hiç bir memurun tarif edilen biçimde şiddete başvurduğuna ihtimal vermiyorum. Fakat, belli olaylarda bazı görevlilerin güç kullandığı ve bunda aşırıya gittiklerini reddetmek mümkün değildir.’”

14. Bergens Tidende adlı gazete, 16 Mayıs 1986 tarihli nüshasında, birinci başvurandan (zamanın Norveç Polis Derneği Başkanı) alıntı yapıldığı, “bir hukuk profesörüne yakışmaz” başlıklı bir yazı yayınladı. Yazıda şu ifadeler yer almaktaydı:

“‘Böyle bir şeyi ileri sürmek bir hukuk profesörünün şanına yakışmaz. Yapılan suçlamalar tamamıyla boştur, çünkü tamamı belirsiz kaynaklara dayandırılmıştır. Bunların gerçeklerle hiç bir alakası yoktur.’

Bu görüş, Norveç Polis Derneği başkanı Bay Nilsen tarafından, Profesör Bratholm’un polisin şiddete başvurması ile ilgili olarak kitabında yaptığı açıklamalar hakkında belirtildi.

Bay Nilsen demiştir ki, ‘Ben çalışma hayatımın tamamını Bergen polis teşkilatında harcadım, bu nedenle kesinlikle söyleyebilirim ki polisin şiddet kullandığına ilişkin iddiaların gerçekle alakası yoktur. Bunlar, ciddi bir çalışma olmaktan çok, doldurulacak sayfaları olan haftalık bir dergi için daha uygun türden hikayelerdir.’

*Tamamen aynı seviyede*

Polis Derneği başkanı, ‘Bu tür iddiaların arkasındaki saik beni şaşırttı’ diyerek açıklamalarını sürdürdü. Gene de, bir teşkilatın tamamı için bu tür problemler oluşturmak hukukun üstünlüğüne ve kamu yararına hizmet etmez. Polisin insan kaynakları açısından, akademik camia ile tamamen eşit ölçüde kaliteli olduğunu söyleyebilirim. Biz, profesör Bratholm’un yaptığı gibi, böyle zayıf nedenlere dayanarak kimse hakkında iddiada bulunamayız. Eğer böyle olsaydı, en azından, bu ülkede hukukun üstünlüğü tesis edilemezdi.’

*Böyle bir şeye izin verilemez*

‘Fakat, polisin şiddet kullandığı durumlar olduğunu yalanlamıyorsunuz?’  
‘Elbette yalanlamıyorum, fakat bu farklı bir meseledir. Burada sorun olan sistematik olarak şiddetin kullanılması ve tam bir hırsızlık yapılmasıdır. Bu tür bir davranış tarzına polis teşkilatında izin verilemez.’

Bay Nilsen, kitabı yakından incelememiş olmasına rağmen, şu ana kadar ortaya çıkanların itirazsız bırakılmayacağını düşündüğüne dikkat çekmektedir. Burada sorunun, kişilerin değil fakat bütün bir teşkilatın suçlamaya maruz kaldığını hissetmesi nedeniyle, iddialara karşı çıkmak zordur. Fakat Bay Nilsen, bu durumun Baş Savcının (*Riksadvokaten*) bu meseleyi daha yakından incelemesi için iyi bir gerekçe olması gerektiği görüşü *Bergens Tidende* gazetesinin dünkü nüshasında yayınlanan Polis Teşkilatı Başkanı Bay Oscar Hordnes ile aynı fikirdedir. Polis Derneği, kitap hakkında hukuki görüş alma şikkini değerlendirecektir.”

### **C. Polisin Şiddete Başvurmasına İlişkin Diğer Yayınlar**

15. 1986 yılının sonbaharında Bay Bratholm ve Bay Nordhus’un *Dokumentasjon av politivold og andre overgrep i Bergen-politiet* (“Polisin Şiddete Başvurmasına ve Bergen Polis Teşkilatında Yapılan Diğer Usulsüzlüklere İlişkin Belgeler”) adlı kitabı yayınlandı. Bu kitapta şunlar ifade edilmektedir:

“Bay Nordhus ve kısmen Bay Vogt’un Bergen’de maruz kaldığı taciz ve baskı, Doğu Avrupa’daki rejim karşıtlarının kaderini andırır nitelikteydi. Aramızda durumu bu muhaliflerinkine daha yakın olan şüphesiz Bay Nordhus’tur. Onun, gerçeği gün ışığına çıkarma mücadelesine devam etmek konusundaki cesareti ve kuvveti hayret vericidir.”

...

Burada tarifi yapılan kanunsuz uygulamaya Bergen polis teşkilatından kaç kişinin karışmış olduğunu söylemek imkansızdır; ümit ederiz ki küçük bir azınlık karışmıştır. Fakat, çok sayıda teşkilat mensubunun belli meslektaşlarının davranış tarzının farkında olmayabileceklerine inanmak güçtür. Onların sessiz kalmaları çok güçlü ‘sadakat’ beklentisi sayesinde garanti edilmiştir. Bu ise, değişik suçların işlendiği Bergen polis teşkilatında suç-işleme alt-kültürünün var olmasını ve büyük ihtimalle yaygınlaşmasını mümkün kılmıştır.

...

Bay Nordhus ve Bay Vogt'a karşı yapılanların çoğuna merkezi konumda olan birisinin önderlik etmekte olduğuna inanmak için deliller vardır-, diğer bir deyişle, Bergen Polis teşkilatında nüfuzunu kullanan, stratejileri tespit eden ve çok güvendiği bir kaç kişi ile planları yapan perde arkasında birisi vardır. Elde edilen bilgilere göre, kanunsuz uygulamaların bir kısmını yapmaktan sorumlu anahtar kişiyi belirlemek mümkün olabilir.”

16. Bay Bratholm 1987 yılının ilk baharında *Politiovergrep og personforfølgelse. 220 forklaringer om politivold og andre overgrep i Bergenpolitiet* ( “Polisin kanunsuz hareketleri ve şahsi taciz. Bergen polis teşkilatında polisin şiddete başvurması ve diğer kanunsuz uygulamalara ilişkin 220 ifade”) başlıklı diğer bir kitabı yayımlandı. Bu kitap bir ölçüye kadar Bay Bratholm ve Bay Nordhus’un 1986 tarihli kitabının güncelleştirilmiş idi. Kitabın giriş bölümünde Bay Bratholm şunları söyledi:

“Polisin gücünü kötüye kullanması olayları yaşanması ve bunun bazı yerlerde diğerlerinden çok daha fazla görülmesine rağmen, bu, Norveç polisinin çoğunluğunun böyle bir kötüye kullanmaktan suçlu olduğu anlamına gelmez. Yapılan bütün araştırmalar, kötüye kullanma vakalarının çoğunun polis memurlarından küçük bir azınlık tarafından işlendiğini gösterir ve bunlar, polis teşkilatı mensuplarından “sadakat” duygularını çok güçlü biçimde ifade etmeleri isteğinde bulunması nedeniyle tavırlarını sürdürebilmektedirler.”

17. 1988 yılı başlarında Norveç hukuk dergisi *Lov og Rett* özel bir sayısını polisin şiddete başvurması konusuna ayırdı. Bu sayıda Baş Savcının (aşağıdaki 18. paragrafta bakınız) yaptırdığı soruşturmayı eleştiren, Bay Bratholm dahil akademisyenler tarafından yazılmış bir kaç makale vardı.

Bay Bratholm’un, polisin şiddete başvurması hakkında diğer bir kaç makalesi daha yayınladı.

#### **D. “İhbarcılara Karşın Açılan Davalar”**

18. Bay Bratholm’un 1986 sonbaharında basılan kitabının sansürden geçirilmemiş versiyonunu -o zamana kadar sadece araştırmacılar tarafından bilinen şikayetlerinin isimleri bu kitapta zikredilmiştir- aldıktan sonra Baş Savcı bu olayla görevlendirilen Savcı Bay Erling Lyngtveit başkanlığında ve diğer bölgelerden katılan polis yetkililerinden oluşan bir komisyonun araştırma yapmasını emretti.

Baş savcının araştırmasının sonuçları Haziran 1987’de halka duyuruldu: Bergen’de, polisin şiddete başvurduğu iddia edilen 368 olay araştırıldı. 230’u polis memuru olmak üzere yaklaşık 500 kişi ile görüşme yapıldı. Sadece bir polis memuruna karşı dava açıldı ve o da daha sonra amlandı. Araştırmanın ulaştığı genel sonuç özünde, polisin şiddete başvurduğunu ileri süren çeşitli iddiaların asılsız olduğu idi. Soruşturmanın sonunda, görüşme yapılan 15 kişi polis hakkında asılsız suçlamalarda buldukları iddiasıyla suçlandılar. Bunlardan 10’u daha sonra *Gulating* Yüksek Mahkemesinde (*lagmannsrett*), jüri önünde yapılan yargılamada suçlu bulundu. Davalar Kasım 1988 ile Mart 1992 arasındaki dönemde görüldü ve “ihbarcılara karşı açılan davalar” olarak anıldı.

#### **E. Karşı Çıkmış Beyanları İçeren Yeni Yayınlar**

19. 2 Mart 1988 tarihinde, aşağıdaki başlıkları taşıyan ve *Annonseavisen* gazetesinde yayınlanan yazıda ilk başvuranın yeni bir beyanı yayımlandı:

“Polisin şiddete başvurmasına ilişkin tartışma dramatik bir safhaya girdi  
Af örgütü ile bağlantı kuruldu  
Polis Derneği dava açmaya hazırlanıyor”

Yazıda şunlar söylenmekteydi:

“Profesör Bratholm, Baş Savcılık tarafından uzun süre önce yapılan araştırmanın gözden geçirilmesi için bir Hükümet Araştırma Komisyonunun kurulmasını istemekle kalmadı. Şimdi, Bergen Polis Teşkilatını, insan haklarını ihlal ettiği gerekçesiyle, Uluslararası Af Örgütüne şikayet etti! Bu örgütün Londra’daki merkezinden bir heyet Bergen’de inceleme bile yaptı. Bu heyetin raporunun bu ilkbaharda yayınlanması beklenmektedir.

Norveç Polis Derneği Başkanı Bay Nilsen olayı şöyle yorumladı: ‘Bu konu bana bahsedilince çok şaşırduğımı itiraf etmeliyim. Öyle anlaşılmaktadır ki, Bay Nordhus, Bay Vogt ve Bay Bratholm gibi beyefendiler bir girişim fayda vermeyince diğer bir girişimi denemenin gerektiğini şimdi anlamış gibi görünmektedirler.

Nilsen’e göre mesele kontrolden çıkmak üzeredir. Nilsen, konunun af örgütüne havale edilmesini bir hakaret olarak tanımlamakta ve profesör Bratholm ve diğerlerinin son zamanlarda yaptığı ağır suçlamalarla birlikte bağımsız araştırma sınırlarının çoktan beri aşılmış olduğunu düşünmektedir. Bay Nilsen *Annonseavisen*’a şöyle demiştir: ‘Kanaatimce, bir kişinin bir çeşit dalavere ve özel soruşturma ile karşı karşıya kaldığında, saiklerin dürüstlüğünü sorgulaması için yeterli sebep vardır.

Hafta sonundan hemen önce Bay Nilsen Bergen’deydi ve Bergen Polis Derneğinin yeni atanan yönetim kurulu ile görüştü, ... Bay Nilsen bu toplantıda Bay Nordhus, Vogt ve Bratholm’un son zamanlarda yaptığı ağır suçlamaların görüşülmüş olmasının doğal olduğunu belirtmiştir.

‘Hafta başında ... avukatımız ile görüşmek niyetindeyim. Avukatımız uzun bir süre önce Bay Bratholm’a, yaptığı beyanlardan dolayı özür dilemesini istediğimiz bir mektup göndermişti. Bu meselede hakaret davası açılmasına ilişkin süreci başlatacağımızı bekleyebilirsiniz. Bergen Polisi zamanımızın en büyük soruşturmalardan birisi sonucunda suçsuz bulunmuş olmasına rağmen, aynı suçlamaların devam etmesine katlanamayız.’

### *Kapsamı Genişleyen Suçlamalar*

‘Fakat Bay Bratholm, [Savcı] Bay Lyngtveit’in yeterliğine güven duymaz ve meselenin tamamının araştırılmasını ister?’

‘Profesör Bratholm’un şimdi Baş Savcı [*regjeringsadvokaten*] tarafından başlatılan ve Bay Lyngtveit tarafından yapılan soruşturmayı sorgulaması başlı başına ciddi ve olağanüstüdür. Suçlamalar şimdi üst düzey polis yetkililerini de içerecek şekilde genişletilmiştir.

*Annonseavisen* gazetesinin dayandığı kaynaklara göre, Bay Nilsen, Bay Bratholm’un kapsamı genişleyen imaları hakkında ne yapmayı düşündüğünü öğrenmek amacıyla, kısa bir zaman sonra Baş Savcı ile temasa geçecektir.

Uluslararası Af Örgütü’nün bu [meseleye] karıştırılması ile ilgili olarak, Bay Vogt ... bunun, adı geçen kuruluşun Bergen Polis Teşkilatındaki durum hakkında kapsamlı bilgi edinmek istemesi sonucu ortaya çıktığını iddia etmektedir”

20. İlk başvuran Haziran 1988’de Norveç Polis Derneği’nin yıllık toplantısında başkan sıfatıyla bir konuşma yaptı. 7 Haziran 1988’de *Bergens Tidende* bu konuşmadan alıntılarını yer aldığı “Bay Bratholm hakaretle suçlandı” başlığını taşıyan bir yazı yayımlandı. Makalede, diğerleri arasında, şunlar yazılmıştı:

“... Norveç Polis Derneği, Profesör Bratholm’a karşı hakaret davası açma tehdidinde ciddidir. Dernek Başkanı Bay Nilsen’e göre, bir kaç gün içinde, Bergen Polisinin şiddete başvurmasına ilişkin yazdığı iki beyanın geçersiz olduğunu ilan etmesini Bay Bratholm’dan isteyen bir resmi davetiye çıkarılacaktır.

...

### *Reddetti*

‘Polise bir meslek grubu olarak hakaret ettiğini düşündüğümüz iki görüşüne ilişkin özür dilemesi için Profesör Bratholm’a bir fırsat verildi, fakat o reddetti. Bu nedenle biz dava işlemlerini başlatıyoruz. Hiç bir tazminat talep etmiyoruz; sadece beyanların geçersiz olduğunun ilan edilmesini sağlamaya çalışıyoruz.’

### *Tenkritçi Bakışlar*

Bay Nilsen bu konuyu Polis Derneği’nin ulusal toplantısında yaptığı açılış konuşmasında da dile getirdi ve diğer görüşleri yanı sıra toplumun güç yapısının tenkitçi bakışlara müsamaha göstermesi gerektiğini söyledi. Fakat, bu eleştiri yapanlara sorumlu ve güvenilir davranmaları yükümlülüğünü getirir. Yüksek sosyal statü sahibi güçlü çevrelerin desteklediği, polis şiddetine ilişkin tartışmaları şiddetle kınadı.

### *Yaptığı işten anlamayanlar*

Bay Nilsen şunları söyledi: ‘Bay Bratholm’un profesör olması, polis acımasızlığına ilişkin iddialara güvenilirlik sağlamakta ve bu nedenle polise duyulan güveni ve saygıyı aşındırmaktadır. Norveç Polis Derneği ne polisin şiddete başvurduğu iddialarını araştırarak yeni bir komisyonun görevlendirilmesini, ne de işlerinden anlamayanların yaptığı ve polisin şiddete başvurduğu iddialarını uydurmayı amaçlayan -daha sonra da bunları kamuoyuna duyuran-kapsamlı bir özel soruşturmanın yapılmasını kabul edecektir.

...

### *Sözlü Eleştiriler*

Bay Nilsen polise yönelik sözlü eleştirileri, polisin saygınlığını ve otoritesini aşındırmayı amaçlayan bir girişim olarak nitelendirdi.”

21. Bir hukuk dergisi olan *Juristkontakt*, Sonbahar 1988’deki özel sayısında polis ve soruşturmayı yapan yetkililer, Baş Savcının yaptırdığı soruşturma ve bunun ardından Bay Bratholm’un muhbirlerinin yanlış beyan verdikleri şüphesi üzerine yapılan soruşturma ile ilgili görüşlerini açıkladılar.

### *F. Hakaret Davası İşlemleri*

22. Temmuz 1988’de Norveç Polis Derneği ve bu kuruluşun Bergen Şubesi Bay Bratholm’a karşı, “Polisin Şiddete Başvurmasına ve Bergen Polis Teşkilatında Yapılan Diğer Usulsüzlüklere İlişkin Belgeler” kitabında yukarıda aktarılan ifadelerinin geçersiz ilan edilmesini sağlamayı amaçlayan hakaret davası açtı.

23. Bay Bratholm da Mayıs 1989’da, davacılar aleyhine, onların bazı ifadelerinin geçersiz ilan edilmelerini isteyen hakaret davası açtı.

24. 1992’de, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 25 Haziran 1992 tarihli Thorgeir Thorgeirson-İceland kararı (Series A no. 239) ışığında, polis dernekleri Bay Bratholm’a karşı hakaret davasını geri aldı. Bratholm ise, açtığı hakaret davasını geri almayı reddetti.

25. Bratholm’un açtığı dava, 24 Ağustos- 8 Eylül 1992 tarihleri arasında Oslo Şehir Mahkemesinde görüldü. Bu süre içinde 23 şahit dinlendi ve mahkemeye geniş kapsamlı yazılı delil sunuldu.

Şehir Mahkemesi 7 Ekim 1992 tarihli kararında, diğerleri arasında, Bergen’de şiddetin kanunsuz olarak kullanıldığı ve çok az sayıda polis memurunun bu tarzda davranmış olmasına rağmen, şiddetin boyutunun sorun teşkil ettiğinin tespit edildiğini belirtti. Mahkemeye göre, Bay Bratholm hasımlarının dürüstlüğüne dil uzatmamış ve görüşlerini davacıların kendisi aleyhine konuşmalarını haklı çıkartacak tarzda ifade etmemişti. Mahkeme aşağıdaki ifadeleri, Ceza Kanununun 247. maddesi hükmüne göre hakaret edici nitelikte buldu ve 253. maddenin 1. fıkrası uyarınca onların geçersiz olduğunu ilan etti (aşağıdaki numaralandırma ulusal mahkemenin kararına göre yapılmıştır):

(İkinci davacının 15 Mayıs 1986 tarihli *Dagbladet* gazetesinde çıkan beyanları)

1.1 “Profesör Bratholm’un Bergen polisinin şiddete başvurması üzerine yayınladığı son raporu, “polise zarar vermeyi amaçlayan katıksız bir yanlış bilgilendirme” olarak nitelendirir.”

1.2 “Aksi ispatlanana kadar, ben bunu kasıtlı bir yalan olarak değerlendirebilirim.”

1.3 “Diğer gizli saikler olmalıdır. Amaç, polise duyulan güveni zayıflatmak gibi görünmektedir.”

(İlk davacının 2 Mart 1988 tarihli *Annonseavisen* ve 7 Haziran 1988 tarihli *Bergens Tidende* gazetelerinde çıkan beyanları)

2.2. “Kanaatimce, bir kişinin bir çeşit dalavere ve özel soruşturma ile karşı karşıya kaldığında, saiklerin dürüstlüğünü sorgulaması için yeterli sebep vardır.”

2.3 “Norveç Polis Derneği ... işlerinden anlamayanların yaptığı ve polisin şiddete başvurduğu iddialarını uydurmayı amaçlayan -daha sonra da bunları kamuoyuna duyuran- kapsamlı bir özel soruşturmanın yapılmasını kabul etmeyecektir.”

Diğer taraftan Şehir Mahkemesi ilk başvuranın 16 Mayıs 1986 tarihli *Bergens Tidende* gazetesinde yayınlanan aşağıdaki beyanları ile ilgili Bay Bratholm’un iddialarını reddetti:

2.1 “Bu tür iddiaların arkasındaki saik beni şaşırttı. Gene de, bir teşkilatın tamamı için bu tür problemler oluşturmak hukukun üstünlüğüne ve kamu yararına hizmet etmez.”

2.4 “Polise yönelik sözlü eleştirileri, polisin saygınlığını ve otoritesini aşındırmayı amaçlayan bir girişim olarak nitelendirdi.”

Şehir Mahkemesi ilk başvuranın 25 bin Norveç Kronu (NOK) tutarında Bay Bratholm’a manevi tazminat ödemesine, ikinci başvurana karşı açılan davanın ise dava açma süresinin aşılmış olması nedeniyle düşmesine karar verdi. Şehir Mahkemesi yine başvuranların Bay Bratholm’a yargılama masrafları için sırasıyla 112.365,83 NOK ve 168.541, 91 NOK ödemelerine karar verdi.

Şehir Mahkemesinin kararı şu gerekçeleri içermekteydi:

“1.1 numaralı beyan ... Bay Bratholm’un kitabının Bergen polis teşkilatında polisin şiddete başvurduğuna ilişkin yanlış iddiaları içerdiğini belirten açık bir iddiadır. “Yanlış bilgilendirme” ifadesi, Bay Bratholm’un yanlış bilgi sağladığı, ya da yanlış bilgi sağladığının farkında olması gerektiği veya yanlış bilgilendirmeyi kasıtlı yaptığı şeklinde yansız bir iddia olarak anlaşılabilir. Mahkeme, ‘polise zarar vermeyi amaçlayan tamamen yanlış bilgilendirme’ ifadesi metnin geri kalan kısmı -özellikle 1.2 numaralı beyan ve röportajın son paragrafı- ile bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiğini ve sıradan bir okuyucunun bu beyanı aşağıdaki gibi anlayacağı hükmüne ulaştığını belirtir:

Bay Bratholm, polise zarar vermek niyetiyle kasten polisin şiddete başvurması hakkında yanlış bilgi aktarmaktadır.

Mahkeme bu ifadenin hakaret içeren bir iddia olduğundan hiç şüphe duymaz. Bu iddia, Bay Bratholm'un hem şeref anlayışına saldırı hem de ününe zarar verici niteliktedir. İddia öznel bir nitelendirme değil, bilakis deliller vasıtasıyla ispatlanabilen bir gerçek hakkında yapılan bir iddiadır. Bu nedenle bu suçlama geçersiz ilan edilebilir.

Mahkeme metin içinde okunduğunda bu beyanın, polisin şiddete başvurusuna ilişkin yanlış iddialarda bulunan kişinin Bay Bratholm'un kendisi olduğunu iddia etmek anlamına gelmeyebileceğini ekler. Fakat, bu ifade Bay Bratholm haricindeki kişilerin (polisin şiddete başvurusuna ilişkin yanlış iddialarda bulunduğu) ifadesi olarak anlaşılması gerekse bile, bu iddianın Bay Bratholm'a yöneltilmiş bir iddia olması niteliğini değiştirmez. Metin bir bütün olarak okunduğunda, Bay Johnsen'in Bay Bratholm'un kitabına atıfta bulunduğu açıkça anlaşılmaktadır.

...

[1.2] numaralı beyan, asıl olarak Bay Bratholm'un kitabını konu alan metnin geri kalan kısmı bağlamında okunduğunda, sıradan bir okuyucu tarafından şöyle anlaşılır: Bay Bratholm polisin şiddete başvurusuna ilişkin iddiaları, yalan olduklarını bildiği halde kasıtlı olarak aktarmaktadır.

1.2 numaralı beyanın muhbirleri hedef alacak şekilde yorumlanabilecek olmasının yine burada bir önemi yoktur. Bu beyanın da Bay Bratholm'a yönelmiş, doğruluğu delillerle test edilebilecek nitelikte olması nedeniyle hükümsüz ilan edilebilecek nitelikte bir iddia olduğundan mahkeme şüphe duymaz.

...

[1.3 numaralı beyan], Bay Bratholm'un (*Politivold* kitabını yazmakla) amacının polise duyulan güveni tedricen zayıflatmak olduğunu belirten açık bir iddia olarak anlaşılmalıdır. Bu beyan, metnin geri kalan kısmı özellikle 1.1 ve 1.2 numaralı beyanlar bağlamında okunduğunda, yukarıda belirtilen amaçla Bay Bratholm, polisin şiddete başvurusuna ilişkin iddiaları, onların doğru olmadıklarını bildiği halde aktarmaktadır, demek isteyen bir iddia olarak anlaşılmalıdır. Bu beyan, Bay Bratholm'un amacının sorgulanabilir ve değersiz olduğu yönünde üstü kapalı bir eleştiriyi de içerir. 'Diğer nedenler' ifadesi, Bay Bratholm'un saiklerinden şüphelenilip şüphelenilemeyeceği, diğer bir deyişle, örneğin hukukun üstünlüğünü teşvik etmek gibi şerefli saiklerin zıddı olup olmadığı, sorusuna cevap verir.

Mahkeme bu iddianın, Bay Bratholm'un şeref duygusunu gücendiren ve onun ününe zarar veren bir ifade olduğundan şüphe duymaz. İfadenin, Bay Bratholm'un niyetinin polisi aşındırmak olduğu kısmı, hem doğrulanabilir hem de yanlış çıkartılabilir. Beyanın mevcut şekliyle Bay Bratholm'un niyetinin okuyucu tarafından sorgulanabilir ve kınanabilir olarak algılanması gerektiği, doğruluğu veya yanlışlığı ispatlanamayacak bir öznel değer yargısıdır. Fakat, ilke olarak 1.3 numaralı beyanın bu özelliği, onun geçersiz ilan edilemeyeceği anlamına gelmez.

[2.2 numaralı beyan]ın kime karşı yönlendirildiği belirsizdir. Bay Bratholm'a (muhtemelen diğerlerine de) yönlendirildiği şeklinde anlaşılabilir. Bay Bratholm'un (Bay Vogt ve Bay Nordhus ile birlikte) yeni bir metot deniyor olduğunu ve (diğerleri arasında) Bay Bratholm'un yansız araştırmanın sınırlarını aşmakta olduğunu ifade eden daha önceki iki paragrafla karşılaştırınız. Metin içerisinde yorumlandığında bu ifadenin, sadece Bay Bratholm'a yönlendirilmediğinin ima edildiği, Af Örgütüne karşı da yönlendirildiği şeklinde de anlaşılabilir. Böyle bir yorum, gazetenin Bay Nilsen'le sadece Af Örgütünün bu meseleye karışması nedeniyle röportaj yaptığı gerçeği üzerine kurulmalıdır. Mahkeme, üçüncü bir ihtimal olarak, bu beyanın -özellikle gazetede kullanılan başlık bağlamında yorumlandığında- sıradan bir okuyucu

tarafından, öncelikle Bay Vogt ve Bay Nordhus'a, fakat aynı zamanda Bay Bratholm'a, yöneltildiği izlenimini verdiği şeklinde anlaşılabilirliğini belirtir.

Mahkeme, [2.2 numaralı] beyan metin içinde okunduğunda, her halükarda diğerleri arasında Bay Bratholm'un bu meseleye karışmış olmakla sorgulanabilir saiklere sahip olduğunu ve Bay Bratholm'un -Bay Nilsen tarafından tarafsız araştırma değil, hilekarlık ve özel soruşturma diye tarif edilen- faaliyetler ile meşgul olduğunu ve/veya bu tür faaliyetlere katkıda bulunduğunu belirten bir iddia olarak yorumlanması gerektiği hükmüne vardı.

Bu beyan kısmen, geçersiz ilan etmeye konu olmayan ('hilekarlık', 'özel soruşturma') gibi değer yargılarını içermektedir. Fakat, beyan yine maddi unsurları da, diğer bir deyişle, dürüst olmayan amaçların var olduğunu ve Bay Bratholm'un tarafsızlığını yitirdiğini belirten iddiayı da içermektedir.

Bu beyan açıkça, saikleri dürüst olmayan kişinin Bay Bratholm olduğu şeklinde anlaşılmalıdır. Bu, Bay Nilsen'in öncelikle Bay Bratholm'un (Bay Nordhus ve Bay Vogt ile birlikte) yeni bir girişimi deniyor olduklarından bahseden ve arkasından da diğerleri arasında Bay Bratholm'un tarafsız araştırma yapmanın sınırlarını aştığını iddia eden, adı geçen beyandan önceki birinci ve ikinci paragraflardan anlaşılır.

Mahkeme bu ifadenin hakaret içeren bir iddia olduğundan hiç şüphe duymaz. Bu iddia, Bay Bratholm'un hem şeref anlayışına saldırı hem de ününe zarar verici niteliktedir. İddianın doğruluğu delillerle test edilebilir ve bu nedenle geçersiz olduğuna hükmedilebilir.

...

2.3 numaralı beyan, polisin şiddete başvurusuna ilişkin iddiaların uydurulduğunu ve daha sonra da kamuoyuna duyurulduğunu belirten bir iddiayı içerir. Metnin geri kalan kısmı ile birlikte okunduğunda, bu beyanı sıradan bir okuyucu, Bay Bratholm'un polisin şiddet kullanmasına ilişkin uydurma iddiaları yayınladığını belirten bir iddia olarak yorumlayacaktır. Bu iddianın doğruluğu veya yanlışlığı ispat edilebilir ve prensip olarak geçersiz hükmetmeye konu olabilir.

Bu beyan sadece ifade edilen iddiayı içermez. İddianın Bay Bratholm'un uydurma olduklarını fark etmesi gereken iddiaları yayınlıyor olduğu anlamına geldiği şeklinde yorumlanması halinde, bu iddia yine Bay Bratholm'un şeref duygusuna saldırır ve ününe zarar verir niteliktedir. Bu ifade onun, bir uzman olarak, polisin şiddet kullanmasına ilişkin uydurma iddiaları aldırış etmeksizin yayınladığını ima eder. Fakat, bu beyan metnin bütünü, içerisinde yorumlandığında sadece bu tarzda anlaşılabilir.

Bu beyan, Bay Bratholm'un polisin şiddete başvurusuna ilişkin iddiaları uydurmak amacıyla özel bir soruşturma içinde görev aldığını belirten bir iddia olarak yorumlanmalıdır.

Bu iddia Bay Bratholm haricindeki kişilere de yöneltilmiş olduğu şeklinde yorumlansa bile, bu, iddianın ona da yöneltilmediği anlamına gelmez. Bu nedenle 2.3 numaralı beyan Bay Bratholm'u hedef alan ve doğruluğu delillerle test edilebilecek nitelikte hakaret edici bir iddia olarak da yorumlanabilir."

26. Başvuru sahipleri, Şehir Mahkemesinin kendi beyanlarına ilişkin yaptığı yorumlara itiraz edip, mahkemenin hükmünün temyizi için Anayasa Mahkemesine (*Høyesterett*) gittiler. Onlara göre, Şehir Mahkemesi beyanlarını Bay Bratholm'un dürüstlüğünü ve amaçlarını sorguladığı şeklinde yorumladı. Fakat, Mahkemenin kararının ifade tarzı ve içeriği bu yorumlara destekler nitelikte değildi. Beyanlar, Bay Bratholm'un polis mesleğinin değer yargılarına verdiği zararlara cevap olarak ifade edilmiş olmaları nedeniyle, hiç bir şekilde kanun dışı olarak değerlendirilemezdi. Başvuranlar, diğer hukuki düzenlemeler yanında, zarar gören tarafın davalıyı kışkırttığı veya kınanabilecek bir tarzda

karşılık verdiği durumlarda davaya bakan mahkemenin ceza vermektan kaçınabileceğini belirten Ceza Kanununun 250. maddesinin hükmünün uygulanmasını istediler. Burada belirleyici faktör, Bay Bratholm'un başvuruların temsil ettiği derneklere yönelttiği eleştirilerin böyle bir kısırtma ve karşılık oluşturacak nitelikte oluşu idi.

Bay Bratholm açtığı mukabil temyiz davası ile Şehir Mahkemesinin 2.1 ve 2.2 numaralı beyanlar hakkında verdiği kararlara itiraz etti. Dahası, diğerleri arasında, başvuruçuların ve diğer yetkililerin dürüstlüğünü sorgulamadığına vurgu yaptı. Ona göre, yaptığı eleştiriler bir sisteme yöneltmişti ve bu tür eleştiriler Anayasanın 100. maddesinin sağladığı korumadan yararlanmaktaydı.

Anayasa Mahkemesinin Temyiz Başvurularını Seçme Komisyonu (kjæremålsutvalget) 19 Kasım 1992 tarihinde hukuki nedenlerle temyiz işlemlerinin devamına izin verdi.

27. 5 Mayıs 1993'te Anayasa Mahkemesi her iki temyiz isteğini de reddetti ve böylece Şehir Mahkemesinin kararını onaylamış oldu. Mahkeme başvuru sahiplerinin Bay Bratholm'a ek masraflar karşılığı 45 bin NOK ödemesine karar verdi.

Hakim Schei Mahkeme adına, diğerleri açıklamaları yanında, şu açıklamayı yaptı:

“Mevcut davada ifade özgürlüğüne duyulan alaka özel bir ağırlık taşır. Geçersiz olduklarına hükmedilmesi istenen beyanlar, polisin şiddete başvurmasına ilişkin kamuoyuna açık bir tartışmada ifade edildi. Polisin şiddet kullanması -bununla polisin bireylere karşı kanunsuz olarak fiziki güç kullanmasını kastediyorum- toplumu ilgilendiren ciddi bir meseledir. Bu tür meselelerle ilgili bir tartışmanın mümkün olduğu kadarıyla katılanlar üzerinde kısıtlama yapılması riskinin olmadığı bir ortamda yapılabilmesi demokrasi açısından merkezi bir öneme sahiptir. Toplum ilgilendiren konularda geniş bir eleştiri alanı sağlanması özellikle önemlidir (Anayasanın 100. maddesi ile karşılaştırınız). Fakat, eleştiriler karşısında savunma durumunda olanlar da, örneğin Bergen Polis teşkilatının temsilcileri, elbette ifade özgürlüğünden yararlanmalıdır.

...

Yine de, tartışma halkı ilgilendiren meseleler üzerine olsa bile, ifade özgürlüğü, tartışmada her türlü beyanın ifade edilmesine [izin verilmesi] boyutlarına ulaşamaz; ifade özgürlüğü, zarar gören tarafın hakları göz önüne alınarak değerlendirilmelidir. Müsaade edilebilir beyanlarla geçersiz olduğuna hükmedilebilir beyanlar arasında bir çizgi çekilebilir ve prensipte diğer şahısların şahsi dürüstlüğü ve saiklerine ilişkin beyanlar bu çizgiyi oluşturur. ...

Yalan söyleme, uygunsuz saikler ve dürüst olmayış ile ilgili suçlamalar ... ifade özgürlüğünü teşvik etmeye hizmet etmediği gibi, tam tersine, daha çok, yapılmasına izin verilmesi gereken tartışmaların bastırılmasına ya da önlenmesine yardımcı olur.

...

Kanaatimce, (itiraz edilen) beyanların, ispatlamaya konu olmayacak kişisel değer yargıları içerdikleri gerekçesiyle geçersiz olduklarına hükmedilemeyeceği yönündeki [başvuru sahiplerinin ileri sürdüğü] görüş, savunulması mümkün olmayan bir görüştür. Bu beyanlar, diğer özellikleri yanı sıra, kasıtlı yalan söyleme, saiklerin dürüst olamayışı ve polise zarar vermeyi amaçlama gibi suçlama ifadelerini içerir. Prensipte bu tür beyanların doğruluğu ispatlanabilir. [Başvuranların] bu tür delilleri sunma girişiminde bulunmamaları ayrı bir konudur.

[Beyanların] hukuka aykırı (*rettsstridige*) olup olmadığı değerlendirilirken, aleyhine hüküm verilen tarafın kendi davranış tarzı da konu ile alakalıdır. Sert ifadeler kullanan bir kişi, diğerlerinden daha fazla müsamahalı olmalıdır. Bay Bratholm'un davranış tarzına dönersek, bu bağlamda, [bu tartışmaya] çok fazla karışmış olmasının, onun yalan söyleyip söylemediğini ve

kabul edilebilir amaçlarının olup olmadığını açıkça sorgulayan beyanlarla ilişkili olarak belirleyici bir etkiye sahip olduğunu düşünmediğimi belirtmem yeterlidir.

[Başvuranlar], beyanlarının hukuka aykırı olup olmadıkları dikkate alınmadan, Ceza Kanununun 250. maddesinin kıyas yoluyla uygulanması suretiyle, beyanların geçersiz olduğuna hüküm verilmesi istediğinin reddedilmesi gerektiğini ileri sürdüler. Buna cevaben, kanunun bu hükmünün artık -en azından kışkırtma durumları ile ilgili- tek başına bir önemi yoktur, denilebilir. İçtihat hukukunda, zarar gören tarafın kendi davranış tarzı, [bir beyanın hukuka aykırı olarak nitelenip nitelenemeyeceğine] karar verilmesinde ve Ceza Kanununun 247. maddesinin ihlali konusunda daha merkezi öneme sahip bir faktör haline gelmiştir. Eğer beyan hukuka aykırı ise, cezadan muaf tutulması için hiç bir nedenin var olduğunu düşünmüyorum. 250. madde ... hükümsüz kılmak için uygulanabilir bile olsaydı, yine bu yaklaşımın benimsenmesi gerekirdi. Sadece bu sebeple bile, [başvuranların] talep ettiği biçimde kıyas yoluyla hükmün uygulanması mümkün değildir.

Şu ana kadar ... belirttiğim gerekçelerin karşılık verme durumunda da geçerli olduğunu düşünüyorum. Her ne olursa olsun, [mevcut davada] bu konuda görüşlerin belirtilmesini gerektiren bir karşılık verme söz konusu değildir. ...

...

Şehir Mahkemesinin [dava konusu beyanlara] Ceza Kanununun 247. maddesi hükümlerinin uygulanacağı görüşüne katılmaktayım. Bu bağlamda değerlendirildiğinde, beyanlar Bay Bratholm'u hedef almıştır. 1.2 numaralı beyan Bay Bratholm'u kasten yalan söylemekle suçlar. 1.1 numaralı beyanda da 'yalan' iddiası, 'yanlış bilgilendirme' tabiriyle ima edilmiştir. 1.3 numaralı [beyan] değersiz saiklerin var olduğunu ima eder ve [Bay Bratholm'un polise karşı belli başlı eleştirilerinde] kötü niyetin var olduğunu söylemek ister. Beyanların tamamı bir bütün olarak değerlendirildiğinde, hakaret niteliği daha açık bir hale gelir ve daha bir kuvvet kazanır.

İfade özgürlüğüne duyulan alaka, bu beyanları kanuna uygun hale getirmez. Bu konuda, kişisel samimiyet ve dürüstlüğe yöneltilmiş beyanlar hakkındaki düşüncelerime atıfta bulunuyorum.

Hukuka aykırılığın değerlendirilmesi konusunda Bay Bratholm'un durumunun merkezi bir öneme sahip olduğu ileri sürülmüştür. Bratholm'un tartışmada hasımlarına karşı sert ve küçük düşürücü ifadeler kullandığı ve benzeri biçimde ifadelerin kendisine karşı kullanılmasını da kabullenmesi gerektiği iddia edilmektedir.

Bay Bratholm'un 'Polisin Şiddete Başvurması' kitabında sert eleştirilerde bulunduğunu kabul ediyorum. Bu eleştirilerden pek çoğu sisteme karşıdır, fakat pek çoğu da kişileri hedef almaktadır.

Bay Bratholm bir kaç küçük düşürücü ifade kullanmıştır. Yanlış bilgilendirme ifadesi bunlardan biri olarak gösterilir. Örneğin, bu ifadenin kullanılmasının itiraz edilen beyanların kanuna uygunluğu değerlendirilirken önemli bir ağırlık taşımadığı görüşündeyim. Bay Bratholm'un bu ifadeyi kullanmakla yapmak istediği, diğerleri arasında, kasıt ya da ihmal sonucu polisin şiddete başvurduğunun inkar edildiğini ortaya çıkarmaktadır. Böyle bir inkar, polisin fark edilebilir boyutta şiddete başvurmuş olmasının ön şartıdır.

Despotizm kelimesinin kullanıldığından da bahsedilmiştir. Bay Bratholm'un kitabının önsözünde kullanıldığı şekliyle bu kelime Bergen Polis teşkilatı ile ilişkilendirilmemiştir. ... 'Despotizm' gibi kelimelerin kullanılmasının muhtemelen tansiyonun ve tartışmaya ilişkin tepkilerin genel seviyesinin yükselmesine yol açmış olması, [itiraz edilen beyanların] kanuna uygunluğunun değerlendirilmesi açısından konu ile ilgilidir. Fakat, tartışmanın bütünü göz önüne alındığında, Bay Bratholm'un -ne 'Polisin Şiddete Başvurması' kitabında ne de bu kitabın

ticarileştirilmesi ile bağlantılı olarak- kelimeleri seçimi veya görüşlerini sunuş tarzı, incelenmekte olan beyanlarda yapıldığı gibi, onun dürüstlüğünün sorgulanmasını haklı kılabilir.

Temyiz isteğinde bulunanların, beyanlarını polisin temsilcisi olmaları sıfatıyla yaptıkları ve temsilciler olarak kendilerinin, beyanlarının hükümsüz ilan edilmesine karşı özel bir korumadan yararlanmaları gerektiğini kuvvetli bir biçimde ileri sürdükleri belirtildi. Bay Johnsen ve Bay Nilsen'in, temsilciler olarak, tartışma konusu polis memurlarının çıkarlarını korumalarının doğal olduğu görüşüne katılıyorum. Daha önce de belirttiğim gibi, onların ifade özgürlüğü de, polis teşkilatındaki sorgulanabilir nitelikteki durumlara dikkat çekenlerin korunduğu ölçüde korunmalıdır. Ancak, daha önce de dikkat çekildiği gibi, onlar için de bir sınır söz konusudur. Bu sınır bu davada aşılmıştır.

Bu nedenlerle, 1.1 1.2 ve 1.3 numaralı beyanların geçersiz olduğunu hükmeden Şehir Mahkemesi ile aynı görüşteyim:

Şimdi Bay Nilsen'in beyanlarını inceleyebiliriz. ...

[2.2 numaralı beyan) ... doğrudan Bay Bratholm'un saiklerinin dürüstlüğünü eleştirmektedir. Yazının bütünü dikkate alınarak yorumlandığında, bu beyanla yapılan sorgulama kuvvetlenmektedir. ...

Bu nedenle, Şehir Mahkemesinin 2.2 numaralı beyanın geçersiz ilan edilmesi gerektiği hükmüne katılıyorum. ...

...

2.3 numaralı beyan, polisin şiddete başvurduğu iddialarının önce uydurulduğu, sonra da kamu oyuna duyurulduğunu ileri sürmek derecesine ulaşmıştır. Bu beyanda, açıkça, yayınlanan malzemenin tahrif edildiği anlamı vardır. Beyan, Bay Bratholm'la yakından alakalı görünmektedir ve her halükarda ona da yönelik olduğu düşünülmelidir. ...

... Bu nedenle, 2.3 numaralı beyanın (2.4 numaralı beyan hariç) geçersiz ilan edilmesi görüşümdedir. ...”

28. Aynı yönde görüş bildiren Hakim Bugge şunları ifade etti:

“Ben de aynı görüşteyim ve gerekçede belirtilen temel görüşlere katılmaktayım. Fakat, temyiz talebinde bulunanların beyanlarının yapıldığı ortamı göz önüne alarak, bu beyanların hukuka aykırılığı konusunda ciddi şüphelere sahibim. Şüphelerimin dayanağı şöyle ifade edilebilir:

[Sayın Hakim Schei], ‘toplumun alakalı olduğu meseleler’ ... ile ilgili tartışmalarda, tarafların hakaretle sorumlu tutulmaları gereken eşğin oldukça yüksek tutulması gerekliliğine dikkat çekmişti. Bu kabul edilse dahi, bunun, hasımların şahsi doğruluğuna veya tartışmaya katılanların amaçlarının değerini düşürmeye ya da bunlar hakkında şüphe uyandırmaya yönelik saldırıları meşrulaştırmaması gerektiği düşüncesine katılıyorum.

...

Bana kalırsa, Şehir Mahkemesinin ... geçersiz ilan ettiği beyanların, özel bir şahıs olarak özellikle Bay Bratholm'a karşı yönlendirildiğini söylemek kolay değildir. Fakat, bu konuyu bir tarafa bırakacağım; çünkü kamuoyu önünde meydana gelen hararetli bir tartışmada, kişinin ne söylediği yerine, diğer bir kişinin dürüstlüğü ve saiklerini eleştirmesi hukuka aykırı olarak hükmedilmelidir.

Özellikle çözülmesi gereken sorun, gördüğüm kadarıyla, 1986 yılında polisin şiddet kullanmasına ilişkin tartışma yeniden başladığı zaman, polisin, özellikle de Bergen Polis teşkilatının, dürüstlüğünü sorgulayan Bay Bratholm'un kendisiydi. [Kitabının] 15. bölümünde 'yanlış bilgilendirme' kavramı konusunda şunları belirtmektedir:

“Yanlış bilgilendirme” değişik biçimlerde tarif edilebilir. Bu tariflerden biri, bilginin iyi niyetle sağlanması dikkate alınmaksızın bilginin yanlış olmasıdır. Örneğin, araştırmanın bazı noktalarda yanlış olduğu sonradan anlaşılabilir.

Böyle kapsamlı bir yorumu 'yanlış bilgilendirme' kavramı üzerine oturturmak için fazla neden yoktur. Yanlış bilgilendirmeyi kasıtlı veya ihmal sonucu doğru olmayan bilginin yayılması olarak anlamak daha pratiktir. Bu anlamda yanlış bilgilendirme, anlayışımızın sadece tedricen genişletilmesinin göz önüne alınmasından daha kolay çözülebilecek bir problemdir.

...

Eğer ben ulaştığım sonuçları bütünlük arz etmeyen bilgiler ve izlenimler üzerine kurmuş olsaydım, yanlış bilgilendirme epey başarılı olurdu. Polis teşkilatları, bu teşkilatların mensupları ve onların destekçileri, kamuoyunun oldukça büyük kesimlerini ikna etmiş görünmektedir, ki bu pek şaşırtıcı değildir. Burada, Graønland polis teşkilatı ile ilgili yanlış bilgilendirmenin onlarca yıl ne kadar başarılı olduğunu hatırlamak doğaldır. Orada çok kötü şartların mevcut olmasına ve zaman zaman bazı Oslo gazetelerinin bu şartlar hakkında güvenilir belgeler sunması gerçeğine rağmen, yanlış bilgilendirme kamuoyuna hakim olmuştu. Polisin şiddete başvurduğunu bilen çok sayıda polis, neler olduğunu ortaya çıkarmak için hiç bir şey yapmadı.'

Burada, Bay Bratholm'un kendisinin bu tartışmada hasımlarını -'polis, polis teşkilatları ve savunucuları'- dürüstlükten uzak olmak, bilerek gerçekleri saklamak ve uygun olmayan amaçlarla hareket etmekle suçlamasını başka türlü yorumlayamam.

Temyize müracaat edenlerin beyanlarının -özellikle de 1986 yılında "Polisin Şiddete Başvurması" kitabının yayınlanmasından sonra ifade edilenlerin- bu esas üzerine değerlendirilmesi gerektiği görüşündeyim. Temyiz talebinde bulunanlar -ki onlar doğal olarak polis adına güvenme hissetmiş olacaklardır- kendilerinin aynı tarzda cevap vermeye hakları olduğunu savunmaları temelsiz değildir.

Bu çerçevede, temyiz talebinde bulunanların, sırasıyla Bergen'deki ve ulusal düzeydeki polis teşkilatları adına görüş açıklamış olmalarının da önemli olduğu görüşündeyim. Onlar, bu teşkilatların üyelerinin seçilmiş temsilcileri ve sözcüleri sıfatıyla hareket etmişlerdir. Büyük ihtimalla ve haklı olarak, polisin çalışma metotlarına yöneltilmiş eleştirilere cevap vermenin kurumsal bir görev olduğunu düşündüler. Toplumumuzda meslek grubu temsilcilerinin kendilerinin kamuoyu önünde eleştirilmelerine, üzerinde yeterince düşünülmeden ve biraz uygun olmayan bir tarzda karşılık vermeleri sıra dışı bir durum değildir. Yine temyiz talep edenler, hakarete ilişkin kanuni düzenlemelerin ne olduğunu bilmiyorlardı.

Bay Bratholm, tanınmış bir politikacının yaptığı siyasal faaliyetlerine ilişkin beyanları dolayısıyla katlanmak zorunda kaldığı ile 'kendisinin mesleği gereği toplumu ilgilendiren önemli meselelere karıştığı zaman' faydalanacağı koruma arasında farklılık olması gerektiğini savunmaktadır. Böyle bir görüşe katılmamakta ... ve bu görüşün nasıl savunulabileceğini ... anlamamaktayım. Kanaatimce ve prensip olarak, toplumun çıkarına olan meselelerde açık tartışmaya katılan -örneğin hukuk alanında çalışan- bir akademisyen, hakarete ilişkin kanuni düzenlemelere göre, bir politikacıdan daha fazla korunmadan faydalandırılmamalıdır.

Buna rağmen [Hakim Schei] ile aynı görüşte olduğum yerlerde, bunun nedeni, 'toplumun yararına olan konularda' bir tartışmanın yapılabilmesi için mümkün olan en iyi şartların sağlanması gerektiğini ve eğer bu davada incelenen beyanlar geçersiz hükmedilmezlerse -bu

beyanların ifade edildiği ortam göz önüne alınsa bile, [böyle bir tartışmanın] zarar göreceğini kabul etmemdir.”

### G. “İhbarcılara Karşı Açılan Davaların” Yeniden Görülmesi

29. 16 Ocak 1998’de Anayasa Mahkemesi yedi “karşı davanın” yeniden görülmesini emretti. 1996 yılında bu yönde yapılan başvurular *Gulating* Yüksek Mahkeme tarafından reddedilmişti. Anayasa Mahkemesi davaların temyizine izin verdi. Ceza Usul Kanunu’nun 392. maddesi hükmüne göre Anayasa Mahkemesi nihai kararında, mevcut davadaki özel durumlar dikkate alındığında mahkumiyet kararlarının doğruluğunun şüpheli olduğuna ve bu durum hesaba katılarak suçlanan kişilerin kusurlarının yeniden değerlendirilmesinin gerekli olduğuna hükmetti. Anayasa Mahkemesi’nin görüşüne göre, 1974-86 yılları arasında polis bir dereceye kadar şiddete başvurduğu belli idi. Polisin bu tür vakalar hakkında hiç bir bilgisi olmadığını belirtmesinin nedeni, “yanlış anlaşılmalı sadakat” ile açıklanabilir. Bazı polis memurlarının, Bergen’de polisin şiddete başvurmasına ilişkin soruşturmada yalancı tanıklık yapmış olmaları kuvvetle muhtemeldi. Mahkeme, bu olayda yeterince genel yarar olmaması nedeniyle yeni suçlamalara gerek olmadığı görüşünde olan savcının talebi doğrultusunda, 16 Nisan 1998’de mahkum edilen yedi kişi hakkında berat kararı verdi.

## II. İLGİLİ İÇ HUKUK HÜKÜMLERİ VE UYGULAMA

30. Hakarete ilişkin Norveç düzenlemelerine göre, hukuka aykırı hakaret için üç çeşit müeyyide vardır. Bunlar, Ceza Kanunu hükümlerine göre bir ceza verilmesi, bu kanunun 253. maddesine göre hakaret içeren iddianın geçersiz ilan edilmesi (*mortifikasjon*) emri ve 1969 Tarihli Zararın Tazmini Hakkındaki Kanun (... 13 Haziran 1969 ve 26 numaralı Kanun) hükümlerine göre mağdur tarafa tazminat ödenmesi emridir. Mevcut davaya sadece son ikisi uygulanabilir.

31. Ceza Kanununun 253. maddesine göre, hakaret edici, hukuka aykırı ve doğruluğu ispatlanmamış bir beyan mahkeme tarafından geçersiz ilan edilebilir. Bu kanunun ilgili kısmı şu hükmü içermektedir:

“1. Bir iddianın doğruluğu ispat gerektirir nitelikte olduğu ve doğruluğa ilişkin bu delil ortaya konulmadığı zaman, kanunda başka türlü bir hüküm yoksa, mağdur taraf bu iddianın geçersiz ilan edilmesini isteyebilir.”

Sadece olgularla ilgili ifadeler böyle bir ilanın konusu olabilir; değer yargılarının doğruluğu ispata elverişli nitelikte değildir.

Bir ifadenin geçersiz hükmedilmesi emrine ilişkin düzenlemeler Ceza Kanununda yer almasına rağmen, böyle bir emir bir cezai yaptırım değil, savunan tarafın beyanın doğruluğunu ispatlayamadığını gösteren yargısal bir tespittir ve bu nedenle bir medeni hukuk yolu olarak değerlendirilmiştir.

Son yıllarda Norveç’te, ülkenin hukuk sisteminde 16. yüzyıldan beri mevcut olan ve Danimarka ve İrlanda hukukunda da var olan geçersiz hükmetmenin bir hukuk yolu olmaktan çıkarılması tartışılmaktadır. Özellikle hafif bir cezalandırma biçimi olması nedeniyle, Norveç Yayıncılar Derneği bu yolun korunması arzusunu dile getirdi.

32. 1969 tarihli Zararların Tazmini Hakkındaki Kanunun 3. maddesinin 6. fıkrası şu hükmü içerir:

“Bir kişinin şerefini zedeleyen veya özel hayatının dokunulmazlığını ihlal eden kişi, eğer bu kişi ihmalkar davranmış ve para cezası verilmesi için gerekli şartlar oluşmuşsa, sebep olunan zarar ve mahkemenin makul bulduğu miktarda gelecekte elde edilebilecek kazanç karşılığında tazminat ödeyecek, ödenecek tazminat hesaplanırken ihmalin derecesi ve diğer şartlar dikkate

alınacaktır. Yine mahkemenin makul bulduğu miktarda manevi tazminat ödenmesine hükmedilebilir.

Eğer hak ihlali basın yoluyla işlenmişse ve ihlali işleyen kişi yayınevi sahibinin veya basımcının hizmetinde iken bu ihlal gerçekleşmişse, birinci alt bölüm hükmü uyarınca sorumludur. Yayınevi sahibi veya basımcı da tazminat ödemekle yükümlüdür. Aynı hükümler, birinci alt bölüm gereği hükmedilen kusurun tashihi emirlerine de, mahkeme tazminatın reddedilmesi için özel sebeplerin var olduğu sonucuna ulaşmadıkça, uygulanır. ...”

33. Davalının hakareten sorumlu tutulmasının şartları Ceza Kanununun 23. bölümünün 246. ve 247. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu maddeler şöyledir.

(Çeviri)

“Madde 246. Söz ve hareketleriyle kanuna aykırı olarak iftira eden bir kişi veya ona bu fiilinde yardımcı olanlar hakkında para cezası veya altı ayı geçmemek üzere hapis cezası verilir.

Madde 247. Söz ve hareketleriyle, bir kişinin ününe ve itibarına zarar verebilecek veya onu düşmanlık ve küçük görülmeye maruz bırakacak veya mesleği ya da işi için gerekli güveni kaybetmesine yol açacak bir tarzda davranan bir kişi veya ona bu fiilinde yardımcı olanlar hakkında para cezası veya bir yılı geçmemek üzere hapis cezası verilir. Eğer hakaret sözlü ya da yazılı basın yoluyla veya başka türlü özellikle ağırlaştırıcı şartlar altında ifade edilmişse iki yılı geçmemek üzere hapis cezası verilebilir.”

247. maddenin uygulamasına bir engel, ifadenin hukuka aykırı (*rettstridig*) olması gerekliliğinden kaynaklanır. Bu 246. maddede açıkça belirtilmiş, 247. madde ise Anayasa Mahkemesi tarafından böyle bir gerekliliği içerdiği biçiminde yorumlanmıştır.

247. maddenin uygulamasına ilişkin diğer sınırlamalar 249. maddede yer almaktadır. Bu maddenin ilgili kısmının hükmü şu şekildedir:

“1. İddiaların doğruluğunu ispat eden deliller sunulmuşsa 246. ve 247. maddelere göre ceza verilemeyebilir. ...”

## KOMİSYON ÖNÜNDEKİ İŞLEMLER

34. Bay Arnold Nilsen ve Bay Jan Gerhard Johnsen 2 Kasım 1993 tarih ve 23118/93 numaralı dilekçe ile Komisyona başvurular. Şehir Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararlarının, kendilerinin Sözleşmenin 10. maddesi ile tanınan ifade özgürlüğü haklarına haksız bir müdahale teşkil ettiği ve bu nedenle Sözleşmenin ilgili hükmünün ihlal edildiğini şikayet ettiler.

35. Komisyon 10 Eylül 1997’de başvuruyu kabul edilebilir buldu. 9 Eylül 1998 tarihli raporunda (Sözleşmenin eski 31. maddesine göre) Komisyon oy birliği ile 10. maddenin ihlal edildiği görüşünü açıkladı. Komisyon kararının tam metni bu hükme ek olarak verilmiştir.

## MAHKEMEDEN SON İSTEKLER

36. 1 Temmuz 1999 tarihli duruşmada Hükümet Mahkemeden, yazılı bildiriminde belirttiği gibi, Sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edilmediği yönünde karar vermesini istedi.

37. Aynı duruşmada başvuranlar Mahkemeden, 10. Maddenin ihlal edildiğinin belirlenmesi ve 41. madde uyarınca adil bir tatmin şekline hükmedilmesi isteklerini tekrarladılar.

## HUKUKSAL NEDENLER

### I. SÖZLEŞMENİN 10. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

38. Başvurular, Oslo Şehir Mahkemesinin 7 Ekim 1992 tarihli kararının (25. paragrafa bakınız) -bu karar 5 Mayıs 1993 tarihinde Anayasa Mahkemesi tarafından onaylanmıştır (27-28. paragraflara bakınız)- kendilerinin Sözleşmenin 10. maddesi ile tanınan ifade özgürlüğü haklarına haksız bir müdahale teşkil ettiğinden şikayet ettiler. 10. madde şöyledir:

“1. Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğünü, kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber ve fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerir.

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.”

39. Karşı çıkılan önlemlerin, başvuru sahiplerinin 10. maddenin ilk fıkrası ile koruma altına alınan ifade özgürlüğü hakkına “[bir] kamu otoritesi tarafından müdahale edilmesi” niteliğinde olduğuna dair görüş birliği vardır. Müdahalenin ‘kanunun öngördüğü’ bir müdahale olması ve meşru bir amaç gütmesi -diğer bir deyişle “başkalarının ün ve haklarının korunması”- niteliğinde olmasına da itiraz edilmemiştir. Mahkeme, bu maddenin ikinci fıkrası hükmü gereğince müdahaleye izin verebilir olması için gerekli bu iki şartın yerine geldiği konusunda hiç bir makul şüphenin var olmadığı görüşündedir.

Mahkemedeki duruşmaya katılanların tartışmaları üçüncü şart -müdahalelerin “demokratik bir toplumda gerekli tedbir” niteliğine sahip bulunması- üzerinde odaklanmıştır. Başvuru sahipleri ve Komisyon, bu şartın yerine gelmediğini ve bu nedenle 10. maddenin ihlal edildiğini savundu. Hükümet ise bu iddiaya karşı çıktı.

## **A. Duruşmaya Katılanların Savunmaları**

### *1. Komisyon ve Başvuru Sahipleri*

40. Komisyon, itiraz edilen beyanların, toplumun ilgi duyduğu ciddi bir meseleye ilişkin kamuoyunda yapılan bir tartışma esnasında ifade edildiğini vurguladı. Bay Bratholm’un pozisyonu, Bay Nordhus ve Bay Vogt’un 1980’li yılların başlarında yayınladıkları araştırma sonuçlarını incelemekten sorumlu hükümet tarafından atanmış bir uzman olarak görevi ve sık sık kamuoyu tartışmalarına katıldığı (8-12., 15-17. paragraflara bakınız) dikkate alınırca, bir politikacıdan farklı değildir. Bu nedenle ve özellikle polis teşkilatında öfkeye yol açacak nitelikte kelimeleri kendisinin seçmiş olması nedeniyle daha fazla anlayış göstermek zorundadır. Bay Bratholm gibi başvuranlar ve onların temsil ettiği teşkilatın üyeleri de Sözleşmenin 6. maddesi 2. fıkrası uyarınca bir suçu işledikleri ispatlanana kadar suçsuz olduklarının var sayılması hakkına sahiptirler. İtiraz edilen beyanların ortak yanı, özellikle Bay Bratholm tarafından dile getirilen Bergen Polis teşkilatında polis memurlarının büyük boyutlarda suç işledikleri anlamına gelen ciddi ve defalarca söylenen iddialara seçilmiş polis temsilcilerinin cevapları niteliğinde olmalarıdır. Başvuranların asıl amacı Bay Bratholm’un yaptığı araştırmaların niteliğini ve onun şahsi saiklerini sorgulamak değil, fakat çeşitli kesimler tarafından dile getirilen çok ciddi iddialara karşı polis teşkilatını korumaktır (13-14. ve 19-20. paragraflara bakınız). İtiraz edilen beyanların tartışmaya sebep verir nitelikte olmalarına rağmen, Bay Bratholm’a karşı yapılmış keyfi saldırılar değildir. Söz konusu beyanlar ispata elverişli değildir ve her halükarda kötü niyetle yapıldıkları düşünülemez. “İhbarcılara karşı açılan davalarda” mahkum olmuş yedi şikayetçinin yakınlarında berat etmesinin mevcut dava ile bir ilgisi yoktur (29. paragrafa bakınız). Olay bir bütün olarak değerlendirildiğinde ve özellikle de tartışmanın düzeyinin önemli ölçüde Bay Bratholm’un kendisi tarafından belirlendiği dikkate alındığında, başvuranların beyanları, Bay Bratholm’un ününün ulusal mahkemelerin seçtiği tarzda korunmasını gerektirecek nitelikte değildi.

41. Komisyonun görüşlerine katılan başvuru sahipleri, bunlardan öteye, itiraz edilen beyanların, söyleyenlerin keskin dil ve abartmalar kullanmalarına daha fazla müsait nitelikteki sözlü beyanlar olduklarının dikkate alınması gerektiğini belirttiler. Bundan başka, başvuranlar beyanlarının Norveç mahkemeleri tarafından yanlış yorumlandığını iddia ettiler. Başvuranlara göre, kendileri Bay Bratholm'un kişisel dürüstlüğüne sorgulamadılar, fakat ona bilgi verenlerin doğru olmayan beyanlarını, manevi nüfuzunun kisvesi altına almak suretiyle onlara gerçekmiş görünümü vererek, desteklemekte gösterdiği dikkatsizliği eleştirdiler. Onlara göre, Norveç Anayasa Mahkemesinin kararının gerekçesi, fikirler ve amaçlara ilişkin beyanların değer yargıları olmayıp, aksine ispatlanabilir gerçekler niteliği taşıdıklarını ileri süren savunulması güç bir varsayım üzerine kurmuştu. Her ne olursa olsun, Genel Savcının soruşturmaları (1986-1987) sonucunda ulaştığı kararlar, başvuranların beyanlarının gerçeklerle ilgili kısmının doğruluğuna yeterli delil niteliğindedi (18. paragrafa bakınız). Bundan başka, Bay Bratholm, hasımlarının fiilleri ve saiklerine ilişkin kendi değer yargılarını ifade ederken, kelime seçiminde özen göstermedi ve polisin otoritesini zayıflattı. Kitaplarda, hukuk dergilerinde ve gazetelerde yayınlanan makalelerde polisi, özellikle Bergen polis teşkilatını, sistematik olarak suç sayılan uygulamalarda bulunmakla itham etti (12, 15-17. paragraflara bakınız). Bay Bratholm'un eleştiren ve düzeyi belirleyen taraf olduğu kamuoyuna açık bir tartışmada, başvuranlar cevap vermeye kışkırtıldı. Başvuranlar kendilerinden beklenenden daha fazlasını yapmadı: ortalama polis memuru adına konuşmak ve onları savunmak, onların hizmetini ve bu hizmetin şerefini savunmak. Böyle yapmaları başvuranlardan sadece beklenen bir davranış değildi, aynı zamanda onlar bunu yapmak için seçilmişlerdi.

## 2. Hükümet

42. Hükümetin savunmasında belirtildiğine göre, dava konusu olan bütün beyanlar Bay Bratholm'a (ya da en azından diğerleri ile birlikte ona) yöneltilmişti ve muhtemelen bir bilim adamı ve araştırmacıya karşı yapılabilecek en ciddi suçlamaların ifadesiydi. Bu suçlamalar onun şerefini dürüstlüğüne ve saiklerini hedef almıştı ve gerçekten bunlara karşı keyfi kişisel saldırı derecesine ulaşmıştı. Sıradan bir okuyucu beyanları bu biçimde anlamaktadır (13-14., 19-20. paragraflara bakınız). Bu bakımdan, ulusal mahkemelerin beyanlara ilişkin yaptığı yorumlar, sağlam bir muhakeme ve gerçeklerin kabul edilebilir bir değerlendirmesi üzerine oturtulmuştur (25. ve 27. paragraflara bakınız). Başvuranlar kullandıkları kelimelerin seçimine ilişkin hiç bir bilgi vermemiş olmalarına rağmen, itiraz edilen iddialar gerçeklerin ifadesidir ve bu haliyle prensip olarak ispatlanabilir niteliktedir. Söz konusu iftira davaları, Anayasa Mahkemesinin 1998'de, "ihbarcılara karşı açılan davalarda" yargılamanın yenilenmesine karar vermesine giden yol üzerinde önemli bir atlama taşıydı. Böylece bu karar, başvuranların getirdiği mantiki açıklamalara (yani, önceki mahkumiyetlerin Bay Bratholm'a bilgi verenlerin yalan söylediğini ispatladığı görüşüne -29. paragrafa bakınız-) indirilmiş öldürücü bir darbe niteliğinde idi. Tartışmanın genel niteliğini belirleyen Bay Bratholm değil, bilakis 1981'de oluşturulan Araştırma Komitesinin raporunu, polisin ününe zarar vermeye yönelik kasıtlı bir girişim olarak tanımlayan Norveç Polis Derneği idi (10. paragrafa bakınız). Bay Bratholm hiç bir zaman başvuranları veya Polis Derneğinin herhangi bir üyesini isim vererek dürüst olmamak veya değersiz saiklere sahip olmak ile suçlamadı. Dava konusu beyanlar, polisin şiddet kullanmasına ilişkin kamuoyundaki tartışmayı teşvik etmek veya kolaylaştırmaktan çok, tartışmayı engelleyici nitelikteydi. Bundan başka, mevcut dava basın özgürlüğü ile ilgili değildir.

## B. Mahkemenin değerlendirmesi

### 1. Genel Prensipler

43. Mahkemenin yerleşmiş içtihadına göre, ifade özgürlüğü, demokratik bir toplumun en önemli temellerinden birini oluşturur; demokratik toplumun gelişmesi ve her bireyin kendi kişiliğini gerçekleştirmesinin temel koşuludur. İfade özgürlüğü, 10. maddenin ikinci fıkrası sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen "haber" ve "düşünceler"e değil, aynı zamanda aleyhte olan, çarpıcı gelen veya rahatsız eden "haber" ve "düşünceler"e de uygulanır; bunlar, "demokratik toplumun" olmazsa olmaz unsurları olan çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin gerekleridir. 10. maddenin güvence altına aldığı şekliyle ifade özgürlüğüne

bir takım istisnai hallerde sınırlamalar getirilebilir, fakat bu istisnalar dar bir şekilde yorumlanmalı ve sınırlamanın gerekli olduğu ikna edici bir biçimde ortaya konmalıdır.

“Demokratik bir toplumda gereklilik” ölçüsü, şikayet edilen müdahalenin “toplumda zorunlu bir tedbir” niteliğinde olup olmadığı, “gözetilen meşru amaçla orantılı” olup olmadığı ve ulusal otoritelerin bu tedbiri haklı göstermek için dayandığı gerekçelerin uygun ve yeterli olup olmadığı konularında Mahkemenin karar vermesini gerektirir. (bkz., Sunday Times-Birleşik Krallık (no.1) kararı, 26 Nisan 1979, Series A no. 30, s. 38, § 62). Ulusal otoriteler böyle bir tedbire ihtiyaç olup olmadığı ve bu ihtiyacı gidermek için ne tür önlemlerin benimsenmesi gerektiğini değerlendirirken belli ölçüde takdir marjına sahiptir. Fakat, bu takdir marjı sınırsız değildir; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin gözetimine tabidir. Mahkemenin görevi, ulusal otoritelerin kararlarını gözden geçirmek ve kısıtlamanın 10. maddenin koruması altındaki ifade özgürlüğü ile uyuşup uyuşmadığına ilişkin son kararı vermektir. (bkz. diğer pek çok kaynak arasında *Bladet Tromsø* ve *Stensaas* - Norveç kararı, 20 Mayıs 1999, Mahkemenin resmi raporlarında basılacaktır, § 58).

Denetim yetkisini kullanırken Mahkemenin görevi, ulusal otoritelerin yerini almak değil, fakat davanın bütününe dikkate alarak, bu otoritelerin takdir yetkileri çerçevesinde verdikleri kararları 10. maddeye göre incelemektir. (ibid.)

44. Mevcut davanın özellikle göze çarpan yanı, başvuranların, polis derneklerinin temsilcileri sıfatıyla polisin kötü davranışını halka duyuran belli raporlara cevaben yapmış oldukları beyanlarla ilgili olarak müeyyideye maruz kalmalarıdır. Haber ve fikir alma ve verme hakkı üzerine polisin kötü davranışına ilişkin tartışmalı iddialarda kısıtlamalar konulması durumunda Mahkemenin gözetiminin gerektiğine hiç bir şüphe olamamasına karşın (bkz. Thorgeir Thorgeirson - İzlanda kararı, 25 Haziran 1992, Series A no. 239, ss. 27-28, §§ 63-70), aynı hükümlerin, bu iddialara karşılık vermeyi amaçlayan konuşmalara da -bunların da aynı tartışmanın bir parçası olmaları nedeniyle- uygulanması gereklidir. Burada olduğu gibi, söz konusu beyanlar meslek kuruluşlarının seçilmiş temsilcilerinin mesleğin uygulamaları ve doğruluğunu sorgulayan iddialara cevap niteliğinde yapılmışlarsa bu hüküm özellikle geçerlidir. Gerçekten, 10. maddede düzenlenen ifade özgürlüğü hakkının, 11. maddede yer alan ve korunan toplantı ve dernek kurma özgürlüğünden pratikte yararlanılmasını sağlamanın başlıca yollarından biri olduğu hatırlanmalıdır (bkz., 20 Mayıs 1999 tarihli Rekvényi - Hungary kararı, Mahkemenin resmi raporlarında basılacaktır, § 58; Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri - Türkiye kararı, 30 Ocak 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I, s. 20, § 42; Vogt - Germany kararı, 26 Eylül 1995, Series A no. 323, s. 30, § 64; Young, James ve Webster - United Kingdom kararı, 13 Ağustos 1981, Series A no. 44, s. 23, § 57; bkz. also, *mutatis mutandis*, Swedish Engine Drivers' Union - Sweden kararı, 6 Şubat 1976, Series A no. 20, s. 15, § 58).

## 2. Prensiplerin Mevcut Davaya Uygulanması

45. Mevcut davada Şehir Mahkemesinin kararlarını onaylayan Norveç Anayasa Mahkemesi, Bay Nilsen'in 2 Mart ve 7 Haziran 1988'de yayınlanan iki beyanının ve Bay Johnsen'in 15 Mayıs 1986'da yayınlanan üç beyanının hakaret edici, “kanuna aykırı” (*rettstridig*) ve doğruluğu ispatlanmamış nitelikte olduklarına hükmetti. Anayasa Mahkemesi, beyanların Bay Bratholm'a karşı yalan (1.1 numaralı madde), kasıtlı yalanlar (1.2 numaralı beyan), değersiz ve kötü niyetli saikler (1.1 ve 1.3 numaralı beyanlar), dürüst olmayan saikler (2.2 numaralı beyan) ve polisin şiddete başvurmaya ilişkin iddiaları uydurma suçlamaları boyutlarına ulaştığını düşündü. Anayasa Mahkemesinin görüşüne göre, Bay Bratholm'un 1986 yılının ilkbaharında basılan “Polisin Şiddete Başvurması” kitabında ve diğer yayınlarında kendini ifade etme tarzı, başvuranların yaptığı biçimde onun dürüstlüğüne sorgulanmasını haklı kılamaz. Bu nedenle Mahkeme, Şehir Mahkemesinin dava konusu olan beyanları geçersiz ilan eden ve ilk başvuranın davacıya tazminat ödemesini (ikinci başvurana karşı tazminat talebi dava açma süresi geçtikten sonra yapılmıştır) emreden kararını onaylamıştı (25. ve 27. paragraflara bakınız).

Mahkememiz başvuranların, dava konusu olan ifadelerin asıl olarak Bay Bratholm'a bilgi verene karşı söylendiği ve ona şahsen zarar vermek niyetini taşımadığı görüşünü dikkate almıştır. Fakat, Norveç mahkemelerinin, bu beyanların Bay Bratholm'un ününü olumsuz etkileyebileceği tespitlerini sorgulamanın gereksiz olduğu düşüncesindedir. Ulusal mahkemelerin dayandığı sebeplerin, Bay Bratholm'un ününün korunması meşru amacına açıkça uygundur.

46. Sebeplerin yeterli olup olmadıkları ile ilgili olarak, Mahkememiz davanın Norveç'te polisin özellikle de Bergen polisinin şiddete başvurusu üzerine uzun süren ve hararetli bir kamuoyu tartışmasına dayandığını gözlemlemiştir. Polisin şiddete başvurusunun varlığı, özellikleri ve kapsamı, üniversitedeki araştırmacılar, bir soruşturma komisyonu ve Baş Savcı tarafından soruşturuldu ve taraflar birbirleriyle yazılmış eserlerle, basında ve mahkeme salonlarında mücadele ettiler (8-21. paragraflara bakınız). Norveç Anayasa Mahkemesinin belirttiği gibi, itiraz edilen beyanlar açıkça toplumu ilgilendiren ciddi bir mesele üzerinedir (27. paragrafa bakınız). Strasbourg Mahkemesinin içtihat hukukuna göre, Sözleşmenin 10. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca siyasal içerikli konuşmalar ya da toplumu ilgilendiren meselelere ilişkin tartışmalara kısıtlama getirilmesinin alanlarının oldukça sınırlı tutulduğu hatırlanmalıdır. (bkz. Wingrove - United Kingdom kararı, 25 Kasım 1996, Reports 1996-V, s. 1957, § 58; ve Sürek - Türkiye (no1) kararı, 8 Temmuz 1999, Mahkemenin resmi raporlarında basılacaktır, § 61).

47. Fakat, yine Anayasa Mahkemesi tarafından belirtildiği gibi, toplumu ilgilendiren ciddi meseleler üzerine tartışmalarda bile ifade özgürlüğü hakkı belli sınırlar içerisinde kullanılmalıdır (bakınız, 27. paragraf). Başvuranların meslek derneklerinin temsilcileri olarak oynadıkları özel role ve söz konusu olan türden konuşmalara Sözleşmenin ayrıcalıklı bir koruma sağlamış olmasına rağmen, başvuranlar, diğer sınırlamalar yanında, "diğerlerinin ün ve haklarının korunmasına" ilişkin getirilen sınırlamalar içerisinde hareket etmeli idiler. Belirlenmesi gereken şey, başvuranların kabul edilebilir eleştiri sınırlarını aşmış olmalarıdır.

48. Mahkeme bu mesele hakkında karar verirken, davayı bir bütün olarak değerlendirerek, beyanlarda kullanılan kelimelere ve bu beyanların basın tarafından yazılan sözlü beyanlar oldukları (böylece -muhtemelen- başvuranların, beyanlarını basılmasından önce yeniden düzenleme, geliştirme ve beyanlarını geri alma fırsatlarının azaldığı veya ortadan kalktığı) gerçeği dahil beyanların topluma duyurulduğu ortama özel bir önem verecektir.

49. İddialardan birisi -Bay Bratholm'u kasıtlı olarak yalan söylemekle suçlayan 1.2 numaralı beyan- ile ilgili olarak Mahkeme, bu beyanın kabul edilebilir eleştiri sınırlarını aştığı konusunda Hükümetin görüşünü paylaşır. Bu beyan, ispatlanabilir bir gerçek olarak değerlendirilebilirdi, çünkü maddi bir temeli yoktu ve Bay Bratholm'un kendini ifade tarzı bu beyanın yapılmasını haklı kılmıyordu. Bu beyanı geçersiz ilan etmek, 10. madde açısından haklı bulunabilir.

50. Diğer taraftan, ulusal mahkemelerin aksine Mahkeme, 1.1, 1.3, 2.2 ve 2.3 numaralı beyanların Bay Bratholm'a uygun olmayan amaçlar veya niyetlere sahip olduğunu itham ettiği konusunda, bu beyanlar başvuranların ispat etmelerini gerektiren gerçek iddialar olarak değerlendirilmesi gerektiği biçiminde düşünmez (13-14., 19-21. paragraflara bakınız). Beyanların yazılış tarzından ve metnin bütününden, başvuranların şahsi görüşlerini bildirme niyetiyle ifade edildikleri ve bu nedenle değer yargılarına benzedikleri belirgindi.

51. Bahsedilen beyanların Bay Bratholm'un polisin şiddete başvurusuna ilişkin yanlış bilgi verdiği ve bu tür kötü davranış iddialarını uydurduğu konusunda, belirtmelidir ki, olayın meydana geldiği dönemde; başvuranların Bay Bratholm'un soruşturması hakkında şüpheleri gündeme getirmelerini destekleyen belli objektif faktörler mevcuttu. Bay Nordhus ve Bay Vogt, belli gazetelerde yazılan yalan söyleme iddialarına karşı açtıkları hakaret davasını kazanamamışlardı ve Baş Savcının Bergen polisine yönelik cezai soruşturmaları, polisin şiddete başvurduğuna ilişkin çeşitli iddiaların asılsız olduğu genel sonucuna ulaşmıştı (11. ve 18. paragraflara bakınız). Bu soruşturmalar sonrası açılan kimi davalarda bazı muhbirler polise karşı yanlış iddialar ileri sürmekten suçlu bulunmuşlardı (18. paragrafa bakınız). Bu işlemlerin yürütülüş tarzının, özellikle Bay Bratholm'un

kendisi tarafından olmak üzere, eleştirilere yol açtığı doğrudur (17. paragrafa bakınız). Mahkeme, bu soruşturmalar ile Bay Bratholm'un yürüttüğü soruşturmalar arasındaki odak, yaklaşım ve delillere ilişkin standart farklarının bilincindedir. Başvuranlara karşı açılan hakaret davasında Şehir Mahkemesinin, Bergen polisinin kanunsuz kuvvet kullandığını duruşmalarda tespit ettiğinin ve bu biçimde davranan az sayıda polis memuru bulunmasına rağmen kötü davranışın boyutlarının sorun oluşturduğunu belirttiğinin de farkındadır (25. paragrafa bakınız). Yine de, Norveç Mahkemelerinin başvuruların davaları hakkında karar verdiği zaman (25. ve 27. paragraflara bakınız), polisin şiddete başvurmasına ilişkin yanlış ve uydurma iddiaların yapıldığı anlamına gelen beyanların bazı olgulara dayandığı bir gerçektir. Bu durum, Anayasa Mahkemesinin muhbirlerle karşı açılan davaları daha sonra yeniden görüşmesi ve suçlananları berat ettirmesi ile değişmemiştir (29. paragrafa bakınız).

52. Ayrıca Mahkeme, Norveç mahkemelerinin ulusal hukuka göre tarafların çatışan çıkarları arasında denge kurmaya çalıştığı gibi (25. ve 27. paragraflara bakınız), 10. maddedeki gereklilik ölçütünü somut olaya uygularken, mevcut davada zarar gören tarafın oynadığı rolü de göz önüne alacaktır (bkz. Oberschlick - Avusturya (n0. 2) kararı, 1 Temmuz 1997, Reports 1997-IV, ss. 1275-76, §§ 31-35). Bu konuda Mahkeme, hükümet tarafından atanmış bir uzman olarak Bay Bratholm'un yaptığı faaliyetlerin kuvvetini göz önüne alınarak, daha fazla müsamaha göstermek zorunda olan bir politikacı ile karşılaştırabileceği yönündeki Komisyon görüşüne katılmaz. Mahkemeye göre, dava ile alakalı olan, Bratholm'un kamuoyundaki tartışmaya katılarak bir uzman olmaktan öteye yaptıklarıdır.

Bu konuda Mahkeme, Hakim Schei'nin, Bay Bratholm'un "Polisin Şiddete Başvurması" kitabında (1986 yılının ilkbaharında yayımlandı) dile getirdiği sert eleştirilerin bir sisteme yöneltildiğini ve büyük ölçüde bireyleri de hedef aldığını belirtir. Bratholm "yanlış bilgi verme" ve "despotizm" gibi bazı küçük düşürücü ifadeleri kullanmıştı (27. paragrafa bakınız). Çoğunluk görüşüne katılan kişisel görüşünde (28. paragrafa bakınız) bu faktöre daha fazla önem atfeden Hakim Bugge, kitabın polis yanlı bilgilendirme olgusu hakkında yorum yapan bazı kısımlardan alıntı yapmıştı. Hakim Bugge bu olguyu, Bay Bratholm'un bu tarzda ifadeler kullanmak suretiyle tartışmada muhaliflerini -"polis, polis teşkilatları ve polisi destekleyenler"- dürüstlükten yoksun olmak, bilerek gerçekleri saklamak ve eylemlerinin saiklerine ilişkin açıklamalarının gerçeği yansıtmaması ile suçlamasından başka türlü yorumlayamamıştı. Hakim Bugge, başvuruların beyanlarının - özellikle kitabın yayınlanmasından sonra ifade edilenlerin- bu çerçevede değerlendirilmesi gerektiği görüşündeydi. Bu nedenle başvuruların "kendilerinin de aynı tarzda cevap vermeye" hakları olduğunu iddia etmeleri tamamen haksız değildi. Bu bağlamda, başvuruların, yerel ve ulusal polis derneklerinin seçilmiş temsilcileri olmak sıfatıyla, üyeleri adına görüş belirtiyor olmaları önemliydi ve haklı olarak polisin çalışma metodlarına yöneltmiş eleştirilere cevap vermenin kurumsal bir görev olduğunu düşündüler (ibid).

Mahkeme bu açıklama tarzına katılmaktadır; ek olarak, Bay Bratholm'un, diğer iddiaları arasında, Bergen polis teşkilatında "suç işleme alt kültürü"nden bahsettiğini belirtir (15. paragrafa bakınız). Fakat, başvuruların mesleki derneklerin seçilmiş temsilcileri olmak sıfatıyla mesleğin çalışma metodları ve ahlaki değerlerine yöneltilen eleştirilere karşılık verdiklerini göz önüne alan Mahkeme, Sözleşmenin 10. maddesi ikinci fıkrasında belirtilen gereklilik ölçütüne göre ifade özgürlüğü ile şerefın korunması çıkarlarını değerlendirilirken, davacının hararetli kamuoyu tartışmasına bir taraf olarak katılmasına ulusal mahkemelerin davaya ulusal hukuku uygulanırken verdiğinden (44. paragrafa bakınız) daha fazla önem verilmesi gerektiğini düşünür. Dava konusu olan beyanlar davacının tartışmaya yaptığı doğrudan katkı ile alakalıydı. Mahkeme, her iki tarafın mesleki itibarının söz konusu olduğu ve toplumun ilgi duyduğu konulardaki böyle bir hararetli ve sürüp giden kamuoyu tartışması ortamında abartmalara bir ölçüye kadar müsamaha gösterilmesi gerektiği görüşündedir.

53. Bu çerçevede Mahkeme, Norveç mahkemelerinin ulusal hukuka göre verdiği kararlara rağmen, 1.1, 1.3, 2.2 ve 2.3 numaralı beyanların Sözleşmenin 10. maddesinin düzenlediği müsaade edilebilir eleştiri sınırlarını aştığına ikna olmadı. Uzun ve hararetli kamuoyu tartışmasının merkezinde polisin şiddete başvurması iddialarının gerçekliği meselesi bulunuyordu ve muhbirlerin gerçek dışı iddialarda buldukları varsayımını destekleyen deliller vardı. Dava konusu olan beyanlar aslında bu

konuda görüş belirtmişti ve bu tartışmada beyanların açıklanmasında kullanılan oldukça sert dil, başından beri tartışmada öne çıkan bir kişi olan zarar gören tarafın kullandığı dil ile orantılı değildi. Bu görüşü doğrultusunda Mahkeme, durumu düzeltmek için başvuruların ifade özgürlüklerine yapılan müdahalenin 10. madde açısından delillerle yeterince desteklenmediğine ve Bay Bratholm'un ününün korunması meşru amacıyla orantısız olduğuna karar vermiştir. Böylece Sözleşmenin 10. maddesi ihlal edilmiştir.

## II. SÖZLEŞMENİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

54. Bay Nilsen ve Bay Johnsen Sözleşmenin 41. maddesine göre hakkaniyete uygun bir tazminata hükmedilmesini istedi. Bu maddeye göre :

“Eğer Mahkeme, Sözleşmenin ya da Ek Protokollerin ihlal edildiği hükmüne varırsa ve eğer Sözleşmeci tarafın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen gidermeye elverişli ise, Mahkeme kararında gerektiği takdirde zarar gören tarafa adil bir tatmin şekline hükümlenir.”

### A. Manevi tazminat

55. Başvuruların her biri, ifade özgürlüğü haklarının ihlal edilmesinden doğan zarar karşılığında, 25.000 Norveç kronu (NOK) tutarında manevi tazminat ödenmesini istedi.

56. Mahkeme, başvuruların iddia ettikleri biçimde uğradıkları manevi zarar karşılığında, hak ihlalinin mevcut olduğu yönünde verilen kararın kendisinin yeterli derecede adil bir tatmin sağladığı konusunda Hükümet ile aynı görüştedir.

### B. Maddi Tazminat

57. Başvurular Mahkemeden, Norveç Mahkemelerinin kendilerini Bay Bratholm'a ödemeye mahkum ettiği toplam 440.242,74 NOK tutarındaki belli meblağlara ilişkin ödeme yapılmasını da istediler. Bu toplamın içerisinde 370.907,74 NOK tutarında başvuruların Şehir Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesinde ödedikleri dava masrafları, (ilk başvurunun ödemeye mahkum edildiği) 25.000 NOK tutarındaki manevi tazminat ve 44.335 NOK tutarında adı geçen ödemeler nedeniyle uğranılan faiz kaybı yer almıştı (25. ve 27. paragraflara bakınız).

Başvurular, yukarıdaki miktarların önceden yapılan bir anlaşmaya dayanmaksızın Norveç Polis Derneği tarafından bir bağış olarak ödendiğini ve kendi lehlerine hükmedilecek maddi tazminat miktarı kadar Derneği geri ödemediğini belirttiler.

58. Yukarıda belirtilen maddi tazminat tutarlarına Hükümet itiraz etmedi.

59. Mahkeme, kendi içtihat hukukuna göre, Sözleşmenin ihlali ile uğranılan zarar arasında bir illiyet bağı kurulduğu ölçüde uğranılan zararın tazmin edilebileceğini hatırlatır. Mevcut davada 10. maddenin ihlal edildiğine, birinci başvurunun yaptığı itiraz edilen bütün beyanlara ve ikinci başvurunun itiraz edilen üç beyanından ikisine ilişkin verilen kararlar nedeniyle, hükmedilmiştir. Bu karar ışığında Mahkeme ilk başvurana ulusal mahkemenin ödemesini emrettiği tazminatın karşılığı olarak 25.000 NOK ve her iki başvurana birlikte maddi tazminat isteklerinin karşılığı olarak 350.000 NOK verilmesine karar vermiştir.

### C. Dava masrafları ve harcamalar

60. Başvurular, dava masrafları ve harcamalar karşılığında aşağıda maddeler halinde belirtilen kalemlerin kendilerine ödenmesini de istemiştir:

- (i) Ulusal mahkemelerde görülen davaların masraf ve harcamaları karşılığında 645.912 NOK;
- (ii) Strasbourg'daki işlemlerde avukat masrafı olarak 175.000 NOK;
- (iii) Tercüme masrafı olarak 22.000 NOK;

(iv) 1 Temmuz 1999'daki duruşmaya katılmaları ile ilgili olarak seyahat, konaklama ve gıda masrafları karşılığı 18.000 NOK.

Başvuranlar, Norveç Polis Derneğinin yukarıda belirtilen miktarların ödenmesi için bağış olarak kendilerine verdiği kısmı, Mahkemenin hükmedeceği tazminattan geri ödemeyi taahhüt ettiler.

61. Hükümet yukarıda belirtilen miktarlara, toplam saat sayısının ve ödenen ücretin aşırı olduğu gerekçesiyle itiraz etti.

62. Mahkeme, kendi içtihat hukukuna göre, istenilen dava masrafı ve harcamalarını Sözleşmenin ihlal edildiğine hükmedilen meseleyi önlemek veya tazminini sağlamak amacıyla gerçekten ve zorunlu olarak yapılıp yapılmadıklarını ve miktar olarak makul olup olmadıklarını değerlendirecektir (örneğin bakınız, Tolstoy Miloslavsky - United Kingdom kararı, 13 Temmuz 1995, Series A no. 316-B, s. 83, § 77) (i) maddesi için Mahkeme, ikinci başvurucunun bir beyanının ulusal mahkeme tarafından geçersiz ilan eden kararını Sözleşmenin 10. maddesi 2. fıkrasına göre haklı bulduğunu hatırlatır. Buna göre, Mahkeme hakkaniyete uygun olarak (i) maddesi için 250.000 NOK ödenmesine; (ii) ve (iv). maddelerde istenilen miktarların tamamının başvuranlara verilmesine karar vermiştir.

#### **D. Ulusal Mahkemeler ve Sözleşmede belirtilen kurumlarda yapılan işlemlerin ödemelerden kaynaklanan faiz**

63. Başvuranlar, maddi zarar ve ulusal mahkemelerde yapılan dava masrafları ve harcamalara ilişkin olarak, temel faiz oranı üzerinden (6 yıllık bir süre için yaklaşık %5 üzerinden) 325.000 NOK tutarında bir miktarın ödenmesini talep etti.

64. Hükümet, bu isteği temelden yoksun olarak nitelendirdi.

65. Mahkeme, değişik masrafların yapıldığı zaman ile Mahkemenin tazminata hükmettiği zaman arasındaki fark nedeniyle bazı maddi zararlara uğranılmış olduğuna hükmeder (örneğin, bakınız, Darby - İsveç kararı, 23 Ekim 1990, Series A no. 187, s. 14, § 80 (d); ve yukarıda bahsedilen Bladet Tromsø ve Stensaas kararı, § 83). Hakkaniyete uygun olarak karar veren ve ilgili dönemde Norveç'teki enflasyon oranını göz önüne alan Mahkeme bu başlık altında istenilen tazminat karşılığı olarak başvuranlara 50.000 NOK ödenmesine hükmeder.

#### **E. Gecikme faizi**

66. Mahkemenin bildiği kadarıyla, mevcut kararın verildiği anda Norveç'te geçerli kanuni faiz oranı yıllık %12'dir. Mahkeme, yerleşik içtihadına göre, bu oranın mevcut davada hükmedilen miktarlara uygulanmasının uygun olduğuna karar vermiştir.

#### **BU GEREKÇELERLE MAHKEME**

1. On ikiye karşı beş oyla, Sözleşmenin 10. maddesinin ihlaline;

2. On üçe karşı dört oyla, Sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiği kararının kendisinin, başvuranların uğradıkları iddia ettikleri manevi zarar karşılığında, yeterli derecede adil bir tatmin sağladığına;

3. On ikiye karşı beş oyla, ilgili Devletin aşağıda belirtilen miktarları üç ay içinde başvuranlara ödemesine:

(a) Maddi tazminat olarak 375.000 (üçyüzyetmişbin) Norveç Kronu,

(b) Dava masrafları ve harcamalar için 465.000 (dört yüz altmış beş bin) Norveç Kronu,

(c) İstenilen faiz karşılığı olarak 50.000 (ellibin) Norveç Kronu;

4. On ikiye karşı beş oyla, yukarıda değinilen üç ayın bitiminden ödeme tarihine kadar geçen süre için yıllık %12 oranında kanuni faiz uygulanmasına;

5. Oybirliğiyle, başvuruların adil tatmin şekline hükmolunmasına ilişkin diğer isteklerinin *reddine*, karar vermiştir.

Bu metin İngilizce ve Fransızca dillerinde kaleme alınmış ve 25 Kasım 1999 tarihinde Strasbourg'daki İnsan Hakları Sarayında yapılan açık duruşmada okunmuştur.

Luzius WILDHABER  
Başkan

Michele DE SALVIA  
Yazı İşleri Müdürü

Aşağıdaki iki karşı görüş, Sözleşmenin 45. maddesi ikinci fıkrası ve Mahkeme İçtüzüğü'nün 74. kuralının ikinci fıkrası gereğince bu karara eklenmiştir:

(a) Hakim Rozakis'in karşı görüşü;

(b) Bay Kuris, Bay Türkmen, Bayan Stra-nicka ve Bayan Greve tarafından ifade edilen karşı görüş.

L.W.  
M. de S.

#### HAKİM ROZAKIS'İN KARŞI GÖRÜŞÜ

Çoğunluk görüşüne katılmadığımı ve bu davada 10. maddenin ihlal edilmediğini düşündüğümü üzülerek belirtmeliyim. Bu davada, bir kişiye iki polis memuru tarafından hakaret edilmesine ilişkin yargılamalarda hüküm veren Norveç mahkemelerinin, anlaşmazlığın taraflarının çatışan çıkarlarını uygun bir biçimde değerlendirmek suretiyle, doğru karar verdiğine inanmaktayım.

Karşı görüşümle ilgili tartışmaya, polis memurlarının sadece iç hukuk açısından hakaret edici olmakla kalmayan, Sözleşmenin 10. maddesi ile düzenlenen ifade özgürlüğünün korunması hükümleri uyarınca koruması da mümkün olmayan beyanlarını belirlemekle başlamak isterim. Bunlar, ikinci başvuranın (a) “aksi ispatlanana kadar, bunu kasıtlı bir yalan olarak niteliyorum” ve (b) “gizli saikler olmalıdır. Amaç, polise duyulan güveni aşındırmak gibi görünmektedir” ifadeleridir. İlk beyan Mahkemenin haklı olarak belirttiği gibi “ispatlanabilir bir gerçek” olarak değerlendirilebilir, “çünkü maddi bir temeli yoktu ve Bay Bratholm'un kendini ifade tarzı bu beyanın yapılmasını haklı kılmıyordu”; ikincisi ise Bay Bratholm'un dürüstlüğü, tarafsızlığı ve iyi niyeti hakkında şüphe uyandırmayı ve ününü olumsuz yönde etkilemeyi amaçlamıştı. Bu iki beyan, kanaatimce, Norveç mahkemeleri için yaptırım uygulanmak ve Mahkememiz içinde de aynı şekilde 10. maddenin ihlal edilmediğine hükmetmek için yeterli nitelikte idi. Mahkememizin, ilk beyanı haksız bulmasına rağmen, mevcut davada bir ihlal olduğuna karar vermesi, beni bu karara karşı görüşümü eklemeye zorladı.

Beni Mahkemenin çoğunluğundan farklı sonuçlara yönlendiren nedenler şunlardır:

(a) Bu davada korumamız istenen konuşma, İnsan Hakları Mahkemesi içtihat hukukuna göre, Sözleşmenin 10. maddesi ile sağlanan korumayı hak edecek en yüksek “düzeyde” bir konuşma niteliğinde değildir. Gerçekten bu konuşma basın özgürlüğü alanına girmez; hatta, doğru ifade etmek gerekirse, siyasi bir konuşma bile değildir. İki polis memurunun ifadesi ile korunan, temelde toplumun ilgi gösterdiği bir tartışma çerçevesinde temelde bir meslek grubu çıkarıdır. Cezalandırılan beyanlar daha genel nitelikte bir kamu yararı bulunan bir meselenin tartışılması esnasında ifade edilmiş

olmalarına rağmen, yine de onların amacı bir meslek kuruluşunun (Norveç polisi) belirli çıkarlarını korumaktır.

(b) Beyanların muhatabı, araştırma yaparak ve bilimsel metotlar kullanarak polisin kötü muamelede bulunduğu vakalarda polisin sorumluluğunu tespit etmeyi asıl amaç olarak benimsemiş bir özel kişi idi. İki taraf -Bay Bratholm ve polis- arasındaki tartışma hararetlendi ve Bay Bratholm'un da tartışmada tansiyonun artmasına katkıda bulunduğu düşünülebilir. Fakat, Bay Bratholm'un bir politikacı olmadığı, dolayısıyla kendisinin bir politikacı ile aynı konumda değerlendirilmemesi gerektiği ve onun ifade tarzının Norveç polisinin onun görüşlerini eleştirirken kullandığı sert dilden etkilendiği unutulmamalıdır. Her halükarda Norveç polisini şiddetle eleştirmesine rağmen, Bay Bratholm'un ifadelerinin niteliği hiç bir zaman şahsi hakaret ve belli şahısların şerefini alçaltıcı dereceye inmemiştir. Bu bağlamda, Bay Bratholm'un Norveç polisine karşı eleştirilerinin -ki bu eleştiriler delillerle belgelenmiştir- genellikle polis teşkilatının tamamına değil, fakat vatandaşlara kötü muamele yapmaktan sorumlu olduğunu düşündüğü az sayıda polis memuruna yöneltildiğinin altını çizerek kadar dikkatli davrandığını da eklemeliyim.

(c) Norveç mahkemelerinin başvurulara, güdülen meşru amaçla - Bay Bratholm'un ününün korunması- orantılı yaptırımlar uyguladı. Norveç Anayasa Mahkemesinin -davanın görüldüğü son mahkeme- söz konusu beyanların geçersiz ilan edilmesi ve birinci başvuranın davacıya tazminat ödemesi yönünde Şehir Mahkemesinin verdiği kararı onayladığı hatırlanmalıdır. İkinci başvuran ise, davacının tazminat davasını süresi içinde açmaması nedeniyle tazminat ödemedi. Başvuranların daha başka bir rahatsızlık veya cezaya çaptırılma, mahkumiyet vb. bir müeyyideye maruz kalmadığı kesindir.

Bu çerçevede ve açıklanan nedenlerle, 10. maddenin ihlal edilmediği kanaatindeyim. Sonuçta, bütün Avrupa hukuki sistemlerinin, kişilerin şereflerini korumak amacıyla hakareti cezalandırılabilir bir suç olarak değerlendirdiklerini belirtmeliyim. Mahkememiz, Avrupa hukuk sistemlerinin benzerliklerini 10. maddeye ilişkin ihlalleri değerlendirirken dikkate almalıdır, çünkü bu madde ortak bir paydayı, Avrupa devletlerinin belirli türdeki insan davranışlarına karşı ortak duruşunu temsil eder. Mahkeme hakaret davalarının ve bu davalarda verilen mahkumiyetlerin her zaman ve ayırım gözetilmeksizin haklı olduğuna karar vermek zorunda değilse de, 10. maddenin ikinci fıkrasının uygulanmasında, Avrupa Devletlerinin bu konudaki ortak yaklaşımı, 10. maddenin kapsamına giren davalarda tarafların değişik hakları ve çıkarları değerlendirirken yine de ciddi bir biçimde dikkate alınacak bir unsurdur.

## HAKİM KÜRİS, TÜRKMEN, STRA-NIKA VE GRAVE TARAFINDAN BELİRTİLEN KARŞI GÖRÜŞ

Biz bu davada Sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiği tespitine karşı oy veren azınlığın bir parçasıyız.

Dava basın özgürlüğü ile değil, ifade özgürlüğü ile alakalıdır. Sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrası ifade özgürlüğüne getirilen izin verilebilir kısıtlamaların sınırlarını belirtir. Bu davada sorun, başvuranların şikayet ettiği müdahalenin "demokratik bir toplumda zorunlu" nitelikte olup olmadığıdır. Bununla anlatılmak istenen, alınan tedbirin

-toplumda zorunlu bir tedbir,  
-gözetilen meşru amaçla orantılı, ve  
-ulusal otoritelerin bu tedbiri haklı göstermek için dayandığı gerekçelerin uygun ve yeterli olup olmadığıdır.

Ulusal otoriteler, özellikle mahkemeler, böyle bir ihtiyacın var olup olmadığı ve bu ihtiyacı gidermek için ne tür önlemlerin benimsenmesi gerektiğini değerlendirirken belli ölçüde takdir marjına sahiptir. Mahkemenin görevi, ulusal otoritelerin kararlarını gözden geçirmek ve kısıtlamanın 10. maddenin koruması altındaki ifade özgürlüğü ile uyuşup uyuşmadığına ilişkin son kararı vermektir.

Mevcut davada uygulanan kısıtlamalar başvuranların geçersiz olduğuna hükmedilen ve Norveç basınında yayınlanan beş ifadesinden ve ilk başvuranın Profesör Bratholm'a tazminat ödemesinden kaynaklandı (ikinci başvurana karşı açılan tazminat davası zaman aşımına uğramıştı).

Öz bir ifadeyle, dava Bergen polis teşkilatının iki mensubunun, uzun süren ve hararetli bir tartışmada polisin şiddete başvurmalarına- daha kesin bir ifade ile aşırı güç kullanımına- ilişkin araştırmaya dayalı iddialar ile ilgilidir. Profesör Bratholm tartışmaya, hükümet tarafından meseleyi incelemek üzere kurulan soruşturma komisyonunun bir üyesi olarak katılmıştı. Daha sonra bu resmi görevini bırakıp meseleyi takip etti ve böylece ceza hukuku uzmanı sıfatıyla kamuoyu tartışmasına katılmış oldu. Bergen polis teşkilatının iki mensubu -diğer bir deyişle inceleme/soruşturma altında olan polis teşkilatının mensupları- hem yerel hem de ulusal polis derneğinin yöneticileri idi.

Bu davanın detaylarına değinmeden önce, her toplumda, toplum adına güç kullanımının her çeşidinin sıkı bir biçimde gözetim altında tutulmasına daima ve hayati önemde bir ihtiyaç bulunduğunu vurgulamak isteriz. Devletler toplumda demokrasiyi ve hukukun üstünlüğünü korumak amacıyla güç kullanma tekeline sahiptir, fakat bu tekel, korunması amaçlanan değerlerin ta kendisinin zararına gücün kötüye kullanılması tehlikesini de içerir. Gücün görevliler tarafından kötüye kullanılması sadece yaygın kamu çıkarı olan meselelerden biri değil, her toplumda başlıca kaygı duyulan bir mesele olduğu düşünülür. 1984 tarihli İşkence ve Diğer Acımasız, İnsanlık Dışı ve Küçük Düşürücü Muameleler ve Cezalara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin hükümlerini hatırlamak yeterlidir. Norveç bu Sözleşmeye taraftır ve hükümlerine uymak zorundadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 53. maddesi ("Mevcut insan haklarının güvencesi") şu hükmü içerir:

"Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, herhangi bir Sözleşmeci Tarafın yasalarına veya onun taraf olduğu bir Sözleşmeye göre tanınabilecek insan haklarını ve temel özgürlüklerini sınırlar ya da onlara aykırı düşer şekilde yorumlanamaz."

İşkence ve Diğer Zalimce, İnsanlık Dışı ve Onur Kırıcı Davranış veya Cezalandırmalara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi dolayısıyla Norveç, yargı yetkisi içinde bulunan bir ülkede, bir resmi görevli ya da resmi sıfatla davranan bir başkası tarafından ya da onun kışkırtması ya da oluru ya da kabulüyle işlenmesi durumunda, işkence ve işkence ölçüsünde olmayan başka zalimce, insanlık dışı ya da onur kırıcı davranış ya da cezayı da önlemeyi üstlenir (Madde 15 fıkra 1); taraf Devlet bir işkence eyleminin işlenmiş olduğuna inanmak için yeterli gerekçe bulunduğu, yetkili makamlarının en kısa sürede ve yansız bir soruşturma yapmasını sağlar (Madde 12); ek olarak Devlet işkenceye uğradığını ileri süren bir kimseye, yetkili makamlarına şikayette bulunma ve durumunun bu makamlarca en kısa sürede ve yansız olarak incelenmesini isteme hakkı tanır ve şikayetçi ve tanıkların, şikayetleri ya da gösterecekleri delillerden ötürü kötü davranışlara ya da gözdağına karşı korunmalarını sağlamaya yönelik önlemleri alır (Madde 13).

Mevcut davada, Bergen polislerinin şiddet kullanması iddiaları üzerine yazdıkları nedeniyle başvuranların sert eleştirilerine maruz kalan tarafın Profesör Bratholm olduğunu göz ardı edemeyiz. Eleştirilerin amacı toplum için temel bir öneme sahip bir konunun tartışılmasını önlemektir. Norveç Anayasa Mahkemesinin yargıçlarından Hakim Bugge tarafından ifade edilen aynı yöndeki görüşte belirtildiği gibi: "toplumun yararına olan konularda' bir tartışmanın yapılabilmesi için mümkün olan en iyi şartların sağlanması gerektiğini ve eğer bu davada incelenen beyanlar geçersiz hükmedilmezlerse -bu beyanların ifade edildiği ortam göz önüne alınsa bile- [böyle bir tartışmanın] zarar göreceğini kabul ederim."

Oslo Şehir Mahkemesi ve Norveç Anayasa Mahkemesi başvuranların geçersiz olduğunu ilan ettiği beyanlarının hakaret edici, hukuka aykırı ve doğruluğu ispatlanmamış nitelikte olduklarına hükmetti.

Bizim haklarındaki çoğunluk görüşüne katılmadığımız itiraz edilen dört beyan değişik zamanlarda ifade edildi:

15 Mayıs 1986'da Oslo gazetelerinden Dagbladet gazetesinde Bay Jan Gerhard Johnsen ile yapılan bir röportaj yayımlandı. Röportajda şu ifadeler yer almıştı:

[1.1] “Profesör Bratholm'un Bergen polisinin şiddete başvurması üzerine yayınladığı son raporu, “polise zarar vermeyi amaçlayan katıksız bir yanlış bilgilendirme” olarak nitelendirir.”

[1.3] “Diğer gizli saikler olmalıdır. Amaç, polise duyulan güveni zayıflatmak gibi görünmektedir.”

Yukarıda belirtildiği gibi Bay Johnsen, polisin şiddete başvurduğuna ilişkin iddiaların hedefi olan Bergen polis teşkilatında çalışmaktaydı ve Bergen Polis Derneğinin (Bergen Politilag) başkanıydı. Aynı röportajda, bizim de çoğunluk görüşüne katıldığımız [1.2] numaralı beyan da yer almıştı.

2 Mart 1988'de Bergen şehrindeki her eve ücretsiz dağıtılan Annonseavisen adlı gazete, Bay Arnold Nilsen ile yapılan bir röportajı yayınladı. Diğerleri arasında, röportajda şu ifade yer almıştı:

[2.2] “Kanaatimce, bir kişinin bir çeşit dalavere ve özel soruşturma ile karşı karşıya kaldığında, saiklerin dürüstlüğünü sorgulaması için yeterli sebep vardır.”

Bay Nilsen'in 7 Haziran 1988'de Norveç Polis Derneğinin yıllık genel kurulunda yaptığı açılış konuşması, Bergen merkezli bir gazete olan Bergens Tidende'de basıldı. Konuşmada, diğerleri arasında şu ifade yer almıştı:

[2.3] “Norveç Polis Derneği ... işlerinden anlamayanların yaptığı ve polisin şiddete başvurduğu iddialarını uydurmayı amaçlayan -daha sonra da bunları kamuoyuna duyuran- kapsamlı bir özel soruşturmanın yapılmasını kabul etmeyecektir.”

Bay Nilsen, polisin şiddet kullandığına ilişkin iddiaların hedefi olan Bergen polis teşkilatında çalışmaktaydı ve Norveç Polis Derneğinin (Norsk Politiforbund) başkanıydı.

Başvuranlar ilgili beş beyanı yaptıkları zaman iki görevi birlikte yürütüyor oldukları kesindir. Onlar yakın inceleme/soruşturma altındaki polis teşkilatının mensubu ve aynı zamanda polis teşkilatının yerel ve ulusal derneğinde yönetici idiler. Bu nedenle, 2.3 numaralı beyan ulusal polis derneğinin genel kurulunda ifade edilmişti. Buna rağmen, beyanlardan hiç birisi için aslında polis derneği adına ifade edildikleri belirtilmedi. Aksine, basın açıklamaları ve Mahkemeye sunulan polis beyanlarının kendileri, polis hizmetinin saygı ve genelde iyi şöhretini sürdürmek ihtiyacı ile gerçeği yansıtmadığı düşünülen iddiaların gereği gibi reddedilmesi ihtiyacını dengeleyecek biçimde dikkatle kaleme alınmıştı. Özellikle, Bergen polis teşkilatında çalışırken aynı zamanda ulusal polis derneğinde de makam işgal eden Bay Nilsen'in görevinin kolay olmadığını takdir ediyoruz.

Bütün bu veriler ışığında, Norveç mahkemelerinin başvuranların davası hakkında hüküm ve karar verdiği dönemde polisin şiddet kullanmasına ilişkin asılsız ve uydurma iddiaların yapıldığı beyanlarını destekleyen bazı deliller vardı, anlamına gelen çoğunluk kararlarına katılmıyoruz. Her iki başvuran da söz konusu polis teşkilatına mensuptu, ki bu teşkilat hakkındaki nihai karar şöyleydi:

“Bergen'de şiddetin kanunsuz olarak kullanıldığı ... ve çok az sayıda polis memurunun bu tarzda davranmış olmasına rağmen, şiddetin boyutunun sorun teşkil ettiği tespit edildi.”

Oslo Şehir Mahkemesinin verdiği bu karar, diğer deliller yanında, Bergen polisinde çalışan veya daha önce çalışmış polis memurlarının ifadesine dayanmıştı. Her iki başvuran da bu polis teşkilatında olup bitenlere ilişkin bilgileri ile en azından Profesör Bratholm'un iddialarının kapsamlı bir soruşturma gerektirdiğini biliyor olmalıydılar - ki 1986 yılında beyanlarını açıkladıklarında bunu çoktan biliyorlardı (1.1 ve 1.3 numaralı beyanlar).

Bay Nilsen'in beyanları (2.2 ve 2.3 numaralı beyanlar) Kamu Davaları Genel Müdürü tarafından açılan ve Kasım 1986 ile Mayıs 1987 arasında yapılan soruşturma sonrasında ifade edilmişti. Bu soruşturma, Profesör Bratholm ve diğerlerinin yazdıkları içinde yer alan iddialar üzerine dayandırılmıştı, ancak soruşturma esnasında elde edilen ek bilgilerle tamamlandı. Bu soruşturmada

toplam 368 olay kaydedildi ve 230 polis memuru ve yetkili dahil 500 kişi ile görüşme yapıldı. Soruşturma sonucunda:

- 264 olayda cezalandırılacak bir suç bulunmadığından inceleme dışı bırakıldı,
- 45 olayda kesin delil olmaması nedeniyle dava açılmadı,
- 46 olayda zaman aşımı nedeniyle dava açılmadı,
- 12 olayda diğer nedenlerle dava açılmadı,
- bir olayda mahkemede dava açıldı ve suçlanan berat etti.

Böylece toplam 104 olayın kısmen önemi vardı. Soruşturmanın sonuçları Bay Nilsen'in de hazır bulunduğu bir basın toplantısında duyuruldu.

Başvuranlar sadece, belli ölçüde gerçeğe dayandıkları ve kötü niyetle ifade edilmedikleri kadarıyla Sözleşme ile beyanlara izin verilmesi gerektiği görüşünü savundu. Başvuranların her ikisinin de beyanlarını ifade ederken iyi niyetle hareket ettiklerini açıkça belirtmemelerini önemli bulmaktayız.

Bay Nilsen beyanlarını ifade ettiği zaman, zaten Bergen polis teşkilatı mensuplarının aşırı güç kullandığını iddia eden bir kısım muhbir, adı geçen polis teşkilatı tarafından yalan beyanlarda buldukları gerekçesiyle resmen şikayet edilmişlerdi.

İlk soruşturma sonrasında polisin şiddete başvurduğunu iddia eden 50-60 civarında muhbir, yalan bilgi vermekten soruşturuldu. Bunlardan 15'i suçlandı ve 10'u mahkum edildi. Mahkum edilenlerden 7'sine hapis cezası verildi (sadece bir kişinin cezası tecil edildi) -ceza verilenlerin tamamı 2 Kasım 1988 ve 23 Mayıs 1990 tarihleri arasında mahkum edildi. Daha sonra bunların davalarına Norveç Anayasa Mahkemesinde yeniden bakıldı ve 16 Ocak 1998'de tamamı berat etti. Bu arada mahkum edilenlerin tamamının cezaları infaz edilmişti. Bu durumun, özellikle Hakim Bugge'nin Norveç Anayasa Mahkemesinin kararı ile aynı yöndeki görüşünde belirttiği tahminlerinde haklı olduğunu ispatlaması nedeniyle, mevcut dava ile alakalıdır.

Çoğunluktaki meslektaşlarımızın kabul ettiği gibi, başvuruların itiraz edilen beyanlarının her birinde kullanılan ifade tarzı, fiilen Profesör Bratholm'un ününü etkileyebilir nitelikteydi. Bundan başka, her bir beyan, Profesör Bratholm'un ünü üzerinde yapabileceği etki vasıtasıyla, İşkence ve Diğer Acımasız, İnsanlık Dışı ve Küçük Düşürücü Muameleler ve Cezalara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin yukarıda aktarılan hükümlerinde belirtilen acil sosyal ihtiyaçlarda mahrum edici ve bunları engelleyici güçlü bir potansiyele sahiptir -ve biz bunu Mahkemenin kullandığı Sözleşmenin 10. maddesindeki ölçüt açısından önemli bulmaktayız. Bu etkileyebilme kabiliyeti daha sonra ihbarcılar aleyhine açılan davalarda ortaya çıktı -polis şiddete başvurduğunu ihbar edenler mahkumiyet cezalarını çekmek ve adaletin yerine getirilmesi için 10 yıl civarında beklemek zorunda kaldı.

İtiraz edilen beyanların ispatlanabilir türden gerçeklerin ifadesi olduğunu ifade eden Norveç Anayasa Mahkemesinin kararına katılmaktayız. Beş beyanın hepsinin de aslında Profesör Bratholm'un kasten doğruyu ifade etmediğini söylemenin değişik biçimleri olduğu görüşündeyiz. Bütün beyanlarla amaçlanan aynı şeydi; ve bu amaç polisin ve polis derneklerinin var oluş amacına uygun değildir.

Mevcut davada iki ayrı ifade özgürlüğü olayının içiçe olduğu görüşündeyiz. Birisi, Profesör Bratholm'un Bergen şehrinde polisin şiddete başvurduğu iddiaları ile ilgili araştırmasının sonuçlarını yayınlamasındaki ifade özgürlüğüdür.

İkincisi, Profesör Bratholm'u yıldırıma ve Bergen'de işlenmiş olabilecek polisin şiddete başvurması olaylarını örtmeye çalışan polis teşkilatının temsilcileri olan başvuruların ifade özgürlüğüdür. Bu iki çatışan özgürlük arasında, genel çıkarın Profesör Bratholm'un ifade özgürlüğünün polis derneği tarafından hakaret ve sindirilmesine karşı korunmasında olduğu bizim için açıktır.

Bu çerçevede, mevcut davada Sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edilmediği kararındayız. Başvuranların şikayet ettiği müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli” bir müdahale olduğu; diğer bir ifadeyle müdahalenin “zorunlu toplumsal ihtiyaç” niteliğine uyduğu, güdülen meşru amaç ile orantılı olduğu ve Norveç Anayasa Mahkemesinin dayandığı nedenlerin uygun ve yeterli olduğu görüşündeyiz.

Aksi yönde bir kararın, toplumun ilgilendiği konulardaki kamuoyu tartışmalarının hakaret edici sözlerle bastırılmasına izin verilmesi ile sonuçlanacağı ve bunun da Sözleşmeye Taraf Devletlerde ifade özgürlüğünün gelişimine katkıda bulunmayacağı görüşündeyiz.

**Onsekizince Bölüm**  
**News Verlags / Avusturya Davası**

**KARAR SIRA NO** : 31457/96  
**KARAR TARİHİ** : 11 Ocak 2000

**NEWS VERLAGS GmbH & CoKG - AVUSTURYA DAVASI**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Birinci Daire) aşağıdaki kişilerin katılımıyla heyet halinde toplanmıştır:

**YARGIÇLAR :** Bayan E. PALM, *Başkan*,  
Bay J. CASADEVALL,  
Bay R. TÜRMEŒ,  
Bay C. BİRSAN,  
Bay W. FUHRMANN,  
Bayan W. THOMASSEN,  
Bay R. MARUSTE,  
**YAZI İŞLERİ :** Bay M. O'BOYLE (*Kayıt Müdürü*)

31 Ağustos ve 7 Aralık 1999 tarihlerindeki kapalı oturumlarda gereği düşünöldü ve 7 Aralık 1999 tarihindeki oturumda aşağıdaki kararı aldı:

**PROSEDÜR**

1. Dava Avusturya hükümetine karşı, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (bundan sonra "Komisyon" diye geçecek) nezdinde İnsan Haklarının Korunması ve Temel Hürriyetler Sözleşmesinin (bundan sonra Sözleşme' diye geçecek) eski 25. maddesine dayanılarak Merkezi Avusturya'da olan News Verlags GmbH & CoKG şirketi tarafından verilen 31457/96 esas numaralı dava dilekçesi ile 13 Mart 1996 tarihinde açılmıştır.

Müracaatçı şirket, devam etmekte olan ceza davalarının sanığının fotoğraflarının haber verme kapsamında yayınlanmasının mahkeme kararlarıyla yasaklanması nedeniyle ifade etme özgürlüklerinin kısıtlandığını ve kendilerine karşı ayırimcılık yapıldığı iddialarıyla şikayet etmiştir. Müracaatçı şirket, Sözleşmenin 10. maddesi ve 10. maddenin 14. maddeyle birlikte vermiş olduğu haklardan yararlanmayı talep etmiştir.

2. 16 Nisan 1998 tarihinde Komisyon (Birinci Daire) Avusturya Hükümetini (bundan sonra Hükümet olarak bahsedilecektir) yapılan müracaat hakkında haberdar etmeye ve Hükümetin davanın kabul edilebilirliğiyle ilgili görüş ve önerilerini Komisyona sunmaya davet etmeye karar verdi.

3. Hükümet, görüş bildirmek için öngörölen süreyi aşarak 20 Temmuz 1998 tarihinde Komisyona sundu. Müracaatçı şirket de, Hükümetin görüşlerine cevap vermek için yine öngörölen süreyi aşarak 16 Kasım 1998 tarihinde karşı açıklamalarda bulundu.

4. 11 Numaralı Protokolün 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra ve Protokolün 5 § 2 maddesi hükümleri gereği olarak, yapılan müracaat Mahkemenin incelemesi gereken eylemler arasında bulunmaktadır.

5. Mahkeme İç Tüzüğü'nün<sup>1</sup> 52 § 1 Kuralı gereği Mahkeme Başkanı Bay L. Wildhaber davayı Birinci Daireye havale etti. Birinci Daire Avusturya kontenjanından seçilen, *ex officio*, yarıç BayMr W. Fuhrmann, (Sözleşmenin 27 § 2 maddesi ve İç Tüzüğün 26 § 1 (a) kuralı), ve Birinci

---

*Yazı İşleri Müdürünün Notları*

<sup>1</sup>. Mahkeme İçtüzüğü 1 Kasım 1998'de yürürlüğe girdi.

Dairenin Başkanı olan Bayan E. Palm'dan, (İç Tüzüğü'nün 26 § 1 (a) kuralı) oluşturulmuştur. Diğer üyeler Bay J. Casadevall, Bay R. Türmen, Bay C. Birsan, Bayan W. Thomassen ve Bay R. Maruste mahkeme heyetinin teşekkül etmesi için gerekli üye sayısını tamamlamak üzere Daire Başkanı tarafından atanmıştır (İç Tüzüğü'nün 26 § 1 (b) kuralı).

6. Birinci Daire 1 Haziran 1999 tarihinde müracaatın kabul edilebilir olduğunu açıkladı<sup>2</sup>. Buna ilave olarak, karşılıklı dostça uzlaşmaya varılamaması halinde İç Tüzüğü'nün 59 § 2 kuralı gereğince duruşma yapılmasına karar verdi.

7. Mahkemenin müracaatın kabul edilebilirliğine dair ara kararının metni 18 Haziran 1999 tarihinde taraflara gönderildi ve taraflardan istekleri halinde 2 Ağustos 1999 tarihinden önce konuyla ilgili ek bilgi veya görüşlerini mahkemeye sunmaları belirtildi. İç Tüzüğü'nün 60. kuralı gereği olarak müracaatçı şirketten mağduriyetlerinin adil bir şekilde giderilmesi için Sözleşmenin 41. maddesine göre taleplerini bildirmesi de istenildi.

8. Bunlara ilave olarak, Mahkeme soruna dostça bir çözüm bulmak için taraflara yaklaştı (Sözleşmenin 38 § 1 (b) maddesi ve İç Tüzüğü'nün 62. kuralı).

9. Daire Başkanı, müracaatçı şirket temsilcilerinin duruşmalarda Almanca lisanını kullanmalarına izin verdi (İç Tüzüğü'nün 34 § 3 ve 36 § 5 kuralları).

10. Hükümetin açıklamaları 2 Ağustos 1999 tarihinde Yazı İşleri Müdürlüğü'ne ulaştırılmıştır. Müracaatçı şirketin açıklamaları ise 16 Ağustos 1999 tarihinde Yazı İşleri Müdürlüğü'ne ulaştırılmıştır. Bununla birlikte, Daire Başkanı müracaatçı şirketin açıklamalarının dava dosyasına konulmasına karar verdi (İç Tüzüğü'nün 38 § 1 Kuralı).

11. 31 Ağustos 1999 tarihinde Strasbourg'daki the Human Rights Building/İnsan Hakları Binasında aleni bir duruşma yapılmıştır.

Mahkeme huzurunda aşağıdaki kişiler hazır bulunmuştur:

(a) *hükümet adına*

Bay	W. OKRESEK, Federal Başbakanlık,	<i>Temsilci,</i>
Bayan	B. GÖTH, Federal Adalet Bakanlığı,	<i>Avukat,</i>

(b) *müracaatçı şirket adına*

Bay	G. LANSKY,	
Bay	D. HEINE,	<i>Avukat.</i>

Mahkeme Bay Lansky ve Bay Mr Okresek'i dinlemiştir.

## DAVANIN ESASI

### I. DAVANIN KOŞULLARI

12. Başvurucu; ticari merkezi Tull'de, ortaklarının mesuliyeti taahhüt ettikleri sermaye ile sınırlı olan bir şirket olup, *News* adlı derginin yayıncısı ve sahibidir.

13. 1993 yılının Aralık ayında, Avusturya'daki bazı politikacılara ve kamuoyunda tanınan bazı kişilere bombalı mektuplar gönderildi. Bombalı mektup gönderilen kişilerden bazıları ağır yaralandılar.

<sup>2</sup>. Mahkeme Kararının metni Kayıt Müdürlüğünden temin edilebilir.

14. 10 Aralık 1993 tarihinde aşırı sağcı olan 'B', bombalı mektup olayına karıştığı şüphesiyle tutuklandı. Hazırlık soruşturması iddianamesi; adam öldürmeye teşebbüs şüphesi ve Nasyonel Sosyalizmi Yasaklama Kanununa ((the National Socialism Prohibition Act (*Verbotsgesetz* – “Yasaklama Kanunu”))göre suçlar işlemiş olmasına dayandırılmıştır. Daha sonra, Yasaklama Kanunu'na muhalefet etme suçları ve saldırıya yardım ve yardakçılık etmekle suçlandı.

15. Başvurucu şirket, *News* adlı dergilerinin 1993 yılı Aralık ayında; bombalı mektup kampanyası, aşırı sağcılarının faaliyetleri ve özellikle zanlı B konularını içeren özel bir sayı çıkardı ve daha sonra bu konularda olağan sayılarından birinde bir makale yayımladı. Dergilerdeki haberler zanlı B'nin birçok fotoğrafı ile beraber okuyucuya sunuldu. Örneğin, özel sayının kapağı B'nin küçük bir fotoğrafına ve fotoğrafın altında büyük harflerle “Suçluların Çılgın Dünyası-The Mad World of Perpetrators” ifadesine yer verilmekteydi. Başlığın altına “Führer için Terör-Terror for the Führer” yazılıydı ve sayfanın tamamı B ile birlikte diğer iki kişinin fotoğrafı ile kaplanmıştı. Yorumlara göre, bu fotoğraf bir mahkemede duruşma sırasında Nazi lideri, Führer'inin (G.K.) mahkumiyet kararının açıklandığı bir zamanda protesto etmek için ayağa kalktığı sırada çekilmişti. Ayrıca, G.K.'nin on yıl hapis ile tazyikine karar verildiğine, aralarında B'nin de bulunduğu G.K.'nin taraftarlarının intikam yemini ettiği de belirtilmişti. Aynı sayfadaki bir başka yoruma göre, daha evvel zararsız çilginler olduğu kabul edilmiş olan bu taraftarların, şimdi bombalı terörist olmaları nedeniyle tutuklanmış oldukları belirtilmekteydi. İkinci sayının kapak sayfasında “Kurbanlar ve Naziler-*Victims and Nazis*” başlığı atılmıştı ve mağdurların büyük boy bir fotoğrafı ile B ve diğer iki kişinin yer aldığı küçük bir fotoğraf yer almaktaydı. Kurbanın “Suçlularla karşılaşmak istiyorum” dediği alıntısı bulunmaktaydı. Sayfanın alt kısmında “Nazi olayı ortaya çıkarıldı” ifadesi yer almaktaydı. Makalede B'nin bir başka fotoğrafı ve bir başka zanlı olan R'nin fotoğrafları gösterilmekteydi. Yoruma göre, fotoğraf Nazi lideri G.K.'nin duruşması esnasında çekilmişti. Yorum; G.K.'nin halefi olmayı isteyen R. ve B.'nin şimdi bombaları göndermekle itham edildiklerini ima etmekteydi. Bunlara ilave olarak B'nin düğün merasimine ait bir resimde yayımlanmıştı. Bu resme ilişkin yorumda; polis araştırmalarına göre muhtemelen B. ve R. bombalı mektup kampanyasını müştereken organize ettiler denilmekteydi. Makalede, B. patolojik (aşırı) hırslı, neo-Nazilerin en acımasız üyesi ve neo-Nazi lideri G.K.'nin muhtemel halefi olarak tanımlanmaktaydı.

16. B, 21 Ocak 1994 tarihinde başvuru şirketi aleyhine Telif Hakları Kanununun (the Copyright Act- *Urheberrechtsgesetz*) 78 maddesine dayanarak, başvuru şirketin B'ye ait fotoğrafları B hakkında yürütülmekte olan adli soruşturmalarda irtibatlandırılarak derginin haberleri arasında yayımlanmasının yasaklanması için dava açmıştır. B, aynı zamanda bu nevi yayınların sona erdirilmesi için mahkemenin karar vermesini talep etti.

17. Viyana Ticaret Mahkemesi (the Vienna Commercial Court (*Handelsgericht*) 9 Mart 1994 tarihinde B'nin yasaklama yönündeki talebini reddetti.

18. Mahkeme Telif Hakları Kanununun 78. maddesini, bir kişinin fotoğrafını yayımlamak şayet fotoğrafı yayımlanan kişinin yasal haklarına zarar verirse, fotoğrafın yayınlanmasının yasaklanabileceği şeklinde mütalaa etti. Bununla beraber, ilgili kişi müşteki ise, kişinin yasal haklarının korunması, toplumun bilgi edinme hakkı ile mukayese edilmelidir. Mevcut dava, çok ciddi antidemokratik ve yıkıcı ideolojiyi alakadar ettiğinden, zanlının fotoğraflarını yayımlamak prensip olarak kabul edilebilirdi. Mahkeme ayrıca B'nin kendisi hakkında yayımlanan haberlerin hangi paragraflarının kabul edilebilir yayımcılığın sınırlarını aştığını, özel hayatının gizliliğini prensibini ihlal ettiğini bildirmediğinden, Mahkemenin haber metinlerinin B'nin yasal menfaatlerini zedeleyip zedelediğini araştırmak zorunda olmadığına hükmetti.

19. 22 Eylül 1994 tarihinde, Viyana İstinaf Mahkemesi B'nin temyiz talebi üzerine başvuru şirketin, B'ye ait fotoğrafları B hakkında Yasaklama Kanunu'na muhalefet etme suçları ve bombalı mektup terörüne yardım ve yardakçılık etmek zannı ile hakkında yürütülmekte olan cezai soruşturmalarda irtibatlandırılarak dergide haber olarak yayımlanmasını yasaklayan bir yürütmenin durdurulması ilamı yayınladı.

20. Mahkeme; Telif Hakları Kanunu'nun 78. maddesinin fotoğrafların, kamuoyunda suiistimal edilmesini engellemeyi düzenlemeye yönelik olduğuna işaret etti. 78. madde her şeyden önce, bir kişinin fotoğrafının yayımlanması yoluyla toplumda hor görülmesini, veya özel hayatının alenileştirilmesini, veya kişinin yanlış yorumlara veya hor görülmesine veya küçük düşürülmesine sebebiyet verecek şekilde yayımlanmasını engellemeyi amaçlamaktadır. Bunlara ilave olarak, Mahkeme, anılan kanunun 78. maddesinin 'yasal hakların' ne olduğunu tanımlamadığını; bu nedenle, her davaya mahsus hususi durumların dikkate alınmasında Mahkemeye takdir yetkisi verdiği görüşünü belirtti. Anılan madde, aynı zamanda Mahkemelerin fotoğrafı yayınlanan kişinin çıkarlarının korunması ile yayımcının (topluma) bilgi verme hakkı arasında denge kurmasını istemektedir.

21. Mahkeme, bir kişinin yasal haklarının Telif Hakları Kanunu'nun 78. maddesi kapsamında ihlal edilip edilmediğinin tespit edilmesi sürecinde, yalnızca fotoğrafların değil, fotoğraflarla ilişkilendirilen metinlerin de dikkate alınması gerektiğini belirtti. Ayrıca, suç işlediği kesinleşmemiş bir kişinin, fotoğrafının onu küçük düşürücü bir metinle birlikte yayınlanmamasında yasal menfaati vardır. Mevcut davada, davaya konu olan yayın yalnızca çok ciddi bir hakaret oluşturmakla kalmaz, aynı zamanda aksi ispatlanıncaya kadar herkesin suçsuz olduğu ilkesinin ciddi ihlalidir. Mahkeme, makalelerin başlıklarından ve yorumlarından alıntılar yaparak, başvuru şirketine B'yi bombalı mektup saldırıları suçunu işleyen, bir 'Nazi', 'Führer'in bir teröristi' ve on yıl hapis ile tazyik olunan neo-Nazi G.K.'nin bir yandaşı olarak tanıttığına dikkati çekti. B'nin yasal menfaatlerini ciddi boyutlarda zedeleyen ve B'ye karşı suç işlenmesine sebebiyet veren bu ihlaller gerekçesiyle başvuru şirketine, B'nin fotoğraflarını onun hakkında devam etmekte olan ceza davalarıyla ilişkilendirerek yayımlanması yasaklandı.

22. Bu yöndeki gerekçeye rağmen, B'nin fotoğraflarının yayımlanmasını yasaklayan hükümde, fotoğraflarla ilişkilendirilen metinlerin önyargılı olmasından ziyade, -hatta daha kısıtlayıcı olarak- fotoğraflarla ilişkilendirilen haberlerin muhteviyatına önem vermeksizin, B hakkında yürütülmekte olan ceza davalarıyla ilişkilendirilmesi ön plana çıkarılmıştır.

23. Her iki tarafın kanun lehine karar düzeltilmesi (*außerordentlicher Revisionsrekurs*) için Üst Mahkemeye (the Supreme Court (*Oberster Gerichtshof*)) yaptığı başvurular, karar düzeltilmesini gerektirecek herhangi önemli yasal mesele olmadığı gerekçesiyle 22 Kasım 1994 tarihinde reddedildi. Üst Mahkeme, müracaatçı şirketin karar düzeltme başvurusunu dayandırdığı Basın Kanununun (Media Act (*Mediengesetz*)) 7a maddesinin bir sanığın fotoğraflarının yayımlanmasının onun yasal menfaatlerini zedeleyeceği sonucunu doğuracağı anlamına gelmeyeceğini belirtti. Bu nedenle Telif Hakları Kanununun 78. maddesiyle bir çatışma bulunmamaktaydı. Ayrıca, mevcut davada B'nin fotoğraflarının yayımlanmasının kamu yararına olduğunu gösteren hiçbir belirti yoktu. Dolayısıyla, düzeltilmesi istenen mahkeme kararı, kanunun önemli ölçüde yanlış yorumlanmasına dayanmamaktaydı.

24. B, aynı zamanda 21 Ocak 1994 tarihli talebiyle paralel olan talebini ayrı bir dilekçeyle Viyana Ticaret Mahkemesi'ne (*Eventualbegehren*) sunmuştu. B, müracaatçı şirketin yayınlamış olduğu haber metninden alıntılar yaparak detaylı olarak bir liste hazırlayıp, Mahkemeden listedeki ve benzeri yorumlarla fotoğraflarının ilişkilendirilerek yayımlanmasının engellenmesini talep etti.

25. Viyana Ticaret Mahkemesi (the Vienna Commercial Court) B'nin listelenen talepleri doğrultusunda, müracaatçı şirketin B'nin yasal menfaatlerinin zedelenmesine neden olabilecek olan, B'nin bombalı mektup saldırısı suçlu olarak veya teröre karıştığı belirtilen veya detaylı olarak listelenen olaylarla ilişkilendirilerek, fotoğraflarını yayınlamasını 19 Nisan 1995 tarihinde yasakladı.

26. Mahkeme, B'nin fotoğraflarının makalelerdeki metinlerle ilişkilendirilerek yayımlanmasını B'yi önemli ölçüde küçük düşürmekle kalmayıp, aksi ispatlanıncaya kadar herkes suçsuzdur prensibinin de ciddi şekilde ihlal ettiğine karar verdi. Yasaklamamanın gerekçesi; B'nin suçlu olarak gösterilmesi, B'nin yasal menfaatlerinin önemli ölçüde zedelenmesi, B'nin hakkında yürütülmekte olan ceza davalarıyla ilişkilendirilerek fotoğraflarının yayınlamasıdır. B'yi suçlu olarak nitelemeden

yapılan yayınların yasaklanması objektif yayıncılık prensiplerinin ihlaline sebep olurdu. B'ye karşı ileri sürülen iddiaların ciddiyeti, müştekilerin kötü şöhreti ve B'nin görüntülenmesindeki kamu menfaati hususları ile B'nin fotoğraflarının yayımlanması halinde B'nin yasal menfaatlerinde meydana gelecek olan zararlar karşılaştırıldığında, bu nevi yayınlar objektif yayıncılığın sınırlarını aşmadığı sürece, B'nin fotoğraflarının yayınlanmaması, yayınlanması durumunda sağlayacağı kamu menfaatinden daha ağır basmıştır. Ayrıca Mahkeme, bu nevi yayınları (*Wortberichterstattung*) onaylama niyetinde olmadığını vurgulamıştır. Mahkeme, Telif Hakları Kanunu'nun 78. maddesi kapsamında yapılan bir başvuruyu değerlendirirken, fotoğraflarla ilişkilendirilmiş metinlerin önemli olduğunu tekrarladı. Mahkeme, bir kişinin fotoğraflarının yayınlanması üzerine toplumda suç işlemiş olarak damgalanıp damgalanmadığı veya bir kişi hakkında yürütülmekte olan ceza davası hakkında objektif haber verilip verilmediği konusunda bir ayırım yapmıştır.

27. Viyana Üst Mahkemesi 30 Ağustos 1995 tarihinde müracaatçı şirketin temyiz talebini reddetti fakat B'nin temyiz talebini kabul etti. Mahkeme, müracaatçı şirketin B'ye ait fotoğrafları B hakkında yürütülmekte olan Yasaklama Kanunu'na muhalefet etme suçları ve bombalı mektup terörüne yardım ve yardakçılık etmek zannı ile hakkında yürütülmekte olan cezai soruşturmalarla ilişkilendirilerek derginin haberleri arasında yayımlanmasının durdurulmasını emretti.

28. Mahkeme 22 Eylül 1994 tarihinde vermiş olduğu, müracaatçı şirketin B'nin fotoğraflarını yayınlamayı yasaklayan karardaki gerekçeleri (bakınız yukarıdaki 20-21. paragraflar) bir kez daha özetleyerek, B'nin fotoğraflarının ve fotoğraflarla ilişkilendirilen yorumların B'nin yasal menfaatlerini ciddi boyutlarda zedelediğini, B'nin fotoğraflarının B hakkında yürütülmekte olan ceza davalarıyla ilişkilendirilerek yayınlanması yasaklanmış olduğunu belirtti. B'nin, genel olarak, müracaatçı şirketin hangi haberlerinin/yorumlarının fotoğrafları ile yayınlanmaması gerektiğini ispatlamakla yükümlü olmadığına, dava sürecinde yeni iddiaların yayımlanması nedeniyle, yasaklanması gereken yayınların tekrar belirtilmesinde hiçbir menfaat olmadığını ilave etti. Bu nedenle, Ticaret Mahkemesi'nin yargılaması çok dar kapsamda yapılmıştır.

29. Müracaatçı şirketin Yargıtay'a kanun lehine karar düzeltilmesi için yaptığı başvuru 24 Ekim 1995 tarihinde reddedildi. Yargıtay, müracaatçı şirketin B hakkında yürütülmekte olan davalar konusunda haber verme hakkına sahip olduğunu belirtti. Bununla beraber, haber verme hakkı B'nin fotoğraflarını yayınlamaktan ayırt edilmeliydi. B'nin çıkarları dengeli bir şekilde göz önüne alınarak korunmalıydı. Fotoğrafların yayınlanması olayların gerçek bir şekilde belirtildiği, Basın Kanunu'nun 7a ve 7b maddelerini ihlal etmeyen bir metinle ilişkilendirilmiş olsaydı bile, ilgili kişinin yasal menfaatlerini zedeleyebilirdi. Sonuçta, Yargıtay, Avrupa İnsan Hakları Bildirgesi'nin 10. maddesine referansta bulunarak müracaatçı şirketin ifade etme özgürlüğünün engellenmediğini belirtti. Çünkü, müracaatçı şirketin yürütülmekte olan davalar hakkında haber vermesi değil, yalnızca B'nin fotoğraflarının yayınlanması engellenmişti.

30. B, 1995 yılının Aralık ayında bir Asliye Mahkemesinin kararı ile, hakkındaki saldırı suçlamasından beraat ettirilmekle birlikte, Yasaklama Kanununa muhalefet suçundan ise mahkumiyetine hükmedildi.

B hakkında görülmekte olan ceza davası basında büyük ilgi gördü. Müracaatçı şirketin aksine diğer basın kuruluşları B'nin fotoğraflarını yayınlamaktan imtina ettiler.

31. B'nin Viyana Yargıtay'ında Basın Kanunu'nun 7a maddesine dayanarak açtığı davada Mahkeme; müracaatçı şirketin aksi ispatlanıncaya kadar suçsuzluk prensibini ihlal etmiş olduğuna ve tazminat olarak B'ye 50,000 Avusturya Şilini verilmesine 18 Aralık 1995 tarihinde hükmetti. Mahkeme, müracaatçı şirketin 1993 yılında yayınlamış olduğu haberlerde B'yi 'bombalı mektup terörünün' suçlusunu olarak belirttiğine dikkate aldı.

## II. İLGİLİ İÇ HUKUK HÜKÜMLERİ

### A. Telif Hakları Kanunu

32. Telif Hakları Kanununun ilgili maddeleri aşağıdaki gibidir:

#### Madde 78

“(1) Görüntüsünün yayınlanması ile kendilerinin veya yakın akrabalarının yasal menfaatleri zedelenebileceklerin izni olmadan, veya bunların vefatı halinde ölümden evvel yakın akrabalarına görüntüsünün yayınlanması için talimat verilmeden, kişilerin görüntüsü ne kamuoyu önünde teşhir edilebilir ne de kamuoyunun erişebileceği herhangi bir başka yöntemle yayınlanabilir.”

Bu madde Yargıtay’ın içtihatlarında yorumlanmış bulunmaktadır. Yargıtay, özellikle, bir kişinin fotoğrafının yayınlanması halinde onun ‘yasal menfaatlerine’ zarar gelip gelmediğini belirlerken, fotoğrafla ilişkilendirilmiş olan metinlerin dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Eğer fotoğrafın yayıncısı, fotoğrafın yayınlanmasının kamu yararına olduğunu iddia ederse, mahkemeler kişilerin yasal menfaatlerinin zedelenmesi ile kamu menfaatini birlikte göz önüne alıp değerlendirmelidir. Yargıtay ceza davalarının haber yapılması durumunda, istikrarlı bir şekilde; zanlının fotoğrafının yayınlanmasında şayet fotoğrafın ayrı bir bilgi verme değeri yoksa, fotoğrafın yayınlanmasında baskın bir kamu menfaati olmadığına karar vermiştir. Bunun tek etkisi, bu nevi haberlerin zanlının fotoğrafının haberle ilişkilendirilerek yayınlanmasının oranının artmasıydı. Böylece zanlının görünümü kamuoyunca tanınır hale getirildi. (bakınız, örneğin, MuR 1990, s. 224; SZ 63/75, s. 373; MuR 1995, s. 64; MuR 1996, s. 33).

### B. Basın Kanunu

33. Basın Kanununun ilgili maddeleri aşağıdaki gibidir:

#### Madde 7a

“(1) Yayın her ne şekilde yapılırsa yapılsın:-

1. mahkemelerce cezalandırılabilen bir suçun mağduru olan veya

2. cezalandırılabilir bir suçun zanlısı veya suçun mağduru olan,

kişilerin kimliği ile ilgili bilgilerden, o kişinin adı, görünümü yada diğer kişisel özellikleri hakkında bilgileri konu ile doğrudan ilgili olmayan toplum kesimlerine ifşa edenler uğranılan zararı tazminle yükümlüdür. O kişinin yasal menfaatleri bu nedenle zarara uğradıysa ve kişinin toplum içindeki pozisyonu, kamusal hayatla münasebeti veya diğer nedenleri gibi detayları yayınlamada üstün bir kamu menfaati yoksa, mağdur uğramış olduğu zararları yayıncıdan tazminat olarak isteme hakkına sahiptir. Tazminat miktarı 200,000 Şilin’i geçemez; ilave olarak, 6(1) maddenin ikinci hükmü uygulanır.

(2) Şayet yayın:

1. (1) fıkranın 1 bendindeki mağdurun tamamen özel hayatını açığa vuruyorsa,

(1) fıkranın 2 bendindeki rüşünü ispatlamamış veya yalnızca daha az ceza gerektiren bir suçsa veya zanlının geleceğini için önemli ölçüde önyargı oluşturuyorsa,

her halükarda mağdurun yasal menfaati zedelenmiş olur.

(3) ...”

#### Madde 7b

“(1) Bir kişi herhangi bir yayın organında kanunen cezalandırılabilir bir suç işlediği zannıyla hüküm giymeden veya yalnızca bir zanlı değil suçlu olarak gösterilirse, yayını yapandan uğramış olduğu zararın tazminini isteme hakkına sahiptir. Tazminat miktarı 200,000 Şilini aşamaz; ilave

olarak 6(1) maddesinin ikinci hükmü uygulanır.

(2) ...”

## MAHKEMEYE YAPILAN NİHAİ SUNUŞLAR

34. Hükümet, tezkeresinde Mahkemeden Sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edilmemiş olduğunu açıklanmasını istedi.

35. Müracaatçı şirket, Sözleşmenin 10. maddesi ve 10. maddeyle bağlantılı olarak Sözleşmenin 14. maddesinin ihlal edilmiş olduğuna karar verilmesini istemektedir.

## KARAR

### I. SÖZLEŞMENİN 10. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

36. Başvurucu şirket, Viyana Temyiz Mahkemesinin kararı ve Yargıtay’ın onama kararlarıyla, zanlı B’nin fotoğrafları hakkında yürütülmekte olan ceza davalarıyla ilişkilendirilerek, fotoğrafların ilgili olduğu metinler dikkate alınmadan yasaklanmasının Sözleşmenin 10. maddesinin ihlali olduğunu ileri sürmüştür. Onuncu madde şu hükümleri içerir:

“1. Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğünü, kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber ve fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerir. Bu madde, Devletlerin televizyon ve sinema yayını yapan firmaları izin almasını isteme hakkını engellemez.

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. Bir Müdahalenin Varlığı

37. Hükümet, yasaklama kararlarının müracaatçı şirketin ifade etme özgürlüğünü engellemediğini iddia etti. Hükümet, fotoğraflarının yayınlanmasının belirli durumlarda Sözleşmenin 10. maddesiyle korunabileceğini kabul etmekle beraber, haber verme kapsamında fotoğrafın yayınlanması durumunda, fotoğrafın kendi başına veya ilişkilendirilmiş olduğu metinle birlikte yayınlanmasının bilgi verme bakımından bir değeri yoksa, koruma kapsamında olmayacağını öne sürdü. Hükümete göre, B’nin fotoğraflarının müracaatçı şirketin tarafından yayınlanması, müracaatçı şirketin vermiş olduğu haberlerin değerine bir ilave yapmamıştır.

38. Müracaatçı şirket, hükümetin bu görüşüne katılmadı. Müracaatçı şirket, haberin veriliş biçiminin ve yönteminin belirlenmesinin haberi hazırlayan muhabire bağlı olduğunu belirtti. Müracaatçı şirket ayrıca davaya konu olan haberin, fotoğraf ve metinle birlikte bir bütün olarak ve fotoğrafın ve metinlerin birbirlerinden bağımsız olarak da Sözleşmenin 10. maddesiyle korunduğunu vurguladı.

39. Mahkeme, kendisini veya ulusal mahkemelerin, muhabirlerin haberleri hazırlarken hangi tekniği kullanacağı konusunda muhabirlerin görüşü yerine geçecek kapsamda görüş bildirme görevi olmadığını hatırlatır. Sözleşmenin 10. maddesi verilen bilginin hem muhtevasını hem de veriliş biçimini koruma altına alır. (bkz. the Jersild v. Denmark, 23 Eylül 1993 tarihli yargılama, Seri A no. 298, s. 23, § 31).

40. Mahkeme, B’nin fotoğraflarının B hakkında yürütülmekte olan ceza davalarıyla ilişkilendirilerek yayınlanmasının yasaklanması suretiyle müracaatçı şirketin haberin veriliş biçimini serbestçe belirleme imkanının sınırlandırılmış olması nedeniyle müracaatçı şirketin haber verme

hürriyetini kısıtladığını, yasaklama kararı Sözleşmenin 10. maddesinin ikinci paragrafındaki şartları yerine getirmediği sürece, Sözleşmenin 10. maddesini ihlal ettiğini değerlendirmektedir.

## **B. Müdahalenin Haklılığı**

41. Müracaatçı şirket dilekçesinde, haber verme özgürlüğünün kısıtlanmasının Telif Hakları Kanununun 78. maddesine dayandırıldığını belirtti. Müracaatçı şirket duruşma sırasında, anılan maddenin bir kişinin fotoğrafını, davaya konu olan eylemin detaylı olarak incelenmeden, yasaklayabilmek için, gerekli şartları yeterince açık bir şekilde belirtip belirtmediği hususunda kuşkuluları olduğunu ifade etti. Hükümet, Telif Hakları Kanununun 78. maddesinin kararın yasal dayanağı olduğunu iddia etti.

42. Mahkeme, ilgili ulusal mevzuatı ilgili kişilerin –eğer ihtiyaç olursa hukuki danışmanlık sağlanması dahil- önceden tahmin edebilecekleri, yapılan eylemin sonuçlarına göre kabul edilebilir bir şekilde yeterince hassas formülde hazırlanmasının zorunlu olduğunu hatırlar. (*bkz. the Worm v. Austria*, 29 Ağustos 1977 tarihli yargılama, 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-V, s. 1548, § 38).

43. Telif Hakları Kanununun 78. maddesi, kesin olmayan ‘yasal çıkarlar’ hükmünü içermekle, mahkemelere geniş yorum yapma imkanı verir. Bununla birlikte, Mahkeme, kanunların sıklıkla kesinlik arz etmeyen bir üslupla hazırlandığını kabul edegelmiştir. (daha fazla referans için *bkz. the markt intern Verlag GmbH and Klaus Beermann v. Germany*, 20 Kasım 1989 tarihli yargılama, Seri A no. 165, ss. 18-19, § 30). Bu nevi değerlendirmeler, bir kişinin fotoğrafının yayınlanmasındaki yasal çıkarlar, örneğin kişinin özel yaşantısına saygı duyulup duyulmadığı, ile yayıncının haber verme hürriyetinin mahkemelerce değerlendirildiği alanlarda özellikle ikna edicidir. Bunlara ilave olarak, Mahkeme, ‘yasal çıkarlar’ mevzuunun Yargıtay içtihatlarında yorumlandığının farkındadır (*bkz. Yukarıdaki 32. paragraf*). Mahkeme, Viyana Yargıtay’ının Telif Hakları Kanununun 78. maddesini olayda uygulamasını, yapılan eylemin sonuçlarına göre kabul edilebilirliğin ötesinde olduğunu söyleyemez.

Bu yüzden, Mahkeme yasaklamanın ‘kanunla belirlendiği’ hususunda tatmin olmuştur.

## **C. Hukuken Öngörülme Olma**

44. Görülmekte olan davanın amacının ‘üçüncü kişilerin toplum içindeki saygınlıklarını veya haklarını’ korumak olduğu hususunda mutabakata vardı. Hükümet, amaçlarının özellikle B’nin aksi ispatlanıncaya kadar herkesin suçsuz olduğu prensibine ve özel hayatının gizliliğine saygı gösterilerek adil yargılanmasını amaçladığını vurguladı. Hükümet ayrıca, yapılan müdahalenin yargının tarafsızlığını ve otoritesini korumaya da hizmet ettiğini belirtti.

45. Mahkeme, ulusal mahkemelerde görülen davaların amaçlarının B’nin toplum içinde aşağılanmasını ve itibarının zedelenmesini ve aksi ispatlanıncaya kadar herkesin suçsuz olduğu prensibinin ihlallerinin önlenmesine yönelik olduğunu dikkate alır. Bu nedenle, yerel mahkemelerdeki davalarda güdülen amaç ‘başkalarının toplum içindeki itibarlarını ve haklarını’ ve ayrıca, ‘yargı otoritesini ve tarafsızlığını’ korumaktır. Yargı otoritesi ve tarafsızlığı deyimleri genel olarak davacının haklarını korumayı da içerir. (*bkz. the Sunday Times v. the United Kingdom* (no. 1), 26 Nisan 1979 tarihli yargılama, Seri A no. 30, s. 34, § 56).

46. Bu nedenle, şikayet konusu ihlal, Sözleşmenin 10. maddesinin 2. paragrafındaki yasal amaç kapsamındadır.

## **D. İhlal Demokratik Bir Toplum İçin Gerekli miydi?**

47. Müracaatçı şirket esas olarak, yasaklama kararlarının daha önce belirtilen amaçların gerçekleşmesi için ‘gerekli’ olmadığını tartışmıştır. Müracaatçı şirket yayınların genel bir çerçevede

ele alınıp değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürdü. Bombalı mektup saldırıları politikacılara ve zülüm gören ve ayırimcılığa uğrayan zümrenin haklarını korumaya çalışan diğer kişilere yöneltilmişti. Bu saldırıları düzenleyenler Nasyonel Sosyalist ideolojiye taraftar olduklarından, Cumhuriyetin demokratik toplum düzeninin sürdürülebilmesine tehdit olarak algılanmaktaydılar. Bundan dolayı, müracaatçı şirketin yayınları politik tartışmalara bir katkı olarak görülmüş olmalıydı. Müracaatçı şirket ayrıca ceza soruşturmasının asıl zanlısı olan B'nin toplum tarafından tanınmadığını vurguladı. B aşırı sağcı bir militan olması nedeniyle, bombalı mektup saldırılarından önce de kamuoyunun dikkatini çekmiş ve haberlere konu olmuştu. Müracaatçı şirket, B hakkında yürütülmekte olan ceza davası henüz sonuçlanmadan B'nin resimlerinin diğer bütün medya kuruluşları tarafından yayımlandığını ve B'nin dava sonunda Nasyonel Sosyalizmi Yasaklama Kanununa göre mahkum edildiğini ilave etti.

48. Müracaatçı şirket, bir kişinin fotoğrafının haber amaçlı olarak yayınlanması durumlarında kimi zaman basın özgürlüğü ile kişilerin özel veya aile yaşantısının korunması hakkı arasında bir ihtilaf olabileceğini kabul etti. Bununla birlikte, B'nin haberlerde kullanılan fotoğrafları küçük düşürücü veya aşağılayıcı olmadığından B'nin kişisel bütünlüğünü ihlal etmedi. Müracaatçı şirket, aksi ispatlanıncaya kadar bir kişinin suçsuz olduğu prensibinin ihlal edilmemesi için, henüz sonuçlanmamış olan davaların sonucunu etkileyebileceğinden Devletin medya kuruluşlarına uyarıda bulunabileceğini de kabul etti. Bununla birlikte, müracaatçı şirket mevcut davaya konu olan ulusal mahkemenin yasaklama kararının, B hakkında verilen haberlerin metnini dikkate almadan, B'nin resimlerinin kesin olarak yasaklaması nedeniyle yerinde olmadığını tartıştı.

49. Hükümet B'nin fotoğraflarının yayınlanmasıyla B'nin özel hayatına saygı prensibine tecavüz edildiğini, fotoğraflarla ilişkilendirilen hor görücü metinler de aksi ispatlanıncaya kadar bir kişinin suçsuz olduğu prensibini ihlal ettiğini vurguladı. Böyle bir durumda, Telif Hakları Kanununun 78. maddesi, ilgili kişinin haklarının Sözleşmenin 6. ve 8. maddelerinde belirtilen esaslara göre korunmasını öngörür. Bu hüküm, bir kişinin 'yasal menfaatleri' zedelendiğinde uygulanır olduğundan, yayını yasaklama kararı verilirken kişinin yasal menfaatleri ile medya kuruluşunun yayını gerçekleştirmekteki çıkarlarının dengelenmesini gerektirir.

50. Hükümet yasaklama kararı verilirken Avusturya mahkemelerinin bu çıkarları sağlıklı bir şekilde değerlendirdiğinden, yasaklama kararının yerinde olduğunu iddia etti. Fotoğraflarla ilişkilendirilen metinlerin oluşturduğu haberlerde B'nin bombalı mektup saldırılarının suçlusu olduğu belirtildi ve müracaatçı şirketin yayınları bu konuda verilen haberler arasında halkın olağanüstü dikkatini çeker oldu, B'nin fotoğrafının yayınlanması ciddi boyutlarda B'nin haklarını ihlal etti. Hükümet yasaklama kararlarının nispeten geniş kapsamlı olmasının gerekçesini, fotoğrafların yerinde olmaması, fotoğraflarla ilişkilendirilen metinlerin de yasak kapsamına alınmasını gerektirdi şeklinde özetledi. Bununla birlikte, yasaklama kararları müracaatçı şirketin B hakkında yürütülmekte olan davalar hakkında yorum yapmasını engellemedi.

51. Nihai olarak Hükümet, müracaatçı şirketin yayınlarının politik tartışmalara katkıda bulunduğunu ve müracaatçı şirketin B hakkında B'nin bombalı mektup saldırılarının suçlusu olduğu yönünde yaptığı iddiaların gerçek dışı olduğunu vurguladı. Bu kapsamda, B hakkındaki yardım ve yataklık etme iddiaları dolayısıyla hüküm giymediğini ve bu arada gerçek suçlunun da son yargılamada hüküm giydiğine işaret etti.

52. Mahkeme, yerleşik içtihatlarında 'gerekli' sıfatının Sözleşmenin 10 § 2 maddesi bakımından 'acil sosyal bir ihtiyaç' olarak yorumlandığını hatırlar. Sözleşmeye taraf ülkeler bu nevi bir ihtiyacın varlığını değerlendirirken belirli takdir yetkisine sahiptir, fakat, bu takdir hakkı bağımsız mahkemelerce kullanılmış olsa bile Avrupa müktesebatıyla ve duruma uyan kararlarla sınırlıdır. Mahkeme bu nedenle 'kısıtlamanın' Sözleşmenin 10. maddesiyle korunan ifade özgürlüğüyle uyumlu olup olmadığı konusunda son kararı vermekle yetkilidir.

Mahkeme yargılamayı denetleme yetkisini kullanırken kendini yalnızca mahkeme kararlarının yerindeliğini belirlemekle sınırlandırmaz; kararları bir bütün olarak değerlendirir. Bu değerlendirme, Sözleşmenin müracaatçı hakkında uygulanan maddelerinin hangi bağlamda uygulandığını da içerir.

Mahkeme, davaya konu olan kısıtlamanın, kısıtlamayla güdülen yasal amaçla orantılı olup olmadığını ve ulusal mahkemelerin kısıtlama gerekçelerinin ‘yerindeliğini ve yeterliliğini’ belirlemek zorundadır (bkz. Örneğin, the *Sunday Times* (no. 1) yargılamaya yukarıda 38. paragraf, § 62’de değinilmiştir; the *Observer and Guardian v. the United Kingdom*, 26 Kasım 1991 tarihli yargılama, Seri A no. 216, ss. 29-30, § 59, ve the *Süreke v. Turkey* (no. 1), 8 Temmuz 1999 tarihli yargılama, Mahkemenin Resmi Raporlarında yayınlanacaktır, s. ..., § 58).

53. Mevcut davada Viyana İstinaf Mahkemesi 22 Eylül 1994 tarihindeki hazırlık soruşturmaları (bkz. yukarıdaki 19-22 paragraflara) ve 30 Ağustos 1995’teki esas davada (bkz. yukarıdaki 27-28. paragraflar) müracaatçı şirketi B’nin fotoğraflarını, fotoğraflarla ilişkilendirilmiş metinleri dikkate almadan, devam etmekte olan ceza davalarıyla ilişkilendirerek yayınlanmasını yasaklamıştır. Yargıtay, Viyana İstinaf Mahkemesinin kararlarını onamıştır (bkz. yukarıdaki 23 ve 29 paragraflar).

54. Davaya konu olan haberler/makaleler Avusturya’daki bazı politikacılara ve kamuoyunda ön planda bulunan diğer kişilere gönderilen ve kurbanların bazılarının ciddi boyutlarda yaralandığı bombalı mektupları kapsamaktaydı. Bu nedenle, saldırılar kamuoyunu büyük çapta ilgilendiren haber malzemesiydiler. Müracaatçı şirketin haberleri aşırı sağcıların faaliyetleri ve özellikle olayın esas zanlısı kuşkusuzla tutuklanan B’yi içermekteydi. B, aşırı sağcı olması nedeniyle bombalı mektup saldırılarından daha önce kamuoyunca tanınmaktaydı. Unutulmamalıdır ki, B’nin zanlısı olduğu Yasaklama Kanununa muhalefet etme ve bombalı mektup saldırılarına yardım ve yataklık etme suçları demokratik toplumun yapısına yöneltilmiş, politik bir zemine dayanmaktadır. B’nin fotoğrafları, muhtemelen evlilik merasimi fotoğrafı müstesna, B’nin özel hayatının detaylarını açığa vurmamaktaydı. Mahkeme bu nedenle Hükümetin B’nin fotoğraflarının yayınlanmasının B’nin özel hayatının gizliliğini açığa vurduğu yönündeki iddiasına katılabilmesi mümkün değildir.

Avusturya mahkemelerinin yasaklama gerekçelerinin ‘yerinde’ ve ‘yeterli’ olduğunu ve yasaklamadan ‘güdülen yasal amaçla konulan tedbir arasında bir orantılılık olup olmadığını’ değerlendirirken bu unsurlar göz önüne alınmak zorundadır.

55. Mevcut davada Mahkemenin değerlendirilmesi gereken diğer bir faktör ise, basın demokratik bir toplumda üstlenmiş olduğu görevdir. Basın, özellikle diğer kişilerin hakları ve şöhretleri veya yargının faaliyetlerinin gereği gibi yürütebilmesini ilgilendiren konularda belirli sınırları aşmaması gerekir ise de, basının görevi yine de -yükümlülük ve sorumlulukları kapsamında- kamuyu ilgilendiren bütün bilgi ve fikirleri etkilemektir (bkz. the *Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway*, 20 Mayıs 1999 tarihli yargılama, Mahkeme’nin Resmi Raporlarında yayınlanacaktır, p. ..., § 59).

56. Bu görev, yukarıda belirtilen sınırları aşmamak kaydıyla devam etmekte olan davalar konusunda haber ve yorumlar yapmayı da içine alır. Bu nevi haberler olayların halk tarafından bilinir hale gelmesine katkıda bulunur. Bu nedendir ki, Sözleşmenin 6 § 1 maddesiyle güdülen celselerin halka açık olması gereksinimi ile tamamen uyumludur. Bu nevi bilgi ve fikirlerin kamuya duyurulması yalnızca basının görevi değildir: kamuoyunun da bu nevi bilgi ve fikirleri öğrenmeye hakkı vardır (bkz. the *Worm* yargılaması, yukarıda değinilmiştir, ss. 1551-52, § 50). Bu durum her şeyden çok, mevcut davada olduğu gibi, aşırı fikirlerini kamuoyu önünde beyan eden bir kişinin dahil olduğu davalar için geçerlidir (bkz., *mutatis mutandis*, the *Worm* yargılaması, ibid.).

Bununla birlikte, askıya alınan davalar için yapılabilecek yorumların sınırı, bir kişinin adil yargılanması veya halkın adaletin adil bir şekilde yerine getirilmesiyle görevli olan mahkemelere olan güvenini sarsacak şekilde, bilinçli olarak veya olmayarak önyargıya sebebiyete neden olabilecek sınırları aşmamalıdır (ibid.). Bu nedenle, Sözleşmenin 6 § 2 maddesine göre aksi ispatlanıncaya kadar masum sayılma hakkına sahip olması gereken B’nin bu durumunu Mahkeme tarafların menfaatlerini kıyaslarken/değerlendirirken göz önüne almak zorundadır (bkz. the *Bladet Tromsø and Stensaas* yargılamaya yukarıda değinilmiştir, s. ..., § 65).

57. Viyana İstinaf Mahkemesi 22 Eylül 1994 ve 30 Ağustos 1995 tarihli yargılamalarında yasaklama gerekçelerinin B’nin fotoğraflarının yayınlanmasının tek başına değil, fotoğraflarla

ilişkilendirilen aşağılayıcı ve aksi ispatlanıncaya kadar kişinin suçsuz olduğu prensibini ihlal eden metinlerin birlikte değerlendirilmesinin B'nin yasal menfaatlerinin Telif Hakları Kanununun 78. maddesi kapsamında ihlal edildiğini belirtti. Bu görüşlere rağmen ve Viyana Ticaret Mahkemesinin yalnızca B'nin fotoğraflarını B'yi bombalı mektup saldırılarının suçlusu olarak gösteren ve onun aşağılandığı haberlerle birlikte yayınlanmasını yasaklayan kararına rağmen, Viyana İstinaf Mahkemesi müracaatçı şirketin B'nin fotoğraflarını yayınlanmasını tamamen yasaklamıştır. Ticaret Mahkemesinin aksine (yukarıdaki 25-26. paragraflara bakınız), Yargıtay, B'nin müracaatçı şirketin hangi açıklamalarının sona erdirilmesini bildirmesine gerek olmadığını değerlendirdi. Yargıtay, bu yaklaşımın gerekçelerini açıklamamıştır.

58. Mahkeme bir kişinin fotoğrafının, suçun muhteviyatına ve davanın şartlarına göre tatmin edici sebepler varsa, yayınlanmasının yasaklanabileceğini kabul eder. Yargıtay benzer bir yorumlamayla, fotoğrafın olayları gerçekçi bir şekilde yansıtan haber metniyle birlikte yayınlanması ile ilgili kişinin yasal menfaatlerine zarar verilebileceğini belirtti. Bununla birlikte, Viyana Yargıtay'ı yasaklamaya gerekçe olabilecek herhangi bir sebep belirtmemiştir. Yargıtay, Viyana Ticaret Mahkemesi'nin yaptığı gibi, ki bu Hükümetin de belirttiği üzere Telif Hakları Kanununun 78. maddesinin bir gereğidir, fotoğrafların yayınlanmasıyla B'nin yasal menfaatlerinde meydana gelecek zararlar ile fotoğrafların yayınlanmasındaki kamu yararının değerlendirilmesi işlemi yapmamıştır. Bu şartıcı bir durumdur çünkü Avusturya Basın Kanununun 7. maddesi bir zanlının fotoğrafını yayınlamayı bütünüyle yasaklamamaktadır. Anılan madde, yalnızca reşit olmayanların veya suçlar önemsiz olarak değerlendirilebilecek mahiyette ise fotoğrafların yayınlanmasını yasaklamaktadır. Bunun yapılabilmesi için dahi yine de tarafların menfaatlerinin değerlendirilmesi gerekir. Sonuç olarak, Viyana Yargıtay'ının yasaklama gerekçeleri 'ilgili' olmakla beraber 'yeterli' değildir.

59. Hükümetin de belirttiği üzere, yasaklama kararları müracaatçı şirketin B hakkında yürütülmekte olan ceza soruşturmaları hakkında yorum yapmasını engellemiştir. Bununla birlikte, diğer medya kuruluşları B hakkında yürütülmekte olan ceza davaları devam ederken B'nin fotoğraflarını yayınlamaya devam ederken, yasaklama kararları müracaatçı şirketin haberlerin verilmiş tarzını belirleme özgürlüğünü sınırlandırmıştır. Bu durumlarda ve ulusal mahkemelerin B'nin müracaatçı şirket tarafından fotoğraflarının tek başına değil, fotoğraflarla ilişkilendirilen metinlerin birlikte değerlendirilmesinin B'nin haklarını ihlal ettiği yönündeki bulguları nedeniyle, Mahkeme, B'nin fotoğraflarının kesin olarak yayınlamayı yasaklamasının B'nin onurunun korunması veya aksi ispatlanıncaya kadar bir kişinin suçsuz olduğu prensibinin ihlal edilmemesi için gerekli tedbirlerin korumanın oldukça ilerisinde bir eylem olduğunu değerlendirir. Bu nedenle, Viyana Yargıtay'ının yasaklama kararı ile yasaklamadan güdülen yasal amaç arasında kabul edilebilir bir orantılılık bulunmamaktadır.

60. Bu değerlendirmeler sonucunda, müracaatçı şirketin ifade özgürlüğünün kısıtlanması 'demokratik bir toplum için' gerekli değildir. Bu nedenle, Sözleşmenin 10. maddesi ihlal edilmiş bulunmaktadır.

## II. SÖZLEŞMENİN 14. MADDESİNİN 10. MADDESİYLE BİRLİKTE İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

61. Müracaatçı şirket, yasaklama kararlarının aynı zamanda diğer medya kuruluşlarına karşı bir ayrımcılığa sebep olduğundan Sözleşmenin 14. maddesinin 10. maddeyle birlikte ihlal edildiğini öne sürmüştür.

62. Sözleşmenin 10. maddesine ilişkin bulgularla (yukarıdaki 59. paragrafa bakınız) ilgili olarak verilen karar ışığında, 14 madde ile ilgili karar verilmesini gerektiren bir durumun ortaya çıkmadığı görülmüştür.

### III. SÖZLEŞMENİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

63. Sözleşmenin 41. maddesi:

“Eğer Mahkeme, Sözleşmenin ya da Ek Protokollerin ihlal edildiği hükmüne varırsa ve eğer Sözleşmeci tarafın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen gidermeye elverişli ise, Mahkeme kararında gerektiği takdirde zarar gören tarafa adil bir tatmin şekline hükmeder.”

#### A. Tazminat

64. Müracaatçı şirket maddi ve manevi tazminat talebinde bulundu. Müracaatçı şirket maddi tazminat talebi hususunda, B'nin fotoğraflarını yayınlamayı yasaklama kararı nedeniyle satış miktarının düştüğünü ve traja bağlı olan reklam gelirlerinden mahrum olduğunu iddia etti. Manevi tazminat konusunda ise yerinde bulunmayan mahkeme kararı nedeniyle itibarının zedelendiğini ileri sürdü. Müracaatçı şirket dilekçesinde manevi tazminat olarak herhangi bir miktar belirtmemiştir. Duruşma sırasında manevi tazminat olarak 50.000 Euro talep etmiştir.

65. Hükümet, maddi tazminat konusunda müracaatçı şirketin gerçekten zarara uğradığını gösteremediğini iddia etti. Manevi tazminat konusunda ise ihlalin varlığı sonucuna varılmasının yeterli bir tatmin olabileceği sonucuna vardı.

66. Maddi tazminat konusunda Mahkeme, hükümet gibi, iddiasını ispatlayamadığı sonucuna varır. İtibarının zedelendiği gerekçesiyle tüzel bir kişiliğin manevi tazminat talep edip edemeyeceği konusunu askıda bırakacaktır (bkz, *mutatis mutandis*, the *Immobiliare Saffi v. Italy*, 28 Temmuz 1999 tarihli yargılama, Mahkemenin Resmi raporlarında yayınlanacaktır, p. ..., § 79) davasındaki olaylara göre ihlalin varlığının sonucuna varılmasının manevi tazminat açısından yeterli bir tatmin olabileceği sonucuna varır.

#### B. Maliyetler ve Harcamalar

67. Müracaatçı şirket dilekçesinde, ulusal mahkemedeki maliyetler ve harcamalar için 151,327.32 Avusturya Şilini (ATS) ve Strasbourg'daki yargılama giderleri için 78,977.70 ATS talep etmiştir. Bu duruşmaya katılabilmek için Ayrıca 45,800 ATS talep etmiştir.

68. Hükümet bu iddialara cevap vermemiştir.

69. Mahkeme, içtihatlarına göre, Sözleşmenin ihlalinin önlenmesi ve uğranılan zararın giderilmesi için yapılan harcamaların gerçekten yapıp yapılmadığını ve harcamaların yapılmasının gerekli olup olmadığını değerlendirmek zorunda olduğunu hatırlar (bkz, örneğim, the *Bladet Tromsø and Stensaas* yargılaması, yukarıda bahsedilmiştir, s. ..., § 80). Mahkeme ulusal mahkemedeki yargılama giderlerinin bu şartları taşıdığını değerlendirir ve müracaatçı şirkete toplam 151,327.32 ATS gerektiğini belirtir. Strasbourg'daki yargılama için talep edilen giderin yerinde olduğuna ve talep edilen toplam 124,777.70 ATS'nin müracaatçı şirkete verilmesine karar verir.

#### C. Gecikme faizi

70. Mahkemede var olan bilgilere göre, davanın karara bağlandığı tarihte Avusturya'daki yasal faizler yıllık %4'tür.

### BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE

1. Sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edilmiş olduğuna;

2. Sözleşmenin 10. maddesi ile birlikte 14. maddeye dayanılarak yapılan şikayetin incelemesine gerek olmadığına;
3. Mevcut yargılamanın kendisinin, adil manevi tazminat talebini yeterince karşılamış olduğuna;
4. İlgili hükümetin davanın sonuçlanmasından sonraki üç ay içinde müracaatçı şirkete maliyetler ve harcamalar için;
  - (a) 276,105 (iki yüz yetmiş altı bin yüz beş) Avusturya Şilini ve 2 (iki) groschen;
  - (b) bu miktarlar üç ay içinde ödenmediği takdirde ödemenin yapılacağı zamana kadar yıllık %4 basit faiz ödenmesine;
5. Müracaatçı şirketin adil tazmin taleplerinin diğerlerinin reddine;

Karar verdi.

Bu karar, 11 Ocak 2000 Strasbourg'daki İnsan Hakları Binasında halka açık duruşmada İngilizce olarak verilmiştir.

Michael O'BOYLE  
Yazı İşleri Müdürü

Elisabeth PALM  
Başkan

## **Ondokuzuncu Bölüm**

Özgür Gündem / Türkiye Kararı

30 Ocak 2001 — Sayı: 135

Yargı Mevzuatı Bülteni

İnsan Hakları Mahkemesi Kararı

**ÖZGÜR GÜNDEM / Türkiye Davası (dipnot)**

(23144/93)

Strazburg

16 Mart 2000

### **USULİ İŞLEMLER**

1) Dava, İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Yönelik Sözleşme'nin (Sözleşme) eski 19. Maddesi ile ortaya konulduğu gibi, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu tarafından ("Komisyon">, 8 Mart 1999 tarihinde, Sözleşme'nin 32. Maddesinin 1 . paragrafı ve 47. maddesi ile belirlenen üç aylık süre içinde Mahkeme'ye gönderilmiştir. Dava, eski 25. Madde -gereğince, üç Türk vatandaşı Gurbetelli Ersöz, Fahri Ferda Çetin, Yaşar Kaya ve merkezi İstanbul'da olan Ülken Basın ve Yayıncılık Sanayi Ticaret Limitet Şirketi tarafından 9 Aralık 1993 tarihinde Komisyon'a yapılan (23144/93) nolu başvuruya dayanmaktadır. İlk iki başvuran, sırasıyla Özgür Gündem'in baş editörü ve asistan editörü, üçüncü ve dördüncü başvuranlar ise, Özgür Gündem'in sahipleri alı. Komisyon daha sonra, ilk başvuran 1997 tarihinde öldüğü için, başvurunun bu kişiyle ilgili olan kısmını incelememeye karar vermiştir. Başvuranlar, İngiltere'de mesleğini icra etmekte olan Sn. William Bowring tarafından temsil edilmiştir. Türk Hükümeti (Hükümet) Ajan Yardımcısı Sn. Münci Özmen tarafından temsil edilmiştir.

Başvuru, Özgür Gündem Gazetesi ile bağlantılı gazeteci ve diğer kişilere karşı yürütülen mücadele ile ifade özgürlüğüne karşı hep birlikte yürütülen kasıtlı bir saldırının mevcut olduğu iddiaları ile ilgilidir. Başvuranlar, Sözleşmenin 10. ve 14. maddelerine ve 1 nolu Protokolün 1. maddesine dayanmışlardır.

2) 31 Mart 1999 tarihinde Büyük Daire üyeleri, Sözleşmeye Ek 11 nolu Protokol'ün 5. maddesinin 4. paragrafı ve İçtüzüğü'nün 100. maddesinin 1. paragrafı ve 24. maddesinin 6. Paragrafı gereğince başvurunun, Bölümlerden biri tarafından incelenmesine karar vermiştir. Bu sebep başvuru Dördüncü Bölüm tarafından incelenmiştir.

3) Bölüm dahilinde oluşturulan Daire, Türkiye ile ilgili olarak ex officio seçilmiş hakim Sn. R. Türmen'i (Sözleşme'nin 27. maddesinin 2. paragrafı ve Mahkeme İçtüzüğü'nün 26. maddesinin 1 (a) paragrafı ) ve Bölüm Başkanı Sn. M. Pellonpaa'yı (İç Tüzük 12 ve 26/1(a)) kapsamaktadır. Sn. M. Pellonpaa tarafından Daireyi tamamlamak için seçilen diğer üyeler, Sn. G. Ress, Sn. K Pastor Ridruejo, Sn. L. Cafisch, Sn. J. Makarczyk ve Sn. N. Vajic isimli kişilerdir.

(Dışişleri Bakanlığı Çok Taraflı Siyasi İşler Genci Müdürlüğü tarafından Türkçe'ye çevrilmiş olup gayri resmi tercümedir.)

4) 1 Haziran 1999 tarihinde Sn. Türmen, Daire üyeliği görevinden çekilmiştir. (İç Tüzük 28) Hükümet, bu sebeple Sn. Gölcüklü'yü ad hoc hakim olarak atamıştır. (Sözleşmenin 27. maddesinin 2. paragrafı İç Tüzüğü'nün 29. maddesinin 1. Paragrafı).

5) 13 Temmuz 1999 tarihinde Daire, bir duruşma yapmaya karar vermiştir.

6) İç Tüzüğü'nün 59. maddesinin 3. paragraf gereğince Daire Başkanı, tarafları başvurudaki konular hakkında görüş sunmaya davet etmiştir. Sekreter, başvuranların ve Hükümet'in görüşlerini sırasıyla 5 ve 20 Ekim 1999 tarihlerinde almıştır.

7) Dairenin kararına uygun olarak Strazburg'da İnsan Hakları Binası'nda 10 Kasım 1999 tarihinde kamuya açık bir duruşma yapılmıştır.

### **Mahkeme Önünde:**

**(a) Hükümet adına**

Sn. M. ÖZMEN, Ajan Yardımcısı  
Sn. F. POLAT,  
Sn. F. ÇALIŞKAN,  
Sn. M. GÜLŞEN,  
Sn. E. GENEL,  
Sn. F. GONEY,  
Sn. C. AYDIN, Danışmanlar

**(b) başvuran adına**

Sn. W. BOWRING, Avukat,  
Sn. K. YILDIZ, Danışman

Mahkeme, Bowring ve Sn. Özmen'in konuşmalarını dinlemiştir.

8) Davanın ilerleyen safhalarında yer alamayan Sn. Vajic'in yerini Sn. Butkevych almıştır.  
(İç Tüzüğü'nün 24. maddesi para. 5(b) ve 28. maddesi)

**OLAYLAR HAKKINDA**

**I. Davanın Şartları**

9) Özgür Gündem merkez bürosu İstanbul'da olan günlük bir gazete idi. Türkçe olarak yayımlanan bir gazete olmakla beraber, tirajı yurtiçinde 45.000 adet, yurtdışında ise belirlenemeyen bir rakamdı. Kendisinden önce 1990-1992 yılları arasında yayınlanmakta olan haftalık Yeni Ülke Gazetesi ile birleşmiştir. Özgür Gündem 30 Mayıs 1992 tarihinden Nisan 1994 tarihine kadar yayınlanmıştır. Yerini farklı bir gazete; Özgür Ülke devralmıştır.

10) Dava, başvuruların Türk yetkililerinin dolaylı veya dolaysız olarak sorumlu olduğu Özgür Gündem'in kapatılmasına neden olan ciddi saldırılara maruz kaldığı şeklindeki iddiaları ile ilgilidir.

**A. Özgür Gündem ve Özgür Gündem ile bağlantılı kişiler ile ilgili şiddet ve tehdit olayları:**

11) Başvurular, gazetecilere, dağıtıcılara ve gazete ile bağlantılı kişilere yapılan saldırılan listeleyerek Komisyon'a ayrıntılı görüş sunmuşlardır. (bkz. Komisyon Raporu, para. 32-34) Hükümet, Komisyon'a sunduğu görüşlerinde bu saldırılardan bazılarının gerçekleştiğine itiraz etmiştir. (bkz. Komisyon Raporu, para. 43-62) Her iki taraf da Mahkeme'ye sundukları görüşlerinde Komisyon'un bu konudaki bulguları hakkında yorum yapmamıştır. (bkz. para. 141-142)

12) Aşağıdaki olaylara itiraz edilmemiştir.

*Özgür Gündem* ile ilişkili yedi kişi "faili meçhul" olarak nitelendirilen cinayetlere kurban gitmiştir:

Gazeteci Yahya Orhan 31 Temmuz 1992 tarihinde vurularak öldürüldü. (2) *Özgür Gündem* personeli Hüseyin Deniz 8 Ağustos 1992 tarihinde vurularak öldürülmüştür. (3) *Özgür Gündem* köşe yazarı Musa Anter 20 Eylül 1992 tarihinde vurularak öldürüldü; (4) *Özgür Gündem* personeli Haliz Akdemir 8 Haziran 1992 tarihinde vurularak öldürüldü. (5) *Özgür Gündem* Şanlıurfa temsilcisi Kemal Kılıç, 18 Şubat 1992 tarihinde vurularak öldürüldü. (Bu cinayet ile ilgili Devlet'in sorumluluğu iddiası hakkında 22492/93 no ile Cemal Kılıç tarafından yapılan başvuru, Mahkeme önünde görülmektedir, bkz. 23.10.1998 tarihli Komisyon Raporu); (6) *Yeni Ülke* muhabiri Cengiz Altun 24 Şubat 1992 tarihinde vurularak öldürüldü; (7) *Özgür Gündem*'in Bitlis muhabiri Ferhat Tepe 28 Temmuz 1993 tarihinde kaçırıldıktan sonra, 4 Ağustos 1993 tarihinde ölü bulunmuştur.

Aşağıdaki saldırılar gerçekleşmiştir:

(1) 16 Kasım 1992 tarihinde Kadir Saka'nın gazete büfesi kundaklanmıştır; (2) 15 Ocak 1993 tarihinde Diyarbakır'da Eşref Yaşa'ya ve bir istihbarat ajanına silahlı saldırı yapılmıştır. (3) 15

Haziran 1993 tarihinde istihbarat ajanı Haşim Yaşa'ya silahlı saldırı yapılmıştır. (Bu olay ve Eşref Yaşa'ya yapılan saldırı Sözleşme gereğince yapılan bir başvurunun konusu idi, bkz. 2 Eylül 1998 tarihli Yaşa Türkiye Kararı, Raporlar 1998-VI, 5. 2411); 26 Eylül 1993 tarihinde bir gazeteci çocuk Mehmet Balamir Diyarbakır'da gazete satarken bıçakla yaralanmıştır; (4) 1993 yılında Ergani'de gazete satan çocuklar bıçaklı bir saldırgan tarafından yaralanmıştır; (5) Mazıdağı'nda bir gazete bayii kundaklanmıştır; (6) 17 Kasım 1992 tarihinde Bingöl'de gazetebayı'ne ait bir arabaya ateş açılarak tahrip edilmiştir. (7) Ekim 1993 tarihinde Yüksekova'da bir haber ajansı bombalanarak tahrip edilmiştir. (8) 2 Aralık 1994 tarihinde Özgür Ülke gazetesinin bürosu bombalanmış, çalışanlardan biri ölmüş, diğer 18 kişi de yaralanmıştır.

13) Hükümet'in bu olaylarla ilgili ya da meydana geldiğine ilişkin hiç bir bilgi ya da şikayet almadıklarına dair ifadelerine karşılık, başvurular diğer olayların geniş bir listesini sunmuştur (Kundaklama, gazete bayilerine dağıtımçı ve gazetecilere karşı yapılan saldırı ve tehditler) (bkz. Komisyon raporu. 32-34 ve 43-62. Paragraflar). Başvurular, aynı zamanda 7 Ağustos 1993 tarihinde Aysel Malkaç'ın kaybolmasına ve bir çok gazetecinin gözaltına alınması ve kötü muameleye maruz kalmasına, gazetecilerden insanlık dışı ve küçük düşürücü muameleye maruz kaldığına dair Strazburg'a yaptığı başvurusu üzerine bulunduğunu hatırlatmışlardır. (bkz. Komisyon raporu, p.37 9 Haziran 1998 Tekin-Türkiye kararı, Raporlar 1998-IV, ss 1517-1518, pp 53-54)

14) Başvurular ve gazete adına çalışanlar, iddia ettikleri tehdit ve saldırılar hakkındaki çok sayıdaki yazılı müracaatlarını makamlara göndermişlerdir. Bunlar Komisyon Raporu'nda sıralanmış (*para.35*) ve Yaşar Kaya'nın Olağanüstü Hal Bölge Valisi'ne, İçişleri Bakanı'na, Başbakan'a ve Başbakan Yardımcısı'na saldırılar hakkında bilgi veren bu konuda soruşturma açılmasını ve önlemler alınmasını talep eden mektuplarını da içermektedir. Bu mektupların çoğuna cevap verilmemiştir.

15) 1993 yılı süresince Diyarbakır'da çocuk dağıtıcılara yapılan saldırılan, 27 Eylül 1993 tarihinde Diyarbakır'da gazete bayii sahibi Zülküf Akkaya'nın ölümünü ve aynı zamanda Eylül 1 1993'de Diyarbakır'da dağıtımçılara et satırlarıyla yapılan saldırıları içeren, Hükümetin bu konuda hiçbir bilgi ve şikayet almadığını belirttiği özel saldırılar, olaylar ve tehditler hakkında Gazete personeli tarafından yazılı şikayette bulunulmuştur. (bkz. Komisyon Raporu. p.35 (s)). 24 Aralık 1992 tarihinde koruyucu önlemler alınması için Şanlıurfa Valisi'ne yazılı bir talepte bulunulmuş, fakat söz konusu talep gazeteci Kemal Kılıç'ın 18 Şubat 1993 tarihinde vurularak öldürülmesinden kısa bir süre önce reddedilmiştir. (bkz. Komisyon Raporu. p.35 (1)).

16) 2 Aralık 1993 tarihinde Diyarbakır Polisi, başvuruların talebi çerçevesinde Şanlıurfa il sınırından bayiiilere gazetenin dağıtımını yapan iki şirketin çalışanlarına refakat etmiştir. Gazetelerin ambarlardan gazete bayiiilerine teslimi için de önlemler alınmıştır. Hükümet, Komisyon'a korunma için başka talebin gelmediğini belirtmiştir. 2 Aralık 1994 tarihinde Özgür Ülke bürosundaki patlamanın ve sahibinin talepte bulunmasının ardından, devriye gezmek de dahil olmak üzere yetkililer tarafından güvenlik önlemleri alınmıştır.

### ***B. İstanbul'da Özgür Gündem binalarına yapılan arama ve yakalama operasyonları:***

17) 10 Aralık 1993 tarihinde polis İstanbul'daki Özgür Gündem'in bürosunda bir arama yapmıştır. Operasyon süresince binada bulunan şahısları gözaltına almıştır (başvurular Gürbetelli Ersöz ve Fahri Ferda da dahil olmak üzere 107 kişi gözaltına alınmış ve bütün belge ve arşivlere el konmuştur).

18) 10 Aralık 1993 tarihli iki yakalama ve zaptetme tutanağında polis iki silah, mühimmat, 2 uyku tulumu ve 25 gaz maskesi bulduklarını kayda geçmiştir. 10 Aralık 1993 tarihli daha sonraki bir yakalama ve zaptetme tutanağında aşağıdaki parçaların bulunmuş olduğu belirtilmiştir. Fotoğraflar ("PKK Terör Örgütü" etiketli zarfların içine konmuş oldukları belirtilmiştir), başvuran Yaşar Kaya'nın masasında bulunan 400.000.000 TL. tutarında ERNK (PKK örgütünün bir kanadı) adıyla damgalanmış vergi faturası ve aralarında Abdullah Öcalan hakkında bir makalenin de bulunduğu sayısız baskı ve elyazısı ile yazılmış belgeler bulunmuştur. İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesinde savcı tarafından

imzalanmış 24 Aralık 1993 tarihli bir belgede aşağıdaki elkonmuş malzemeler listelenmiştir: Başvuran Fahri Ferda Çetin'in evinde Mart 1993 tarihinde Şırnak'ta öldürülen Muzaffer Ulatış'ın mühürlü bir zarfta askeri kimliği, mühürlü bir kutuda 1350 adet enjeksiyon takımı, bir adet daktilo, 1 adet video ve teyp kaseti ve 40 adet kitap bulunmuştur. Alınan tedbirler gereği, gazetenin basımı iki gün için durdurulmuştur.

19) 5 Nisan 1994 tarihli bir iddianame ile baş muhabir Gürbetelli Ersöz, Fahri Ferda Çetin, Yaşar Kaya ve Müdür Ali Rıza Halik ve diğer altı kişiye karşı PKK üyesi olmak, PKK'ya yardımda bulunmak ve onun adına propaganda yapmak iddialarıyla dava açılmıştır. Hükümet, Gürbetelli Ersöz ve Ali Rıza Halis'in 12 Aralık 1996 tarihinde İstanbul 5 no'lu Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin kararıyla PKK'ya yardım ve teşvikten mahkum edilmiş olduklarını belirtmiştir. Gürbetelli Ersöz, daha önce PKK'ya karışmış bulunmaktan Aralık 1990 sonlarına doğru mahkum edilmiş ve 1992'de serbest bırakılmıştır.

### **C. Özgür Gündem 'in yayınları ile ilgili cezai içtihat:**

20. Makaleler yayınlamak suç işlemiş oldukları iddiasıyla gazeteye karşı sayısız cezai takibat yapılmıştır (anılan makalelerle ilgili olarak, baş muhabir ve gazete sahibi başvuran Yaşar Kaya. basımcı ve diğer yazarlar hakkında). Cezai takibatlar, para cezaları, hapis cezaları ve gazetenin yayınlarına el koyma, gazetenin üç gün ile bir ay boyunca kapatılması gibi birçok hükümlerle sonuçlanmıştır.

Cezai takibat Türk Milleti'ne, Cumhuriyeti'ne ya da belirli Devlet görevlileri ya da makamlarına hakaret eden veya kötüleyen hususların basılması, nefret duygularını kışkırtan husus ve ırk, din ve sınıf alanlarında husumet, ayrımcı propaganda oluşturan hususlara, terörle savaşan memurların adlarının ifşa edilmesi ya da terör örgütleri bildirelerinin yayınlanmasını suç addeden hükümler gereğince yürütülmüştür (bkz.aşağıda ilgili iç hukuk).

21) 3 Temmuz 1993 tarihinde, Özgür Gündem gazetesinin bu suçlardan toplam olarak 8.617.441.000 TL. para cezası ve 155 yıl 9 aydan 493 yıl 4 ay arası bir süre hapis cezasına çarptırıldıklarını açıklayan bir basın açıklaması yayınlanmıştır.

22) 1993'te 68 gün boyunca gazetenin 41 adet baskısını toplatılmasına karar verilmiştir. Üçü bir aylık bir süre için. 15 tanesi 15 günlük süre için ve ikisi de 10 günlük süreler için olmak üzere toplam 20 davada kapatma kararı çıkmıştır.

23) Başvuranlar, gazetenin 580 baskınının 486'sı ile ilgili olarak dava açılmış olduğunu ve ulusal mahkemeler tarafından verilen mahkumiyet kararı gereğince gazeteciler ve editörlerin toplam 147 yıl hapis cezası ve 21 milyar TL. para cezasına çarptırılırken, başvuran Yaşar Kaya'nın da 35 milyar TL. para cezasına çarptırıldığını ve buna Hükümetin itiraz etmediğini belirtmişlerdir.

### **D. Komisyonun elindeki bilgiler:**

*Ulusal Mahkeme'de yürütülen adli takibat.*

24) Her iki taraf Komisyon'a mahkemelerin gazete ile ilgili olarak adli takibatlara ilişkin verdiği hüküm ve kararların nüshalarını sunmuştur. Bunlar 1992-1994 yılları arasında gerçekleşen 112 ceza davasını içermektedir. Söz konusu 21 davadaki makalelerin ve kararların ayrıntıları Komisyon raporunda özetlenmiştir (bkz. para. 161-237).

### *Susurluk Raporu*

25) Başvuranlar, Komisyon'a Başbakan'ın talebiyle, Başbakanlık Teftiş Kurulu Başkan Yardımcısı Sn. Kutlu Savaş tarafından hazırlanan Susurluk Raporunun bir nüshasını sunmuşlardır. Başbakan Ocak 1998'de Raporu kamuoyuna sunmuş, ancak 11 sayfa ve bazı ekler saklı tutulmuştur.

26) Giriş bölümünde raporun adli bir soruşturmaya dayalı, resmi bir teftiş raporu olmadığı belirtilmiştir. Bu raporun amacının bilgi vermek olduğu, yalnızca Türkiye'nin güneydoğu bölgesinde gerçekleşen bazı olayları tanımlayan bir rapor olduğu; siyasi şahıslar, hükümet kuruluşları ve gizli gruplar arasında hukuk dışı işlemlerin varlığını açıklamak için hazırlanmış olduğu belirtilmektedir.

**27) Rapor, verilen emirlerle gerçekleşen cinayetler, tanınmış şahısların öldürülmesi ya da Kürt yanlıları ve Devlet'e hizmet ettiği farz olunan bir grup "muhibir" in kasti eylemleri gibi bir dizi olayı analiz etmekte ve bölgede terörizmi yok etmek için yapılan mücadele ile bunun sonucunda oluşan yeraltı ilişkileri, özellikle de uyuşturucu kaçakçılığı bağlantısının mevcudiyetini sonuca bağlamaktadır. Raporadaki radikal dergileri ilgilendiren konuları içeren bölümler aşağıda sunulmuştur.**

"...Diyarbakır Emniyetine yaptığı itirafta..... Sn. G..... Ahmet Demir'in (sf35) zaman zaman Behçet Cantürk'ün cinayetini planlamış olduğunu ve gerçekleşmesini sağladığını, mafyadaki diğer partizanlar ve PKK üyelerinin de aynı şekilde öldürüldüğünden bahsettiğini belirtmiştir. Musa Anter'in cinayeti de A. Demir tarafından planlanmış ve gerçekleştirilmiştir (sf.37).

...  
Ermeni kökenli Behçet Cantürk'ün eski özet bilgileri aşağıda çıkarılmıştır. (s.72)

...  
1992'de Özgür Gündem gazetesine mali destek verenlerden biriydi... Cantürk'ün kim olduğu ve ne yaptığı belliyse de Devlet onunla başa çıkamıyordu. Çünkü, yasal müeyyideler yetersizdi. Özgür Gündem plastik patlayıcılarla bombalanmıştı ve Cantürk yeni bir teşebbüse başlayıp bunu Devlet'e sunmayı düşünürken, Türk Emniyet Örgütü onun öldürülmesine karar verdi ve bu karar da gerçekleştirildi (sf. 73).

...  
Bütün ilgili devlet organları bu faaliyetlerden ve operasyonlardan haberdardı... Söz konusu operasyonda öldürülen şahısların özellikleri incelendiğinde, olağanüstü halin ilan edildiği bölgede öldürülenlerle ve öldürülmeyen şahısların arasındaki farklılık sahip oldukları finansal güçtü. Tek anlaşmazlığımız işlemlerin şekli ve onun sonuçları ile ilgilidir. Bütün olayları onaylayanlar arasında bile, Musa Anter'in cinayetinde pişmanlık duyanlar olduğu belirtilmiştir. Musa Anter'in hiçbir silahlı eylemde bulunmadığı, daha çok olayların felsefi yönüyle ilgilendiği ve ölümüyle yaratılan etkinin onun kendi gerçek etkisini aşmış olduğu ve bu öldürme kararının bir hata olduğu söylenmiştir (Bu şahıslar hakkında bilgiler Ek 9'da bulunmaktadır). Diğer gazeteciler de öldürülmüştür (sf74)."

28) Rapor, emniyet, polis ve istihbarat bölümlerinin farklı kolları arasındaki iletişim ve koordinasyonun gelişimini, yasadışı eylemlere bulaşmış emniyet görevlilerinin tanımlanması ve azledilmesi, itiraftçı kullanımının sınırlandırılması, köy korucularının sayılarını azaltılması, güneydoğu bölgesi dışındaki özel operasyon dairesinin kullanımının son bulması ve bu bölgenin dışında polis kapsamına alınması ve çeşitli olaylarda soruşturma açılması, "uyuşturucu kaçakçılığı faaliyetlerini ve çeteleri bastırmak için atılan adımlarla ilgili tavsiyeler ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Susurluk soruşturmasının sonuçlarının gerekli işlemlerinin üstlenilmesi için uygun otoritelere sevk edilmesi" gibi sayısız önerilerle bitirilmiştir.

## **II. İlgili İç Hukuk**

### **1. Ceza Kanunu (Kanun No. 765)**

29) Ceza Kanununun ilgili hükümleri aşağıdaki şekildedir:

#### **Madde 36 Paragraf 1**

"Mahkumiyet halinde cürüm veya kabahatte kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan veya filin irtikabından husule gelen eşya fiilde methali olmayan kimselere ait olmamak şartıyla mahkemece zabt ve müsaadere olunur..

#### **Madde 79**

"İşlediği bir fiil ile kanunun muhtelif ahkâmını ihlal eden kimse o ahkâmdan en şehit cezayı tazammun eden maddeye göre cezalandırılır"

### **Madde 159-Paragraf 1**

“Türklüğü, Cumhuriyeti. Büyük Millet Meclisini, Hükümetin manevi şahsiyetini, Bakanlıkları, Devletin askeri veya emniyet muhafaza kuvvetlerini veya adı geçenin manevi şahsiyetini alenen tahrir ve tezyif edenler bir seneden altı seneye kadar ağır hapis cezasıyla cezalandırılırlar”

### **Madde 311-Paragraf 2**

“Tahrir, her türlü kitle haberleşme araçları, ses kayıt bantları, plak, film, gazete, mecmua ile sair basın aletleriyle veya elle yazılıp çoğaltılarak yayınlanan veya dağıtılan yazılar ile yada umumi yerlerde levha ve ilan asmak suretiyle olursa, yukarıdaki bentler uyarınca suçlu hakkında tayin olacak ağır hapis ve hapis cezaları bir misli artırılır

### **Madde 312**

“Kanunun cürüm saydığı bir fiili açıkça öven veya iyi gördüğünü söyleyen veya halkı kanuna itaatsizliğe tahrik eden kimse akı aydan iki yıla kadar hapis ve altı 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 ve dokuz binden otuz altı bin liraya kadar ağır para cezası ile 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. maddenin İkinci fıkrasındaki sayılan vasıtalarla işleyenlere verilecek cezalar bir misli arttırılır”.

### **Madde 8 (27 Ekim 1995 tarihli 4126 Sayılı Kanunla Değiştirilmeden Önce)**

“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.

Birinci fıkrada belirtilen propaganda suçunun 5680 nolu Basın Kanunu'nun 3. maddesinde belirtilen mevkuteler vasıtası ile işlenmesi halinde ayrıca sahiplerine de mevkute bir aydan az süreli ise, bir önceki ay ortalama satış miktarının *mevkute niteliğinde bulunmayan basılı eserler ile yeni yayına giren mevkuteler hakkında ise, en yüksek tirajlı günlük mevkutenin bir önceki ay ortalama satış tutarının* 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”

### **Madde 8 (4126 sayılı yasa ile Değişik: 27.10.1995)**

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 üçyüz milyon liraya kadar ağır para cezası hükmolunur. Bu suçun mükerreren işlenmesi halinde, verilecek cezalar paraya çevrilemez.

Birinci fıkrada belirtilen propaganda suçunun 5680 nolu Basın Kanunu'nun 3. maddesinde belirtilen mevküteler 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.

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 üçyüz milyon liraya kadar ağır para cezası hükmolunur...”

4. 3713 Sayılı Yasanın 8. ve 13. Maddelerini Değiştiren 27 Ekim 1995 Tarihli 4126 Nolu Kanun

33) 27 Ekim 1995 tarihli 4126 unlu kanunun yürürlüğe girmesiyle 1991 tarihli Terörle Mücadele Kanununda yapılan değişiklikler şöyledir:

## **2. Madde ile ilgili geçici hüküm**

“İşbu kanunun yürürlüğe girmesinin ardından 3713 nolu Terörle Mücadele Kanununun 8. maddesi gereğince hüküm giyen bir kimsenin davası, kararı veren mahkemece tekrar incelenecek ve 3713 nolu Kanunun 8. maddesinde yapılan değişiklik uyarınca söz konusu kimseye verilen hapis cezasının süresi tekrar değerlendirilecek ve 13 Temmuz 1965 tarihli 647 nolu yasanın 4. ve 6. maddelerinden faydalanıp faydalanamayacağı konusunda karar verilecektir

## **HUKUKA DAİR**

### **1) Gurbetelli Ersöz ‘ün Durumu**

34) Mahkeme, bu başvurunun dört kişi tarafından yapıldığını hatırlatmıştır; ilk başvuran, eskiden *Özgür Gündem*’in müdürü olan Gurbetelli Ersöz’dür. Gurbetelli Ersöz 1997 güzünde öldüğü ve varisinin ya da yakın bir akrabasının başvuruyu takip etmek istediğine dair bilgi ulaşmadığı için, Komisyon, 29 Ekim 1998 tarihli raporunda, davanın Gurbetelli Ersöz ile ilgili kısmını incelememeye karar vermiştir.

35) Taraflar, davanın bu kısmı ile ilgili olarak görüş bildirmemişlerdir.

36) Mahkeme, Sözleşme’nin 37. maddesinin 1 (e) paragrafı gereğince, başvurunun Gurbetelli Ersöz ile ilgili olan kısmının incelenmeye devam edilmesi hususunda haklı bir gerekçenin varolmadığı görüşündedir. Bu yüzden başvurunun bu kısmı kayıttan düşürülmüştür.

### **11) Sözleşme’nin 10. Maddesinin İhlal Edildiği İddiası**

37) Başvuranlar, aşağıda verilen Sözleşme’nin 10. Maddesini ihlal edecek surette, gazetecilere karşı yapılan saldırılar ve gazete ile bağlantılı diğer sebeplerden ötürü ve ayrıca gazeteye ve çalışanlarına karşı alınan tedbirler nedeniyle *Özgür Gündem*’in basımının durdurulmasından dolayı şikayetçi olmuşlardır:

“1. Herkes görüşlerini açıklama ve anlatan özgürlüğüne sahiptir. Bu hak kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir almak ve vermek 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 emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir”.

#### **a. Gazeteye ve gazete ile ilgili şahıslara yapılan saldırılarla ilgili iddialar hakkında**

38) Başvuranlar, Türk Hükümeti’nin, yasadışı öldürmeleri, kaybolma olaylarını destekleyerek ya da bu gibi olaylardan haberdar olmak suretiyle veya gazetecilere ve dağıtıcılara gözdağı vermek ve korkutmak ya da hayatları açık bir şekilde tehlikede olduğunda koruma talebinde bulunmalarına rağmen, kendilerine hiçbir ya da yeterli koruma sağlamayarak doğrudan ya da dolaylı olarak *Özgür Gündem* gazetesinin yayınlanmasını engellediğini ve basımını imkansız hale getirdiğini iddia etmişlerdir.

Başvuranlar, *Özgür Gündem* gazetesi ile bağlantılı kimselere saldırı düzenlenmesinin, yetkililerin, koruma tedbirleri almamasının ve *Özgür Gündem*'e ve çalışanlarına karşı yapılan saldırılarla ilgili olarak etkili soruşturma yapılmamasını, Sözleşmenin 10. maddesiyle güvence altına alınan ifade özgürlüğünü koruma sorumluluğu ile uyumlu olmadığı şeklindeki Komisyon Raporu'ndaki bulgulara dayanmaktadırlar.

39) Hükümet, *Özgür Gündem*'in terör örgütü PKK'ya hizmet ettiğini ve bu örgütün şiddet yöntemi ile Türkiye'nin toprak bütünlüğünü bozma amacını paylaştığını vurgulanmıştır. Mahkeme'nin daha önceki kararlarına dayanabileceklerine ve otoritelerin iddia edilen saldırılara karıştığı yolundaki iddiaları ispatlayabilecek Susurluk Raporu'na dayanılabileceğine itiraz etmiştir. Özellikle de Susurluk Raporu'nun adli bir belge olmadığını ve kanıtsal bir değer taşımadığını belirtmiştir.

Hükümet, Komisyon'un, bulgularını kanıtlarla desteklenmeyen bazı ihtimallere dayandığını ve ne *Özgür Gündem* için çalışan kimselerin hayatlarının koruma altına alındığı iddialarının kanıtlarla desteklendiğini ne de saldırıya uğrayan kimselerin *Özgür Gündem*'e bağlı olduğunun ispatlandığını ifade etmiştir. Bu sorumluluğun terörist bir örgütün propaganda aracının ilerlemesi ve korunması anlamına geldiğini belirtmiş, fakat, her halükarda, bireysel şikayetlere karşı gerekli tedbirlerin alındığını ve gerektirdiği gibi soruşturmanın savcılar tarafından yürütüldüğünü iddia etmiştir.

40) Mahkeme, hangi saldırı biçimlerinin ne şekilde yanlış olduğunu açıklamaksızın, Hükümet'in Komisyon bulgularını tartıştığını gözlemlemiştir. Hükümet'in, özellikle de Susurluk Raporu'na önem verilmesine ve Hükümet yetkililerinin, *Özgür Gündem* 7 ve Musa Anter'in isminin öne çıktığı bazı gazetecileri hedef alan yasadışı faaliyetlere göz yumduğu şeklindeki ifadeye itiraz ettiğini belirtmiştir.

Güvenlik güçlerinin, Diyarbakır'da *Özgür Gündem* gazetesinin satışı ve dağıtılmasından sorumlu olan Eşref Yaşa ve amcasına yapılan saldırıya göz yumduğu iddiası ile ilgili 2 Eylül 1998 tarihli Yaşa Kararı'nda, (2 Eylül 1998 tarihli Yaşa Türkiye Kararı, Raporlar 1998-VI, s. 2411, para 95-96) Mahkeme, Susurluk Raporu'nun Eşref Yaşa ve amcasına saldıran faillerin kimliklerinin tespit edilmesi için bir temel oluşturmadığını saptamıştır. Raporun ciddi endişelere neden olduğu ve Yaşa Davası'nda gazetecilere, gazete büfelerine ve *Özgür Gündem* dağıtıcılarına bir dizi saldırı yapıldığı konusunun tartışılmadığı, Mahkeme tarafından tespit edilmiştir. Devlet yetkililerinin belli bir olaya karıştığı yönünde delil elde etme konusunda Susurluk Raporuna güvenilemeyeceği halde, Başbakan'ın isteği üzerine hazırlanan ve yine onun kararı ile kamuoyuna açıklanan bu raporun terörle mücadele ile bağlantılı problemler hakkında bilgi sağlamak, soruşturma tedbirleri önermek için ciddi bir teşebbüs oluşturduğunu tespit etmiştir. Bu temelde, başvuruların 1992 yılından bu zamana kadar olaylarla ilgili olarak gazete ve gazete ile bağlantılı kişilerin şiddet tehdidi altında olduğu şeklindeki korkulan hakkında kanıt oluşturduğu için rapora güvenilebilir.

41) Tarafların görüşleri ve Komisyon Raporu'ndaki bulgular dikkate alındığında Mahkeme, 1992'den 1994'e kadar, gazete, gazeteciler, dağıtıcılar ve gazete ile bağlantılı olan diğer kişiler hakkında, cinayetler, saldırılar ve kundakçılık ile ilgili sayısız şiddet olayları olduğu kanısına varmıştır. Devlet yetkilileri tarafından onaylanmasa da tolere edilen bir kampanyanın kurbanı olduğu şeklindeki endişe ve korkular, yetkililerin dikkatine sunulmuştur (bkz. yukarıdaki 14. ve 15. paragraflar) Bu iddiayı soruşturmak için tedbir alınmış değildir. Ayrıca yetkililer iki olay haricinde koruyucu tedbirlere başvurmamıştır (bkz. yukarıdaki paragraf 16).

42) Mahkeme, Sözleşme'deki birçok hükmün amacının, bireyi, kamu yetkililerinin keyfi uygulamalarına karşı korumak olduğu halde, bu haklar konusunda, etkin pozitif sorumluluklar olabileceğine karar vermiştir. Bu sorumlulukların 8. (bkz. diğerleri arasında, 7 Temmuz 1989 tarihli Gaskin İngiltere'ye Karşı Kararı, Dizi A, no. 160, paragraf 42-49) ve 11. madde (21 Haziran 1988 tarihli Platform "Arzte für das Leben" Avusturya Kararı, Dizi A no 139 para 32) bağlamında ortaya çıkabileceğini tespit etmiştir. Etkili bir soruşturma yapma sorumluluğunun 2. madde (örn. 27 Eylül 1995 tarihli McCann ve (Diğerleri İngiltere'ye Karşı Kararı, Dizi A, no. 324, para. 161) ve 3. madde

bağlamında arttığı tespit edilmiştir ( 28 Ekim 1998 tarihli Assenov ve diğerleri Bulgaristan'a Karşı Kararı, Raporlar, 1998-VIII, s. 3265, paragraf 102), ayrıca 2. madde bağlamında yaşama hakkının korunması ile ilgili olarak pozitif bir sorumluluk mevcuttur (bkz 28 Ekim 1998 tarihli Osman İngiltere'ye Karşı Kararı, Raporlar 1998- VIII, s. 3159 -3161, para. 115-117).

43) Mahkeme, demokrasinin işleminin ön şartlarından biri olarak, ifade özgürlüğünün taşıdığı önemi hatırlatmıştır. Bu özgürlüğün etkin bir şekilde kullanılması, sadece Devlet'in müdahale etmeme görevine dayanmamaktadır, bireyler arasındaki ilişkilerde bile koruma tedbirleri almayı gerektirebilmektedir. (bkz. 26 Mart 1985 tarihli X ve Y Hollanda'ya Karşı Kararı, Dizi A. no. 91, para. 23). Pozitif bir sorumluluğun varolup olmadığına karar verirken, Sözleşmeyle toplumun genel çıkarları ve bireyin çıkarları arasında ulaşılmaya çalışılan dengeye önem verilmelidir. Bu sorumluluk, kaçınılmaz olarak Sözleşmeciler Devletlerde varolan farklı durumlara, modern toplumların idare edilmesi ile ilgili zorluklara, öncelikler ve kaynaklar hakkındaki seçimlere bağlı olarak değişiklik gösterecektir. Böyle bir sorumluluk, yetkililer için imkansız veya adil olmayan bir yük oluşturduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. (bkz. 17 Ekim 1986 tarihli Rees İngiltere Kararı, Dizi A, rio. 106, para. 37, Osman İngiltere Kararı, para. 116).

44) Bu davada, yetkililer Özgür Gündem'in ve de bu gazete ile bağlantılı kişilerin şiddet içeren bir dizi uygulamaya maruz kaldıklarının ve de gazetenin yayınlanmasının ve dağıtılmasının engellenmesi için başvuranların hedef olarak seçilmiş olmaları konusunda endişe duyduklarının farkındaydılar. Fakat, gazete veya personeli tarafından sunulan dilekçelere ve korunma taleplerine hiçbir cevap verilmemiştir. hükümet, gazetenin yayınlandığı süre içinde gazetenin dağıtımını ile ilgili olarak sadece bir önlem alındığını gösterebilmiştir. Aralık 1994 tarihinde İstanbul Ofisi'nde gerçekleşen bombalı saldırıdan sonra alınan önlemler, gazetenin varisi ile ilgili idi. Mahkeme, saldırıların ciddiyetine ve yaygın oluşum bağlı olarak, bazı olaylar hakkında Cumhuriyet Savcıları tarafından yapılan soruşturmaya güvenilemeyeceğini tespit etmiştir. Saldırıların, yetkililer tarafından desteklenen veya hoşgörü ile karşılanan bir uygulama olduğu iddiasına karşılık, bu soruşturmanın etkili ve yeterli bir cevap oluşturduğu şeklindeki Hükümet iddiası konusunda, Mahkeme tatmin olmamıştır.

45) Mahkeme, Özgür Gündem ve personelinin PKK'yı desteklediği ve propaganda aracı olduğu şeklindeki Hükümet görüşlerine dikkat çekmiştir. Bu doğru olsa bile, etkili bir şekilde soruşturma yapmak ve gerektiğinde şiddet içeren yasadışı fiillere karşı koruma sağlamak için tedbir almamayı haklı kılacak bir gerekçe oluşturmaz.

46) Mahkeme, Hükümet'in Özgür Gündem'in ifade özgürlüğünü koruma altına alma sorumluluğunu yerine getirmediği sonucuna varmıştır.

b. İstanbul'da 10 Aralık 1993 tarihinde Özgür Gündem 'e ait binalarda yapılan polis operasyonu hakkında

47) Başvuranlar, tüm çalışanlar gözaltında tutulduğu sırada, arşive, kütüphaneye ve idareyle ilgili belgelere el konulması sırasında, İstanbul'da Özgür Gündem'e ait binalarda yürütülen arama ve tutuklama operasyonu hakkında ikna edici bir gerekçe göstermeyen, gazetenin ifade özgürlüğüne müdahale edildiğini ortaya koyan Komisyon bulgularına dayanmışlardır. Komisyon'a sundukları görüşlerinde bina içinde bulunan ve suç unsuru teşkil ettiği iddia edilen materyaller için, masum açıklamaları olduğunu belirtmişlerdir. (bkz. Komisyon Raporu, para. 36 (i))~

48) Hükümet, PKK ile gazete arasındaki bağlantının şüphesiz olduğunu ortaya koyan aramalar sırasında bulunan şiringalar, gaz maskeleri, ERNK'ya ait bir makbuz ve ölü bir askere ait kimlik kartına işaret etmiştir. Gazetenin editörü Gurbetelli Ersöz'ün ve müdür Ali Rıza Halis'in PKK 'ya yardım etmekten. 12 Aralık 1996 tarihinde mahkum olmaları olayına gönderme yapmıştır. Ayrıca İstanbul Bürosunda yakalanan 107 kişinin 40 mili gazete ile bağlantısı olmadığını ve bu durumun da gazetenin terör örgütü ile bağlantısı olduğu yolundaki şüpheleri daha da artırdığını iddia etmişlerdir.

49) Mahkeme, gazetenin basımını iki gün süre ile engelleyen operasyonun, başvuranların ifade

özgürlüğüne ciddi bir müdahale oluşturduğunu tespit etmiştir. Operasyonun, 10. maddenin 2. paragrafı anlamında suçu engellemek ve kamu düzenini korumak için “kanunda öngörüldüğü” gibi bir prosedüre uygun olarak yürütüldüğünü kabul etmiştir. Fakat, bu boyuttaki bir tedbirin amaca denk olduğu görüşünde değildir. Gazetenin arşivlerine, belgelerine ve kütüphanesine el konulması konusunda gerekçe sunulmamıştır. Ayrıca Mahkeme’ye, aşçı temizlikçi ve mühendis dahil olmak üzere, gazete binasındaki herkesi kapsayan genel bir tutuklama yapılmasının nedeni hakkında açıklama yapılmamıştır. Gazete tarafından istihdam edilmeyen 40 kişinin varlığı tek başına kötü niyet kanıtı değildir.

50) Komisyon Raporu’nda da belirtildiği gibi, ifade özgürlüğünün kısıtlanması gerekliliği ikna edici bir şekilde belirlenmelidir. (bkz. 20 Eylül 1994 tarihli Otto Preminger-Institut Avusturya’ya Karşı Kararı, Dizi A. no.295-A, para 50). Mahkeme, yetkililerin yürüttüğü arama operasyonunun meşru bir amacın gerçekleşmesi için demokratik bir toplumda gerekli olduğunun gösterilmediği sonucuna varmıştır.

### **c. Gazete yayınları ile ilgili alınan tedbirler hakkında**

#### **Başvuranlar**

51. Başvuranlar, Hükümet’in haksız yasal muamelelerle Özgür Gündem gazetesinin basılmasını ve dağıtılmasını önlemeye ve imkansız kılmaya çalıştığını iddia etmiştir. Gazetede ki makaleler ve haberlerle ilgili olarak açılan davaların haksız ve denk olmadığı şeklindeki Komisyon Raporu’ndaki bulguları benimsemişlerdir. Komisyon’un, temsili dava örneklerini, Mahkeme’nin belirlediği kuralların ışığında detaylı bir biçimde analiz ettiğini ve söz konusu makalelerin çoğunun alınan tedbirleri haklı kılacak şekilde şiddete teşvik etmediğini ve de yorumların durumun şiddetini artırıcı olmadığını tespit etmiştir.

#### **A. Hükümet**

52) Hükümet, Komisyon’un Özgür Gündem’in yayınları ile ilgili ulusal mahkeme kararlarını incelerken seçici davrandığını belirtmiştir. Hükümet, sadece doğrudan ve açıkça şiddete tahrik eden kelimelerin yasaklanabileceği şeklindeki bir düşüncenin ki bu Komisyon’un makaleleri incelemekte betirlediği bir yaklaşımdır, basit olduğu görüşündedir. İmalı, gizli ve örtülü mesajların aynı şekilde olumsuz etkisi olabilir. Hükümet, en doğru kontrolün yayınların neden olduğu gerçek tehlikenin incelenmesi olduğunu tartışmıştır. Hükümet, ayrıca gazetenin amacının PKK’nın propaganda aracılığını yapmak ve Türkiye’nin toprak bütünlüğünü tehlikeye atmak olduğunu ve bu durumun yapılan değerlendirmede çok büyük önem taşıdığını belirtmiştir. Güvenliğin ve emniyetin tehdit altında olduğuna karar vermek, ulusal yetkililerin görevidir ve Sözleşmeciler Taraf, Strazburg organları tarafından yapılan denetimi takdir etmelidir.

#### **B. Komisyon**

53) Komisyon, raporunda, 32 makale ve haberle ilgili dava hakkında 21 mahkeme kararı incelemiştir. Bu davalar çeşitli suçlarla ilgilidir: Ceza Kanunu’dur: 159. maddesine aykırı olarak devlete ve askeri yetkililere hakaret etme, Ceza Kanunu’nun 312. maddesi’ne aykırı olarak bölgesel ve ırk düşmanlığını artırmak, 1991 Terörle Mücadele Yasası’nın 6. maddesi bağlamında PKK’nın beyanlarını aktarmak, 1991 tarihli yasanın 6. Maddesi bağlamında terörle mücadele etmek için atanan memurların kimliğini açıklama ve 1991 tarihli yasanın 8. Maddesine aykırı olarak bölücü propaganda yapma. Davalar, hapis cezası para cezası ve gazetenin kapatılması gibi kararlarla son bulmuştur. Komisyon, sadece üç yayınlara ilgili olarak verilen cezaların savunulabileceğini tespit etmiştir. Makalelerin ve mahkeme kararlarının özetleri rapora dahil edilmiştir. (para 160-237).

#### **C. Mahkeme’nin Değerlendirmesi**

54) Mahkeme, öncelikle Komisyon’un inceleme için ulusal mahkeme kararlarını seçmesi yaklaşımını eleştirmek için bir neden görmemiştir. Komisyon, ilgili mahkumiyet ve beraat kararları dahil olmak

üzere taraflarca sunulan bilgi ve belgeleri tekrar gözden geçirmiştir. Çok sayıda yargılama ve karar göz önüne alındığında, bütün davaların detaylı bir şekilde analiz edilmesi pratik değildir. Komisyon, ulusal davalarda farklı ceza gerektiren suçları yansıtan kararları tespit etmiştir. İncelenen makaleler, şekil ve konu açısından çeşitlilik göstermekte ve röportajları, kitap incelemesini ve bir de karikatürü kapsamaktadır.

55) Bu nedenle Mahkeme, Komisyon tarafından benimsenen yaklaşımı kabul etmiş ve Komisyon'un raporuna dahil ettiği, davalarda alman tedbirlerin Sözleşme'nin 10. Maddesini ihlal edip etmediğini inceleyecektir.

56) İlk bakışta bu önlemlerin, 10. maddenin ilk paragrafının anlamı dahilinde ifade özgürlüğüne müdahale oluşturduğunu saptamış ve ikinci paragraf ile de savunulabileceğini tespit etmiştir. Başvuranların 1991 Terörle Mücadele Yasası hükümlerinin, (bkz. yukarıdaki para. 32-33) 10. maddeyi ihlal edecek surette muğlak olduğunu görüşlerinde belirtmiş olmalarına rağmen, söz konusu tedbirlerin "kanunla belirlenmiş" olarak nitelendirilmemesinin sebebi hakkında açıklama sunmamışlardır.

Mahkeme, bu konuyu daha önceki kararlarında düşünmüş (bkz. Mahkeme'nin resmi raporlarında yayınlanacak olan 8 Temmuz 1999 tarihli Sürek Türkiye Kararı (no 1) para 45-46 ve Türkiye'de ifade özgürlüğü ile ilgili diğer oniki karar) ve 1991 Yasası'na uygun olarak alman tedbirlerin "kanunla belirlenmiş" olduğunun söylenebileceğini saptamıştır. Başvuranlar bu sonucu değiştirmek için hiçbir gerekçe sunmamışlardır. Diğer kararlarda olduğu gibi, Mahkeme, alınan tedbirlerin milli güvenlik, toprak bütünlüğü, kamu düzenini koruma ve suçu önleme gibi meşru amaçlar taşıdığını tespit etmiştir. (bkz. Sürek Türkiye Kararı (no 1) para. 52).

57) Mahkeme, alınan bu tedbirlerin, içtihatlarında belirlenen kuralların ışığında bu tür bir amaca ya da amaçlara ulaşmak için "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığına karar verecektir. (bkz. 25 Kasım 1997 tarihli Zana Türkiye Kararı, Raporlar 1 997-VII, s. 2533, para. 51, yukarıda sözü geçen Sürek Türkiye Kararı (no 1), para. 58). Bu aşağıdaki şekilde özetlenebilir:

(i) İfade özgürlüğü demokratik bir toplumun en önemli özelliklerinden ve demokrasinin gelişmesi, her bireyin tatmin olması için gerekli şartlardan birini oluşturur. 10. Maddenin 2. paragrafı bağlamında sadece zarar verici olmayan, lehteki düşünce ve bilgileri değil, aynı zamanda rahatsızlık verici fikirleri de kapsar. Bunlar çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir ve bu unsurlar olmadan "demokratik toplum" olmaz. 10. maddede belirtildiği gibi, bu özgürlük, dikkatli bir şekilde yorumlanması gereken istisnalara tabidir ve herhangi bir sınırlama gerekliliği ikna edici şekilde tespit edilmelidir.

ii) 10. maddenin 2. paragrafının anlamı dahilindeki "gerekli" kelimesi "acil bir sosyal ihtiyacın" varlığını vurgulamaktadır. Sözleşmeciler Devletlerin böyle bir ihtiyacın var olup olmadığını değerlendirirken belirli bir takdir sınırı vardır, bu sınır yasamayı ve hatta ulusal bir mahkeme tarafından verilen kararları da içerecek şekilde Avrupa denetimi ile uyum içindedir. Böylece, "bir sınırlama"nın 10. madde ile korunan ifade özgürlüğü ile uyum içinde olup olmadığı konusunda son kararı verme konusunda Mahkeme yetkilidir.

iii) Mahkeme, teftiş yetkisini kullanırken, söz konusu beyanların içeriğini ve hangi kapsam içinde olduğunu da dikkate alarak müdahaleyi davanın bütününe ışığında incelemelidir. Özellikle de müdahalenin takip edilen meşru amaçlara denk olup olmadığına ve savunma yapmak için ulusal yetkililer tarafından belirlenen sebeplerin "ilgili ve yeterli" olup olmadığına karar vermelidir. Mahkeme, ulusal yetkililerin 10. maddede belirtilen prensiplerle uyumlu bir standart uyguladığı konusunda ve ayrıca ilgili gerçeklerle kabul edilebilir bir değerlendirmesinin yapıldığı konusunda ikna olmalıdır.

58) Bu davalar gazetelerin yayımlanmasına karşı alman tedbirlerle ilgili olduğundan, demokrasinin düzgün bir şekilde işlenmesini sağlamak için basının üstlendiği önemli rol dikkate alınmalıdır (bkz. 8 Temmuz 1986 tarihli Lingens Avusturya Kararı, Dizi A, rio. 103, s. 26, para.41, Mahkeme'nin resmi

raporlarında yayınlanacak olan 21 Ocak 1999 tarihli Fressoz ve Roire Fransa Kararı, para. 45). Devletin hayati çıkarlarının; milli güvenliğin ve toprak bütünlüğünün şiddet tehdidine veya suça karşı korunması için belirlenen sınırları basın aşmaması gerektiği halde, bölücü olanlar da dahil olmak üzere, siyasi konular hakkında bilgi vermek basının sorumluluğu altındadır. Basının görevi, sadece bilgi vermek değildir; kamuoyunun bunları öğrenmeye hakkı vardır. Basın özgürlüğü, siyasi liderlerin düşünceleri ve tavırları hakkında görüş oluşturmak için kamuoyuna en iyi yollardan birini sunar (bkz. yukarıda adı geçen Lingens kararı, s. 26, para 41-42).

a. Devlete ve askeri yetkililere hakaret hakkında yargılama (Türk Ceza Kanunu 'nun 159. Maddesi)

59) Komisyon, bu bağlamda 10 ay hapis, 15 gün de kapatma cezası ile sonuçlanan Lice'de bir evin güvenlik güçleri tarafından yıkılması iddiası hakkındaki üç makaleyi ve para cezasını, 10 ay hapis ve 15 gün kapatma cezasını beraberinde getiren Türkiye Cumhuriyeti'ni "kahpe" olarak nitelendiren bir karikatürü incelemiştir (bkz. Komisyon Raporu para. 161-166).

60) Mahkeme, devlet yetkililerinin sahip olduğu dominant pozisyonun, ceza davası açma konusunda kendilerini tutmalarını gerekli kıldığını hatırlatmıştır. Demokratik bir devletle yetkililerinin, provokatif olarak nitelendirilse bile, eleştiriyi hoş görmeleri gereklidir. Mahkeme, Lice'deki evlerin zarar görmesi hakkındaki makaleler ile ilgili olarak, güvenlik güçlerinin olaylara karıştığı şeklindeki iddiaların yaygın olduğunu ve Strazburg'da görülmekte olan davaların konusunu oluşturduğunu belirtmiştir. (bkz. örn. Mahkeme huzurunda görülmekte olan Ayder ve Diğerleri Türkiye'ye Karşı, rio 23656/94, 21.10.1999 tarihli Komisyon Raporu) Komisyon, makalede kullanılan terimlerin içerik açısından gerçek ve duygusal olduğunu fakat suçlayıcı bir tavır içerisinde olmadığını saptamıştır. Karikatür hakkında ise, ulusal mahkemenin bunun bir şaka olduğunu reddettiğini ve hakaret amacını taşıdığı şeklinde bir tespit bulduğunu belirtmiştir. Fakat, Mahkeme bu yayımlardan hiçbirini yukarıda anlatıldığı şekilde cezalandırmak için ikna edici bir sebep olarak görmemiştir. Mahkeme, alman tedbirlerin meşru amacın takip edilmesi için "demokratik bir toplumda gerekli" olmadığı şeklindeki Komisyon görüşüne katılmaktadır.

b) Bölgesel ve Irk Düşmanlığı Suçu ile İlgili Yargılamalar (TCK'nın 312. Maddesi)

61) Bu başlık altında incelenen dava güneydoğudaki köylere güvenlik güçleri tarafından yapılan saldırı iddiaları ve bir imamın öldürülmesi de dahil olmak üzere teröristler tarafından gerçekleştirilen saldırıları anlatan bir makale ile ilgilidir. (bkz. Komisyon Raporu, para. 167-169) Yazara 16 ay hapis ve para cezası ve bir ay kapatma cezası veren ulusal mahkeme, makalenin yazılış şekline, nedenine ve sosyal içeriğine gönderme yapmıştır. Mahkeme, cezanın makalede yer alan bilgilerin yanlışlığına dayanmadığını belirtmiştir. Komisyon, makalenin gerçeklere ve kamu çıkarına dayandığını, herhangi bir kışkırtıcı nitelik taşımadığını ve PKK'ya karşı açık destek içermediğini saptamıştır. Mahkeme, bu makale hakkında ceza verilmesi için yeterli sebep bulamamıştır ve müdahalenin 10. maddenin 2. paragrafı ile savunulamayacağı şeklindeki Komisyon görüşünü paylaşmaktadır.

c) PKK'nın beyanlarının aktarılması ile ilgili dava (1991 Kanunu'nun 6. Maddesi)

62) Komisyon, sekiz makale konusunda para cezası ve gazete baskılarına el konulmasını içeren yedi mahkeme kararını gözden geçirmiştir. Makaleler, PKK kuruluşlarının (örn. ARGK), deklarasyon raporlarını, beyanlarını, bir konuşmayı, PKK lideri Abdullah Öcalan ile yapılan bir röportajı, PKK'nın Avrupa Temsilcisinin bir beyanını, PKK komutanı Osman Öcalan ile yapılan bir röportajı, Dev-Sol'un Avrupa'daki bürosu tarafından yapılan bir beyanı, PKK Komutanı Cemil Bayık ile yapılan röportajı içermektedir. (bkz Komisyon Raporu, para. 174-195).

63) Mahkeme, yasaklanan bir örgütün üyesi ile yapılan röportajların veya onlar tarafından verilen beyanların gazetenin ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleyi haklı kılmayacağını hatırlatmıştır. Röportajlar veya beyanların Hükümet politikasını küçük düşürücü fikirler içermesi

de, bunu haklı çıkarmaz. Metinlerin bir bütün olarak ele alınarak. şiddete tahrik edip etmediği hakkında karar vermeyi sağlayacak bir fikir edinerek, hangi içerik içinde yayımlandığına ve daha çok kullanılan kelimelere önem verilmelidir. (bkz. Mahkeme'nin resmi raporları arasında yeralacak olan 8 Temmuz 1999 tarihli Sürek ve Özdemir Kararı, para. 61).

64) Mahkeme, içeriği, kapsamı ve kullandığı dil itibarıyla sekiz makaleden dördünün tahrik unsuru içermediği şeklindeki Komisyon görüşünü paylaşmıştır. Özellikle de, Almanya'daki bir Türk cenazesinde insanlara polis tarafından kötü muamele yapıldığı iddiası ile ilgili Dev Sol'un Avrupa'daki Bürosu tarafından yapılan beyan, Türkiye'deki kamu düzeni ile ilgili değildir.

65) Üç makalenin,, silahlı mücadeleyi, savaşı ve kanın son damlasına kadar dövüşmeyi savunan metinleri içerdiği Komisyon tarafından tespit edilmiştir. Mahkeme, bu metinlerin. güneydoğudaki çatışma bağlamında şiddet kullanılmasını cesaretlendirdiği görüşündedir (bkz.

Sürek Türkiye Kararı (no 1), para. 61-62). Verilen hafif cezalar gözönüne alındığında Mahkeme, şikayet konusu tedbirlerin, suçu önleme ve kamu düzenini koruma gibi meşru amaçlara denk olduğunu ve 10. Maddenin ikinci paragrafının anlamı dahilinde savunulabileceğini saptamıştır.

d) Terörle Mücadeleye Katılan Devlet Görevlilerinin Kimliğinin Açıklanması İle İlgili Yargılamalar (1991 Kanunu 'nun 6. Maddesi)

66) Altı makaleden beşine ilişkin mahkeme kararı bu başlık ile ilgilidir. Verilen cezalar, para cezasını, baskıların toplatılmasını ve bir durumda da 15 günlük kapatma cezasını kapsamaktadır. (bkz. Komisyon Raporu para. 199-215)

67) Mahkeme, bir DEP adayının oğlunun gözaltında iken öldüğü, Musa Anter'in öldürülmesi olayına yetkililerin göz yumduğu iddiası, köylerin zor kullanarak boşaltılması, köylülerin tehdit edilmesi, Şırnak'm bombalanması ve Jandarma Komutanlığı'na PKK tarafından yapılan bir saldırıdan sonra iki kişinin intikam amacıyla öldürülmesi gibi olaylarla bağlantısı olduğu iddia edilen bazı devlet görevlilerinin isimlerinin açıklandığı makaleler nedeni ile mahkumiyet kararı ve ceza verildiği görüşündedir. Makalelerin ikisinde ismi verilen kişilerin aslında bu olaylardan sorumlu olmadığı, sadece bu olayların etrafında gelişen olaylara karışmaları önem taşımaktadır. Özellikle, gözaltında meydana gelen ölüm ile ilgili olarak, Şırnak Emniyet Müdürü, gözaltındald kişinin serbest bırakılacağı konusunda aileyi ikna etmiş ve Şırnak Cumhuriyet Başsavcısının yorum yapamayacağını bildirmiştir. İntikam almak için gerçekleştirilen cinayetler ile ilgili makalede üç köy korucusunun ismi verilmesine rağmen, söz konusu iki kişiyi jandarmaların öldürdüğü iddia edilmiştir.

68) Diğer üç makalenin, ismi verilen devlet görevlilerinin görevi kötüye kullandığını iddia ettiği ve makalelerin bu kişileri halkın gözünden düşürebilecek nitelikte olduğu doğrudur. Fakat, diğer makalelerin içeriği dikkate alınan bir faktör değildir ve eğer anlatılan konular doğru ise kamu çıkarım ilgilendirmektedir. Ayrıca devlet görevlilerinin isimleri ve terörle mücadelede oynadıkları rolün kamuoyunun bilgisine sunulmuş olması dikkate alınmamıştır. Bu yüzden bir makalede ismi geçen Olağanüstü Hal Bölge Valisi, bölgede tanınan bir isimdir ve diğer makalelerde adı geçen jandarma komutanları ve köy korucuları da bölgelerinde tanınan kişilerdir.

Kimliklerini korumaktaki çıkar önemsenmemiştir ve bu yüzden sınırlamanın engellemeye çalıştığı potansiyel zarar en alt düzeydedir. Yetkililerin cezai yaptırımlar uygulamasının sebepleri, gazetenin ifade özgürlüğüne sınırlama konulması için yeterli değildir. (bkz. 6m.

Mahkeme'nin Raporlarında yayınlanacak olan 8 Temmuz 1999 tarihli Sürek Türkiye Kararı (no 2), para. 37-42). Bu tedbirler Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. paragrafı bağlamında savunulamaz.

e) Ayrılcıkçı Propaganda İçeren Beyanlar Hakkındaki Yargılamalar (1991 Tarihli Kanun'un 8. Maddesi)

69) Komisyon bu başlık altında 12 makale ile ilgili olarak 6 mahkeme kararı belirlemiştir. Verilen cezalar 20 ay iki yıl hapis cezası, para cezası baskıların toplatılması ve bir aylık kapatma cezasını

kapsamaktadır (bkz. Komisyon Raporu para. 218-317).

70) Mahkeme, makalelerin ekonomik ve sosyal konular hakkındaki raporları (örn. bir baraj projesi, halk sağlığı), güneydoğu bölgesindeki tarihi gelişmeler hakkında yorumları, Türkiye'deki işkence ve katliamları kınayan ve demokratik bir çözüm arayan deklarasyonu ve güneydoğudaki köylerin harap edilmesi iddiaları ile ilgili hesaplamaları kapsadığını gözlemlemiştir. Mahkeme, "Kürdistan" teriminin Türk topraklarından ayı bir şekilde ortaya çıkması ve kişilerin yetkilerini ayrı bir bütün için kullanmalarının, yetkililerce provokatif olarak değerlendirilebileceğini belirtmiştir. Bu görüş açılan yetkililere hoş gelmeseyse de, halk güneydoğudaki durumla ilgili farklı bakış açılarından bilgi almak istemektedir. Mahkeme, bölgedeki rahatsızlıklara karşın, ayrı bir Kürt Devleti fikrini savunan ifadelerin durumu kaçınılmaz olarak şiddetlendirdiği konusunda ikna olmamıştır. Makalelerden birçoğunun yetkilileri eleştirmesine ve güvenlik güçlerinin yasadışı işler yaptığını alçaltıcı terimlerle belirtmesine rağmen, Mahkeme, yine de bunların şiddet kullanılmasını savunduğu ve tahrik edici olduğu görüşünde değildir. Verilen cezaların şiddetine bağlı olarak gazetenin ifade özgürlüğüne konulan sınırlamaların takip edilen amaca denk olmadığı ve "demokratik bir toplumda gerekli" olmadığı sonucuna varmıştır.

#### **D) Sonuç**

71) Mahkeme, Sorumlu Devlet'in Özgür Gündem'in ifade özgürlüğünü korunması için yeterli koruma ve soruşturma tedbirleri almadığı. 10 Aralık 1993 tarihli arama ve tutuklama operasyonu ve gazetenin çeşitli sayıları ile ilgili olarak açılan birçok dava ve verilen mahkumiyet kararlarıyla, meşru amacın takip edilmesine uygun olmayan haksız ve orantısız birçok tedbir alındığı sonucuna varılmıştır. Bu faktörlerin etkenlerin sonucunda gazetenin basımı durdurulmuştur. Bu nedenle Sözleşme'nin 10. Maddesi ihlal edilmiştir.

#### **III. Sözleşmenin 14. Maddesinin İhlal Edildiği İddiası**

72) Başvuranlar, Özgür Gündem için alınan tedbirlerin aşağıda verilen Sözleşme'nin 14. Maddesini ihlal edecek surette ayrımcılığa neden olduğunu iddia etmiştir.

Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır".

73) Başvuranlar, Komisyon Raporu'ndaki ayrımcılık yasağının dayanaktan yoksun olduğu şeklindeki görüşü tekrar düşünmelerini Mahkeme'den talep etmiştir. 10. Maddenin ihlal edildiği bulgusunun, ulusal köken ve ulusal bir azınlığa mensupluk gibi nedenlerle ayrımcılığa maruz kalındığı yolundaki sonucu desteklediğini belirtmiştir. Kürt kimliğinin ifade edilmesinin, yetkililerce ayrımcılığın ve PKK propagandasının yapılması şeklinde algılandığını belirtmişlerdir. Komisyon tarafından incelenen makalelerin çoğu hakkında uygulanan tedbirlere iyi bir gerekçe sunulmadığı için, bu tedbirler sadece yasaklanan ayrımcılık ile açıklanabilir.

74) Hükümet, başvuruların ayrımcılıkla ilgili şikayetlerinin temelden yoksun olduğunu belirtmişlerdir.

75) Mahkeme, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlâl edildiği şeklinde bir karara vardığını hatırlatmıştır. Fakat, 29 makale ve haber raporları hakkında alınan önlemlerin demokratik bir toplumda gerekli olmadığı sonucuna varırken Mahkeme, Hükümet'in milli güvenliği, toprak bütünlüğünü ve kamu düzenini koruma, suçu engelleme gibi meşru amaçları takip ettiği konusunda ikna olmuştur. İfade özgürlüğüne getirilen sınırlamaların, başvuruların etnik kökenine veya bir ulusal azınlığa mensup olmalarına dayandığına inanmak için bir neden yoktur. Bu sebeple, Mahkeme, 14. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

#### **IV. Sözleşmenin 41. Maddesinin Uygulanması**

76) Başvuranlar ulusal düzeyde ve Sözleşme ile ilgili muamelelerde yapılan masraf ve harcamaların tazmini de dahil olmak üzere, maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuşlardır. Sözleşme'nin 41. Maddesi aşağıdaki gibidir:

Mahkeme, işbu Sözleşme ve protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder”.

#### **a. Maddi Zarar**

77) Başvuran şirket Ülkem Basın ve Yayıncılık Sanayi ve Ticaret Ltd. hakkında dava açılması ve günlük üretimine el konulması nedeniyle maddi zarara uğradığını iddia etmiştir. Hükümet'in aldığı tedbirler öncesinde gazete, günde 45,000 adet satmakta idi. Bu rakam yapılan ihlaller nedeniyle öncelikle 30,000 (Ye düşmüş, sonra da tamamen durmuştur. Gazete 10,000 TL'ye satılmakta idi. Bu nedenle gazetenin bir yıllık toplam üretimine denk olacak surette 110,000 milyon TL talep etmenin makul olacağına karar vermiştir.

Başvuran şirket, avukatların, tıbbi muamele giderlerinin, yazarların, dağıtıcıların ve diğer çalışanların tutuklanması ve yargılanması hususunda seyahat ve iletişim gibi diğer masrafların ödenmesini talep etmiştir. Bu harcamaların meblağının 1,000 milyon TL. olduğu tespit edilmiştir. Başvuran şirket, ayrıca, 20,000 milyon tutarındaki avukat masrafları da dahil olmak üzere gözaltına alınan 17 editör ile ilgili olarak bütün masrafları ödemiştir. Dahası 10 Aralık 1993 tarihinde gazetenin İstanbul, Diyarbakır, Batman, Elazığ, Van, İzmir, Ağrı, Antalya ve Tatvan bürolarına baskın yapılmış, aranmış, arşivlere ve belgelere el konmuştur. Bu dokümanların hiçbiri iade edilmemiştir. Bu dokümanların ve arşivin değeri yaklaşık 10,000 milyon TL idi. Talep edilen meblağ 141, 000 milyon TL'dir.

Başvuran şirket, Özgür Ülke adlı gazete tarafından tutulan kayıtların Aralık 1994 tarihinde yapılan bombalı saldırı sonucunda yok olduğu için, maddi kayıp ile ilgili meblağı belgelerle desteklemenin mümkün olmadığını belirtmiştir.

78) Hükümet, Sözleşme ihlal edilmediği için tazminat ödenemeyeceğini belirtmiştir. Bir ihlal söz konusu olduğunda bile, başvuranlar tarafından talep edilen meblağlar aşırı, abartılı ve kabul edilemezdir.

79) Mahkeme, başvuranların maddi zararları ilgili taleplerini destekleyecek belge sunmadığını gözlemlemiştir. Ayrıca, yasal harcamaları, tıbbi gider ve diğer harcamaların tutarını belirlemek için girişimde bulunmamışlardır. Mahkeme, koruma altına almadığı ve soruşturma yapmadığı şeklindeki tespiti ile, tıbbi ve diğer harcamalar konusundaki maddi zararlar arasında doğrudan bir nedensel bağlantı olduğu konusunda ikna olmamıştır. Ayrıca, şirketin taleplerinin, alınan tedbirin haklı olup olmadığına bakılmaksızın, bir bütün olarak gazeteye karşı alınan tedbirlerle ilgili olduğunu belirtmiştir. Ayrıca, başvuranın şikayetleri sadece İstanbul'daki Genel Müdürlük ile ilgili olmasına rağmen, gazeteyle bağlı bir çok büroda, arşivlere ve belgelere el konulması için ek talepte bulunulmuştur.

80) Mahkeme, gazetenin İstanbul Bürosu'ndaki arşiv ve belgelerine el konulması ve aranması ve bu karardaki haksız sınırlamalar ile ilgili olarak tespit edilen ihlaller nedeni ile maddi zarara uğradıklarını kabul etmiştir. Ayrıca ihlallerin toplu etkisi nedeni ile gazetenin basımını durdurulduğunu da tespit etmiştir. Mahkeme adil bir değerlendirme yaparak başvuran şirkete 9 milyar verilmesine hükmetmiştir.

#### **b. Manevi Zarar**

81) Başvuran Fahri Ferda Çetin çektiği sıkıntı ve stres için 30,000 İS talep etmiştir. 13 günlük gözaltı süresi boyunca işkence gördüğünü ve serbest bırakılmasının ardından karısını ve çocuklarını bırakarak Türkiye'yi terk etmeye zorlandığını iddia etmiştir.

82) Başvuran Yaşar Kaya da 30,000 İngiliz Sterlini talep etmiştir. 5 nolu İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin gazetede kendisi tarafından yayımlanan makaleler için hapis cezası verdiğini iddia etmiştir. Kendisi de Türkiye'deki eşi ve çocuklarını geride bırakarak yurtdışına kaçmak zorunda bırakıldığını ve strese ve sıkıntıya maruz kaldığını belirtmiştir.

83) Hükümet, talep edilen meblağın abartılı olduğunu ve haksız maddi zenginleşmeye yol açacağını belirtmiştir.

84) Mahkeme, Fahri Ferda Çetin'in gözaltına alınması veya Yaşar Kaya'ya verilen hapis cezası süresi ile ilgili olarak hiçbir tespitte bulunmadığını hatırlatmıştır. Fakat, Mahkeme tarafından tespit edilen ihlaller konusunda, başvuranların endişe ve stres yaşadıkları hususunda şüphe duymamaktadır. Türkiye'ye karşı diğer davalarda verilen tazminat miktarları göz önünde bulundurularak (bkz. 8 Temmuz 1999 tarihli Ceylan Türkiye Kararı, para. 50 ve 8 Temmuz 1999 tarihli Aslan Türkiye Kararı, para~ 61, her İki karar da Mahkeme'nin resmi raporlarında yayınlanacaktır) ve adil bir değerlendirme yaparak başvuranların her birine 5, 000 İngiliz Sterlini ödenmesine hükmetmiştir.

### **c. Mahkeme Masrafları**

85) Başvuranlar ulusal davada gazete adına hareket eden Sn. Osman Ergin'e yasal ücret ve harcamaların ödenmesini talep etmiş, t~kat, detay sunmamıştır. Aynı şekilde başvuranlara yardım eden Türk avukatların harcama ve giderleri için de detay sunulmamıştır. İngiliz avukatların masrafları, harcamaları için Avrupa Konseyi'nin yasal yardımı 5,595 Fransız Frangı, 5,390 İngiliz Sterlininden çıkarıldıktan sonra ödeme yapılması, idari masraflar için 7,500 İngiliz Sterlini, 1,7 10 İngiliz Sterlini, tercüme masrafları için 12,125 İngiliz Sterlini ve başvuru için yardımda bulunan Kürdistan İnsan Hakları Projesi'nin yol masrafları için (KHRP) 1,650 İngiliz Sterlini ödenmesi talep edilmiştir. Mahkeme huzurundaki duruşmada başvuranlar, İngiliz avukatlar için, 3,600 Fransız Frangı yasal yardım meblağının, ücretler için talep edilen 1,450 İS ve idari masraflar için talep edilen 46 İS'den çıkarıldıktan sonra ödenmesini ve KHRP'nin duruşma ile ilgili olarak yaptığı masraf ve harcamalar için 2,490 is ödenmesini talep etmişlerdir.

86) Hükümet, bu iddiaların abartılı olduğunu, KHRP tarafından talep edilen meblağın haksız zenginleşmeyi artıracığı için kabul edilmemesi gerektiğini belirtmiştir.

87) Mahkeme, tercüme masrafları hariç KHRP ile ilgili olarak talep edilen miktarın mutlaka ödenmesi gereken tutar olarak nitelendirilmesi hususunda ikna olmamıştır. Mahkeme, diğer davalarda hükmedilen meblağları göz önünde tutarak ve adil bir değerlendirme yaparak, 16, 000 İngiliz Sterlininden, Avrupa Konseyi'nden yasal yardım yoluyla alınan 9,195 Fransız Frangı çıkartıldıktan sonra ödeme yapılmasına karar vermiştir.

### **d. Temerrüt Faizi**

88) Mahkeme, bu kararın verildiği tarihte, kendisine sunulan bilgiye göre İngiltere'de uygulanan yıllık 7.5 % faiz oranının uygulanmasını uygun bulmuştur.

### **BU NEDENLERDEN DOLAYI MAHKEME,**

1. Oybirliği ile, davanın Gurbetelli Ersöz ile ilgili kısmını dava listesinden çıkarmaya;
  2. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine;
  3. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlal edilmediğine;
  4. Bire karşı 6 oy ile Sorumlu Devletin 3 ay içinde;
  5. Başvuran şirkete 9,000,000,000(9 milyar) Türk Lirası ödemesine;
  6. Manevi zarar için, Fahri Ferda Çetin ve Yaşar Kaya isimli kişilere 5'er bin İngiliz Sterlininin ödenmesine;
- a) Başvuranlara mahkeme masrafları için, 9,195 ( dokuzbinyüzdoksanbeş) Fransız Frangının, bu kararın verildiği tarihte uygulanan kur üzerinden İngiliz Sterlinine çevrilerek, 16,000 İngiliz Sterlininden çıkartıldıktan sonra ödenmesine;

b) Yukarıda belirtilen üç ayın aşılması halinde yıllık 7.5 % basit faiz uygulanmasına;

7. Oybirliğiyle, başvuruların adil tatmin taleplerinin geri kalan kısmının reddedilmesine, karar vermiştir.

Bu karar, İngilizce ve Fransızca olarak hazırlanmış olup, 16 Mart 2000 tarihinde Strazburg'da İnsan Hakları Binası'nda halka açık yapılan oturumda tefhim edilmiştir.

Vincent BERGER  
Sekreter

Mafli  
Başkan

PELLONPAA

**Yirminci Bölüm**  
Şener / Türkiye Kararı

PELİN ŞENER/ Türkiye Davası

Strazburg

18 temmuz 2000

**USULİ İŞLEMLER**

1. Dava, Mahkeme' ye 11 Eylül 1999 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Komisyon) tarafından sunulmuştur. Dava, Türk vatandaşı Sn Pelin Şener tarafından ("başvuran") 7 Mart 1995 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti'ne karşı İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Yönelik Sözleşme' nin ("Sözleşme") eski 25. Maddesi gereğince Komisyon' a sunulan (26680/95) no' lu başvurudan kaynaklanmaktadır.

2. Başvuran, Mahkeme huzurunda, İstanbul'da görevini ifa etmekte olan Sn. Kamil Tekin Sürek tarafından temsil edilmiştir. Türk Hükümeti ("Hükümet") Mahkeme huzurundaki işlemler için bir ajan tayin etmemiştir.

3. Komisyon' un Mahkeme' den talebi Sözleşme' nin eski 47. ve 48. Maddelerine dayanmaktadır. Başvuranın çeşitli şikayetleri hakkında karar verilmesi talep edilmiştir:

-Sözleşme' nin 10. Maddesi bağlamında, başvuranın mahkumiyeti ifade özgürlüğüne haksız bir müdahale oluşturmuştur.

-Sözleşmenin 18. Maddesi bağlamında bu hakkın kullanılmasına getirilen sınırlamalar, Sözleşmenin 10. Maddesinin 2. Paragrafında tayin edilen meşru amaçlarla uyumlu değildi.

-Sözleşme' nin 6. Maddesinin 1. Paragrafı bağlamında, başvuranın davasına bakan İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi bağımsız ve tarafsız bir Mahkeme değildi.

4. Başvuru Üçüncü Bölüm' e gönderilmiştir (iç Tüzüğün 52. Maddesinin 1. Paragrafı). Bu Bölüm içinde davayı inceleyecek olan Daire, (Sözleşmenin 27. Maddesinin 1. Paragrafı) Mahkeme İç Tüzüğünün 26 Maddesinin 1. Paragrafına uygun olarak oluşturulmuştur . Türkiye ile ilgili olarak seçilen Sn. Rıza Türmen davadaki görevinden çekilmiştir. (iç Tüzük 28. Madde). Hükümet bu nedenle onun yerine Sn. Feyyaz Gölcüklü' yü ad hoc hakim olarak atamıştır. (Sözleşme' nin 27. Maddesinin 2. Paragrafı ve İç Tüzüğün 29. Maddesinin 1. paragrafı)

5. Tarafların görüşleri alındıktan sonra, Mahkeme, duruşma yapılmasına gerek olmadığına karar vermiştir. Taraflar son görüşlerini sunmuşlardır.

**OLAYLAR**

**I. Dava Şartları**

A. *Haberde Yorumda Gerçek* Adlı Haftalık Dergide Yayınlanan Makale

6. Başvuran, İstanbul'da haftalık olarak yayınlanan *Haberde Yorumda Gerçek* adlı bir derginin sahibi ve editörü idi.

7. İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi 5 Eylül 1993 tarihinde, derginin 4 Eylül 1993 tarihli 23. sayısının, *Aydın İtirafı* başlıklı bir makalenin bölücü propaganda içermesi nedeniyle toplatılması kararını aldı. Söz konusu makale aşağıdaki gibidir:

"Bir ulusun toptan yok edilmesini izliyoruz. Bir soykırım izliyoruz ki bugüne kadar başka örneği görülmemiş desek yanlış olmaz.

Bir kirli savaşın dışlileri arasında inim inim inliyoruz Savaşa karşı çıkmak gerektiğini bildiğimiz halde öfkemizi haykırmak, kirli savaş dışlilerini parçalamak yerine inim inim inliyoruz. Ağıt yakıyoruz sadece. Ölüme övgü dizmeye çalışıyoruz ölüm sessizliğinde. Havanın esintisinden, yaprak hıştırtısından odalarımıza korku taşıyor. Yüreklerimiz hop oturup hop kalkıyor. Ölüm korkusunda ölüme övgü dizerken devlete teslim oluyoruz.

Klima esintisinde sıcak çaylarımızı yudumlarken yürüttüğümüz hararetli tartışmalarımızda kavgacı kesiliyoruz birden. Ulusların kaderlerini tayin hakkı diyoruz. Bu hakkın kullanılması önünde hiçbir engelin olmaması gerektiğinden söz ediyoruz. Kürt realitesinin tanınmasının önemli bir adım olduğunu açıklamaya çalışıyoruz. Ortadoğu'da savaşın nedeni Amerikan emperyalizmidir. Ve biz savaşa karşı çıkmamanın insanlığın bir gereği olduğunu düşünüyoruz. Namaz dağları, Tendürek ve Nurhak ve daha niceleri bombalanıyor bu sırada. Kürdistan alev alev yanıyor. Soykırım bütün hızıyla sürüyor. Renkli ekranlardan Bosna'da yaşanan vahşeti izliyoruz.

Öfkeleniyoruz birden. İnsan hakları savunucusu kesiliyoruz. Kimyasal silahlar kullanılıyor Nurhak Dağlarında. "Taş üstünde taş bırakmayacağız" diyor askeri yetkili. Bir ulusu toptan yok etme isteklerindeki kararlılık çınlıyor kulaklarımızda. "Yalnız güneydoğuda değil batıda da operasyonların sürdürüleceğini, teröristlere yardımcı olanların haklarından gelineceğini" ekliyor konuşmasına ve tabi basın kulağını çekmeyi de ihmal etmiyor. İşte burada, bu kirli savaşın söylemlerimizdeki yenilgiye mahkum akıbetini, savaşa karşı çıkmamanın tek ama tek yolunun haklı savaşın yürütülmesi gerektiği doğrusunu unutuyoruz. Unutmak istiyoruz. Tendürek' e düşen bomba, yüreğimizde patlıyor. "Yazık" diyor içimizden biri. "Bunca kanın dökülmesi niye? Kürt ve Türk ulusları kardeş değil mi ?" diye ekleyerek başlıyor bilinen konuşmasına.

Hep bu konuşmayı bekliyormuşuz da birbirimizden haberimiz yokmuş meğer. Her birimiz ayrı ayrı ve sanki farklı şeyler söylüyormuşuz gibi korkularımızı açığa vuruyoruz. Askeri yetkilinin hizmetinde kusur etmemeye itina gösteriyoruz. Türk şovenizminin asla onaylanmadığını ama Kürt şovenizminin de onaylanmayacağını anlatıyoruz hep bir ağızdan. Ezilen ulusun şovenizminin olmayacağını bile bile lades yapmaya çalışıyoruz. Kürt meselesinin çözümünde barışçıl yolların denenmesi gerektiğini vaaz ediyor, çözümün ne olabileceğini tartışıyoruz, büyük pişkinlikle.

Gazetelerimizin sayfalarını Sündüz yaylasını basan "teröristlerin" kadınları, teröristleri nasıl öldürdüklerini anlatan düzmece haberlerle dolduruyoruz. Basına verilen brifingden kamuoyunun bilgisi olmadığı bilgisizliğiyle köşe yazılarımızda Kürt ve Türk vatandaşların yüzyıllar boyunca kardeşçe bir arada yaşadığını oysa "teröristlerin" emellerinin bu kardeşliği yıkmak olduğunu anlatıyoruz demokratça! Ve kara çalıyoruz özgürlük yürüyüşüne geçen Kürt köylüsünün tavrına.

Biz aydın insanlarız. Demokratiği elden bırakmayız. Ama yalandan kim ölmüş ? Devlete hizmeti de esas alırız. İnsanları aptal biliriz. Onca yıl mürekkep yalamışlığımız bizi onlardan farklı kılar.

Bu bir itiraftır.

Biz aptalız"

## **B. Başvurana Karşı Yürütülen Adli Takibat**

### *1. Başvurana Karşı Yapılan Suçlamalar*

**8.** İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi Savcısı, 29 Eylül 1993 tarihli iddianamesinde, başvurana, yukarıda verilen makaleyi yayınlamakla devletin bölünmez bütünlüğüne karşı bölücü

propaganda yapmakla suçlamıştır. Suçlama yapılırken, Terörle Mücadele Yasası'nın 8. Maddesi esas alınmıştır ( Bundan sonra "1991 Yasası" olarak anılacaktır.

### *2. İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi Önündeki Adli İşlemler*

9. Başvuran, Devlet Güvenlik Mahkemesi huzurunda kendisine atfedilen suçlamaları reddetmiştir. Makalenin bölücü propaganda içermediğini ifade etmiştir. Fotoğrafi gazetede yayınlanan makalenin yazarı hakkında hiçbir soruşturma açılmadığı için, gazetenin sahibi ve sorumlu editörü olarak, asıl amacın derginin yayınlanmasını cezalandırmak olduğunu belirtmiştir. Başvuran, Sözleşmenin 10. Maddesine gönderme yapmış ve 1991 tarihli Yasanın 8. Maddesinin, Anayasa' ya ve Sözleşme' ye aykırı olarak ifade özgürlüğünü kısıtladığını iddia etmiştir.

### *3. Başvuranın Mahkumiyeti*

10. Biri askeri hakim olmak üzere üç hakimden oluşan İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi, 5 Temmuz 1994 tarihli kararında başvuranı, 1991 tarihli yasanın 8. Maddesinin 1. paragrafına göre suçlu bulmuştur. Mahkeme, başvuranı altı ay hapse ve on aylık taksitlerle ödenmek üzere 50.000.000 TL para cezasına çarptırmıştır. Ayrıca derginin ilgili sayısının toplatılması kararına da varmıştır.

11. Mahkeme, kararın gerekçesinde, söz konusu makalenin Türk topraklarının bir kısmını Kürdistan olarak nitelendirdiğini, orada yaşayan insanların Kürt vatandaşları olduğunu, soykırım yapıldığını, Kürdistan olarak nitelendirilen bölgenin bombalandığını, yakıldığını ve kimyasal silahların kullanıldığını iddia ettiği şeklinde karara varmıştır. Bu nedenlerle Mahkeme, devletin bütünlüğüne karşı propaganda yaptığına karar vermiştir.

### *4. Başvuranın Temyiz Dilekçesi*

12. Başvuran mahkumiyet kararına karşı temyize başvurmuştur. 30 Kasım 1994 tarihinde Yargıtay, başvuruyu reddetmiştir. İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesinin kanıtlarını değerlendirmesini ve başvuranın savunmasını reddetme nedenlerini onamıştır. 2 Ocak 1995 tarihinde karar başvurana tebliğ edilmiştir.

### *5. Sonraki Gelişmeler*

13. 27 Ekim 1995 tarihinde 4126 sayılı yasayla 1991 tarihli yasada yapılan değişikliklerin ardından, İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi davayı ex officio tekrar incelemiştir. 8 Mart 1996 tarihinde, Mahkeme, başvurana aynı cezayı vermiştir. Başvuru sahibi, temyize başvurmuştur.

14. 10 Haziran 1997 tarihinde Yargıtay, İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin başvuranın hapis cezasını para cezasına çevirmemesi nedeniyle, 8 Mart 1996 tarihli kararı bozmuştur.

15. İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi, 25 Eylül 1997 tarihinde 14 Temmuz 1997 tarihli 4301 sayılı yasanın 1. Fıkrası gereğince nihai cezanın verilmesini ertelemeye karar vermiştir. Mahkeme aynı yasanın 2. Fıkrası gereğince, başvurana karşı yapılan cezai işlemlerin ertelenmesine ve bu kararın ardından üç yıl içinde bir editör olarak kasıtlı bir suç işlerse nihai cezanın verilmesine karar vermiştir. .

### *6. Yazarın Mahkum Edilmesi*

16. 17 Kasım 1995 tarihinde İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi, makalenin yazarı Erhan Altun' u 1991 Yasasının 8. Maddesinin 1. Paragrafı gereğince suçlu bulmuştur. Mahkeme, Erhan Altun' u .1 yıl 1 ay ve 10 gün hapis cezasına ve 111 , 111 , 110 TL para cezasına çarptırmıştır. Fakat, Mahkeme, yazarın geçmişteki iyi halini, gelecekte suç işlemeyeceğini ve sabıkalı olmayışını göz önünde bulundurarak cezanın ertelenmesine karar vermiştir.

## II. İlgili İç Hukuk

17. İlgili iç hukukun tam tanımı Sürek Türkiye (No 1) kararında bulunabilir ((GC), no 26682/95, para 23-36 AİHM 1999-IV).

### A. Terörle Mücadele Kanunu

18. 1991 Terörle Mücadele Yasası'nın 8. Maddesi, (12 Nisan 1991 tarihli 3713 nolu kanun ) kullanılan yöntemlerin ve niyetin ne olduğu önemsenmeksizin, yazılı veya sözlü propaganda, toplantılar, dernekler ve gösteriler aracılığıyla Türkiye Cumhuriyeti'nin toprak bütünlüğüne ve ulusal birliğine zarar verme suçu ile ilgilidir. Böyle bir suç işleyen kişiye hapis veya para cezası verilir, bu ceza bir editör için iki yıl hapis ve üç yüz milyon Türk Lirası para cezasıdır.

19. 27 Ekim 1995 tarihli 4126 no lu Kanun, 8. Madde ile ilgili olarak mahkum olan kişilerin davalarının, verilen hapis cezaları yerine başka ceza veya tedbirlerin getirilmesini sağlayacak şekilde yeniden incelenmesi için 1991 Terörle Mücadele Kanunu'nu değiştirmiştir. 12 Temmuz 1997 tarihinden önce 8. Maddeden hüküm giyen editörlerin 14 Ağustos 1997 tarihli 4304 sayılı kanun gereğince başka suç işlemek kaydıyla cezalarının üç yıl süre ile tecil ettirilmesine karar verilmiştir.

### B. Devlet Güvenlik Mahkemeleri

20. Anayasanın 138. Maddesi hakimlerin görevlerini ifa ederken bağımsız olmalarını gerektirmektedir. Devlet Güvenlik Mahkemeleri, "toprak bütünlüğüne ve milli birliğe, bağımsız demokratik sisteme ve devletin iç ve dış güvenliğini doğrudan etkileyen suçlara" bakmak için Anayasanın 143. Maddesi gereğince kurulmuştur. .

21. Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluşu ve İşleyişi Hakkındaki 2845 no lu kanunun 5.ve 6. Maddeleri gereğince, bu mahkemeler bir başkan, iki üye ve iki yedek üyeden oluşuyor ve üyeler dört yıllık yenilenebilen süreler için seçilebiliyordu. İlgili zamanda üyelerden ve yedek üyelerden birer tanesi, birinci dereceden askeri hakimlerden oluşuyordu.

22. Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin kararlarına karşı, Yargıtay'a başvurulur.

23. Askeri hakimlerin mesleki kariyerleri, sicilleri 357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu'nun Ek 7 .Maddesi gereğince Milli Savunma Bakanlığı Müsteşarı ya da Milli Savunma Bakanı tarafından hazırlanan raporlara bağlıdır. Bu kanunun 8. Maddesine göre askeri hakimler 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. Askeri Ceza Kanunu'nun 112 inci maddesine göre "memuriyetinin nüfuzunu suistimal ile askeri mahkemeler üzerinde tesir yapmak suçtur Askeri hakimlerin maaşları ve disiplin ile ilgili konularda yetki Adalet Bakanı'na aittir. (18 ve 29. Maddeler) Askeri hakimlerin kariyerleri hakkında karar verecek olan son merci Yüksek Askeri İdare Mahkemesi'dir. (Yüksek Askeri İdare Mahkemeleri Hakkında 4 Temmuz 1972 tarihli 1602 No lu kanunun 22. Maddesi )

24. 18 Haziran 1999 tarihli 4388 sayılı kanun ve 22 Haziran 1999 tarihli 4390 sayılı kanunlarla yapılan değişikliklerle Askeri Hakimlerin Devlet Güvenlik Mahkemelerindeki görevleri sona ermiştir.

## HUKUK

### I. Sözleşmenin 10. Maddesinin İhlal Edildiği İddiası

25. Başvuran, yetkililerin haksız bir şekilde aşağıda verilen Sözleşmenin 10. Maddesi ile güvence altına alınan ifade özgürlüğüne müdahale ettiklerini iddia etmiştir:

1. Herkes görüşlerini açıklamak ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir almak ve vermek 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, demokratik toplumlar niteliğinde olarak, ulusal güvenliği, toprak bütünlüğünü veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir.

26. Hükümet, başvuranın ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin 10. Maddenin 2. paragrafında belirtilen gerekçelerle haklı sebebe dayandığını iddia etmiştir. Fakat, Komisyon, başvuranın iddiasını kabul etmiştir.

### **C. Müdahalenin Mevcudiyeti**

27. Mahkeme, 1991 Terörle Mücadele Yasası'nın 8. Maddesi gereğince hüküm giyip ceza verilmesi nedeniyle başvuranın ifade özgürlüğüne müdahale edildiğinin şüphesiz olduğuna karar vermiştir.

### **D. Müdahalenin Haklı Sebebe Dayanması**

28. Müdahale kanunla öngörülmemiş olsaydı, Sözleşmenin 10. Maddesinin 2. Paragrafında bahsedilen meşru amaçlara uygun olsaydı ve bu amaçlara ulaşmak için "demokratik toplumda gerekli" olsaydı, Sözleşmenin 10. Maddesine aykırı olurdu. Mahkeme, bu noktaları sırasıyla inceleyecektir.

#### **1. Kanunla Öngörülme Olma**

29. Başvuran bu konuda görüş sunmamıştır.

30. Hükümet, başvurana karşı alınan tedbirlerin, 1991 Terörle Mücadele Yasasının 8. maddesine dayandığını savunmuştur.

31. Komisyon, Hükümet' in görüşünü paylaşmış ve müdahalenin kanunla öngörülme olduğunu tespit etmiştir.

32. Mahkeme, Komisyon gibi, başvuranın mahkumiyeti Terörle Mücadele Yasası'nın 8. Maddesine dayandığı ve özellikle de başvuran bu konuda görüş belirtmediği için, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin kanunla öngörülme olduğuna karar vermiştir.

#### **2. Meşru Amaç**

33. Başvuran bu konuda görüş belirtmemiştir.

34. Hükümet, söz konusu müdahalenin amacının milli güvenliği ve kamu emniyetini sağlamak olduğunu belirtmiştir. Komisyon, bu görüşü kabul etmiştir.

35. Mahkeme, Türkiye'nin güneydoğusundaki güvenlik durumunun hassasiyetini ve yetkililerin şiddeti arttırabilecek fiillere karşı hazır olması gerekliliğini göz önüne alarak, başvurana

karşı alınan tedbirlerin, Hükümetin sözünü ettiği milli güvenliğin korunması ve kamu emniyetinin sağlanması gibi amaçlar için gerekli olduğu görüşündedir. Bu dava konusu olayların meydana geldiği dönemde, ayrılıkçı hareketin, şiddet kullanımına dayalı yöntemlere başvurduğu güneydoğu bölgesi için bu doğrudur.

### **3. "Demokratik Bir Toplumda Gerekli Olması"**

#### **Tarafların Argümanları**

##### **(i) Başvuran**

36. Başvuran, yazmadığı bir makale için cezalandırılmasının adaletsiz olduğunu belirtmiştir. Başvuran, söz konusu makalenin demokrasiyi ve insan haklarını övdüğünü ve aydınların insan haklarını savunurken daha cesur olmaları gerektiğini belirtmiştir. Makalenin terörizme ve şiddete başvurmayı savunmadığını fakat aksine insanlara karşı terörizmin kullanılmasını eleştirdiğini ifade etmiştir. Başvuranın görüşüne göre, kendisine karşı alınan tedbirler, Sözleşmenin 10. Maddesi ile garanti altına alınan hakkına haksız ve denk olmayan bir müdahale oluşturmuştur.

##### **(ii) Hükümet**

37. Hükümet, söz konusu makale, devlete karşı terör şiddetini savunduğu için, başvuranın bölücü propaganda yaptığını savunmuştur. İddialarını desteklemek için Hükümet, makaleden bazı bölümler almış ve "savaşa karşı çıkmanın tek ama tek yolunun haklı savaşın yürütülmesi gerektiği doğrusunu unutuyoruz" ifadesinin şiddetin teşvik edildiğinin açık bir delili olduğunu iddia etmiştir. Hükümet' in görüşüne göre makalenin yazarı, aydınların "masum kürt köylüleri" "terörist" olarak tanımlamasını ve özgürlük yürüyüşlerine kara çalmasını eleştirmiştir.

Hükümet' in görüşüne göre, makalenin mesajı Kürt meselesinin çözülmesi için tek yolun devlete karşı terörün desteklenmesi ve aydınların bu tür fiillere destek vermesi gerektiğidir. Hükümet, şiddetli bir terörizm kampanyası bağlamında başvuranın terörü destekleyen bölücü propaganda yapmaktan uzak durmuş olması gerektiğini belirtmiştir. Başvuranın Terörle Mücadele Kanununun 8. Maddesi gereğince, mahkum edilmesinin doğru bir karar olduğunu ve alınan tedbirlerin yetkililerin takdir marjı dahilinde olduğunu belirtmiştir. Bu yüzden müdahale Sözleşmenin 10. Maddesinin 2. Paragrafı gereğince haklı sebebe dayanmaktadır.

Hükümet, daha sonra basın yoluyla işlenen suçlar için daha hafif cezaların verilmesini öngören 14 Ağustos 1997 tarihli 4304 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinin ardından, başvurana nihai bir ceza verilmesinin ertelendiğini belirtmiştir

##### **(iii) Komisyon.**

38. Komisyon, bir aydın tarafından kaleme alınan makalenin, Türkiye'nin menşei Kürt olan nüfusa yönelik uyguladığı politikayı sert bir şekilde eleştirdiğini belirtmiştir. Yazar Kürt meselesi ile ilgili görüşlerini dile getirmiş ve bölücü hareket bağlamında kuvvet kullanılması fikrini kendisi benimsememiştir. Komisyon' un görüşüne göre, başvurana karşı alınan önlemler gelecekte benzer fikirlerin yayınlanması konusunda caydırıcı etki yaratması amacını gütmekte ve sansür niteliği taşımaktadır. Komisyon bu nedenle Sözleşme' nin 10. Maddesinin. ihlal edildiğini tespit etmiştir. .

##### **(b) Mahkeme' nin Değerlendirmesi**

39. Mahkeme, 25 Kasım 1997 tarihli Zana -Türkiye (Hüküm ve Karar Raporları 1997 VII, s. 2547-48, para 51) ve Sürek (No 1) kararlarında, içtihatlarındaki Sözleşmenin 10.Maddesi ile ilgili temel kuralları özetlediğini hatırlatmıştır.

(i) İfade özgürlüğü demokratik bir toplumun en önemli temelini ve her bireyin kendini geliştirmesi ve tatmin olması için en önemli şartlardan birini oluşturur. Sözleşmenin 10. Maddesinin 2. Paragrafı sadece zararsız olan düşünceler için değil aynı zamanda rahatsızlık verici, zararlı düşünceler için de geçerlidir. Bütün bunlar demokratik bir toplumun özellikleri olan çoğulculuk ve hoşgörünün gerekleridir. Sözleşmenin 10. Maddesinde belirtildiği gibi, bu özgürlük çok dikkatli bir şekilde yorumlanması gereken bazı istisnalara tabidir.

(ii) Sözleşmenin 10. Maddesinin 2. Paragrafının anlamı dahilindeki "gerekli" kelimesi "acil bir sosyal ihtiyacın" varlığını vurgulamaktadır. Sözleşmeciler devletlerin böyle bir ihtiyacın varlığına karar verirken sahip olduğu belli bir takdir sınırı vardır ancak yasaları ve bağımsız bir mahkeme tarafından verilen kararlar da dahil olmak üzere ve bu yasaları uygulayan kararları da kapsayacak şekilde Mahkeme'nin denetimi ile uyum içindedir. Bu nedenle Mahkemenin, Sözleşmenin 10. Maddesi ile güvence altına alınan ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın uygun olup olmadığı konusunda nihai bir karar verme yetkisi mevcuttur.

(iii) Mahkeme, denetim yetkisini kullanırken müdahaleyi makalenin içeriği ve hangi kapsam içinde kullanıldığını da dikkate almak suretiyle, bir bütün olarak ele alarak incelemelidir. Özellikle de müdahalenin "takip edilen meşru amaç ile orantılı olup olmadığı" ve ulusal otoriteler tarafından müdahaleyi savunmak için gösterilen nedenlerin "ilgili ve yeterli" olup olmadığı konusunda karar vermelidir.

Mahkeme, bu bağlamda müdahalenin orantılı olup olmadığı konusu değerlendirilirken, verilen cezaların şiddetini de dikkate almalıdır. Mahkeme, bu şekilde davranarak, ulusal yetkililerin 10. Maddede belirtilen kurallara uygun standartlar uyguladığı ve ayrıca ilgili olayların kabul edilebilir bir değerlendirmesine dayandıkları konusunda kendini ikna etmelidir.

40. Mahkeme, ayrıca yukarıda bahsedilen Sürek (No 1) kararında siyasi konuşmalara veya kamu çıkarını ilgilendiren tartışmalara getirilen sınırlamaların, Sözleşmenin 10. Maddesinin 2. Paragrafı bağlamındaki alanının dar olduğunu tekrarladığını gözlemlemiştir. Ayrıca, Hükümet' e yönelik olarak yapılmasına müsaade edilen eleştirinin sınırı, bir kimse veya bir politikacı hakkında yapılan eleştirinin sınırından daha geniştir. Demokratik bir sistemde Hükümet' in fiilleri veya ihmalleri sadece yasanın ve adli yetkililerin değil aynı zamanda kamuoyunun da incelemesine açık olmalıdır.

Ayrıca Hükümet' in sahip olduğu dominant pozisyon, kendisine karşı yönelen haksız eleştirilere ve saldırılara cevap vermek için başka yolların mevcut olduğu durumlarda, cezai işlemlere başvurma konusunda çekimser davranmasını gerektirmektedir. Ancak yetkili devlet otoritelerine kamu düzeninin garantörleri olarak, ceza hukuku niteliğinde bile olsa, bu tür olaylara uygun bir şekilde ve aşırıya gitmeden tepki verilmesini sağlayacak nitelikte tedbir almalarının yolu açıktır. Son olarak, bu tür olaylar, insanları şiddet kullanmaya tahrik ettiğinde, devlet yetkilileri ifade özgürlüğüne müdahale etme ihtiyacının ortaya çıktığı durumları incelerken sahip oldukları geniş takdir yetkisinden faydalanırlar.

41. Başvuran editörü olduğu dergi aracılığıyla bölücü propaganda yapmakla suçlandığı için, söz konusu müdahale, siyasi politikanın düzgün bir şekilde işlemindebasının sahip olduğu önemli rol göz önüne alınarak incelenmelidir. Basının, şiddet tehdidine karşı veya kamu düzeninin sağlanması veya suçun önlenmesi amacıyla milli güvenlik ve toprak bütünlüğü gibi devletin çıkarlarının korunmasını sağlamak için belirlenen sınırları aşmamasının gerekli olmasına rağmen, bölücü olanlar da dahil olmak üzere siyasi konular hakkında bilgi verme sorumluluğu vardır. Basının görevi bu tür bilgi ve düşünceleri kamuoyuna iletmektir ve bunları öğrenmek de kamuoyunun hakkıdır. Basın özgürlüğü, halkın siyasi liderlerin düşünce ve bakış açıları hakkında bir fikir oluşturmalarını sağlayan en önemli yöntemlerden birisidir.

42. Mahkeme, medya tarafından ifa edilen ifade özgürlüğünün yanı sıra, görev ve sorumlulukların çatışma ve gerilim durumlarında çok önemli olduğunu da vurgulamıştır. Devlete karşı şiddete tahrik eden düşüncelerin yayınlanması konusu özel bir dikkat gerektirmektedir; aksi takdirde basın şiddetin artırılması ve kin ve nefret duyguları ile dolu söylemlerin dağıtımı için bir araç haline

gelebilir. Aynı zamanda, bu tür düşüncelerin belirtilen şekilde nitelendirilemeyeceği durumlarda, Sözleşen Taraflar, toprak bütünlüğünün veya milli güvenliğini korunması veya suçun önlenmesi ve kamu düzeninin sağlanmasını referans alarak, medyaya ceza kanununun ağırlığını yüklemek suretiyle, kamuoyunun bilgilendirilme hakkına sınırlama getiremez.

43. Mahkeme, ayrıca kendisine sunulan davaların evveliyatını özellikle de terörle mücadele ile bağlantılı problemleri dikkate almaktadır. Bu konuda, Mahkeme, Türk yetkililerin on beş yıldan beri Türkiye'de devam etmekte olan rahatsızlıkları artırabileceğini düşündükleri görüşlerin yayılması hakkındaki endişelerine dikkati çekmiştir.

44. Mahkeme, başvuranın dergisinde, bir aydın tarafından yazılan ve Kürt sorunu üzerindeki düşüncelerini ifade eden bir makalenin yayımlandığını belirtmiştir. Söz konusu makale, Hükümet' in politikasını ve güvenlik güçlerinin menşei Kürt olan nüfusa yaklaşım tarzlarını sert bir dille eleştirmiştir. Aydınların ve Türk basınının " Kürt köylülerin özgürlük yürüyüşüne " kara çaldığını iddia etmiş ve yetkililerin Kürt sorununa bakışını eleştirmiştir. Yazar, Kürt gerçeğinin tanınmasını ve askeri yönetime başvurmak yerine Kürt sorununun çözülmesi için barışçı yöntemlerin kullanılmasını istemiştir. Kardeş milletler olduğu için, Kürtler ve Türkler arasındaki silahlı çatışmalarda kan dökülmesinden dolayı çok üzgün olduğunu belirtmiştir. Ayrıca Kürt ve Türk şovenizmi de dahil olmak üzere bütün şovenizm türlerine karşı olduğunu ifade etmiştir.

45. Mahkeme, ek olarak Hükümet' in gösterdiği örnekte olduğu gibi bazı terimlerin agresif olmasına rağmen, makalenin bir bütün olarak incelendiğinde şiddeti övmediğini belirtmiştir. İnsanları şiddete, nefrete, intikam almaya veya silahlı bir direnişe tahrik ve teşvik etmemiştir. Aksine, makale silahlı mücadeleye son verilmesini istemiş ve Kürt meselesini entellektüel bir açıdan analiz etmiştir. Mahkeme' nin görüşüne göre bütün bunlar düşünülmesi gereken önemli konulardır.

Ayrıca Mahkeme, başvuranın İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesince şiddete tahrik ettiği için değil Türkiye'nin belli bir kısmını Kürdistan olarak adlandırmak suretiyle bölücü propaganda yapmakla ve o bölgede yaşayan menşei Kürt olan nüfusun baskıya maruz kaldığını iddia ettiği için mahkum edildiğini gözlemlemiştir. Bu konuda Mahkeme, ulusal yetkililerin, ne kadar kötü olursa olsun, güneydoğudaki duruma değişik bir açıdan bakma konusunda halkın bilgilendirilmesi gerekliliğine önem vermediği görüşündedir. Yukarıda da belirtildiği gibi, makaledeki düşüncelerin şiddete tahrik ettiği söylenemez. Bu sebeple, İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin başvuranı mahkum etmesi ile ilgili olarak gösterdiği sebepler, ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleyi savunmak için yeterli değildir.

46. Mahkeme, ayrıca başvurana nihai bir ceza verilmesinin ertelenmesine rağmen, kendisine ağır bir ceza verilmesi riski ile karşı karşıya kalmıştır. Mahkeme' nin görüşüne göre, Sözleşme' nin ihlal edilmesinden dolayı, ulusal yetkililer başvurana tazminat verilmesini sağlamadığı müddetçe, başvuranın lehine bir karar vermek, onu "mağdur" statüsünden kurtarmak için yeterli değildir.

İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi kararı takiben üç yıl içinde editör sıfatı ile suç işlememesi şartıyla nihai ceza verilmesini durdurmuştur. Başvuranın bu şarta uymaması durumunda, otomatik olarak cezalandırılacaktır. Başka bir deyişle söz konusu karar onu "mağdur" statüsünden kurtarmamıştır. Aksine cezanın şarta bağlı olarak ertelenmesi kararı başvuranın işini bir editör olarak sınırlandırma ve varlığı inkar edilemeyen kamuoyunda belli bir yere sahip konular hakkında kamuoyunu bilgilendirme ve görüş bildirme kabiliyetini sınırlandırma etkisi yapmıştır.

47. Yukarıdaki değerlendirmelere bağlı olarak, başvuranın mahkumiyeti takip edilen amaçlarla orantılı değildir ve bu yüzden demokratik bir toplumda gerekli değildir. Bu sebeple Sözleşmenin 10. Maddesi ihlal edilmiştir.

## **I. Sözleşmenin 6. Maddesinin 1. Paragrafının İhlal Edildiği İddiası**

**48.** Başvuran kendisini yargılayan İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi'nde askeri hakim bulunduğu için adil yargılanmadığını ve bu durumun, ilgili kısmın aşağıda verilen Sözleşmenin 6. Maddesinin 1. Paragrafını ihlal ettiğini iddia etmiştir.

'Herkes, gerek..... gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının..... görülmesini istemek hakkına sahiptir.'

**49.** Hükümet bu iddiayı reddetmiş, fakat Komisyon kabul etmiştir.

**50.** Başvuranın görüşüne göre, ilgili zamanda uygulanan kurallar gereğince Devlet Güvenlik Mahkemelerinde görevlendirilen askeri hakimler atanmaları ve kariyerleri konusunda idareye ve orduya bağlıdır. Bu yüzden, askeri hakimlerin bazıları görevlerini tarafsız ve bağımsız olarak gerçekleştirmelerini imkansız kılmaktadır. Başvuran ayrıca, askeri hakimlerin ve görev yaptıkları mahkemelerin bağımsızlık ve tarafsızlıklarının, bu hakimler komutanlarının görüşlerinden farklı bir görüş benimseyemeyecekleri için, mümkün olmayacağını vurgulamıştır.

Başvuran, bu düşüncelerin İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin bağımsızlığına ve tarafsızlığına zarar verdiğini ve Sözleşmenin 6. Maddesinin 1. Paragrafını ihlal edecek surette adil bir yargılama yapılmasını engellediğini ifade etmiştir.

**51.** Hükümet, ilgili zamanda Devlet Güvenlik Mahkemelerine askeri hakimlerin atanması hakkında yürürlükte olan kuralların ve görevlerini ifa ederken faydalandıkları güvencelerin, bu Mahkemelerin Sözleşmenin 6. Maddesinin 1. Paragrafının anlamı dahilindeki bağımsızlık ve tarafsızlık ile ilgili gerekliliklere tamamıyla uygun olduğunu belirtmiştir. Hükümet, başvuranın iddiasının Hükümet, başvuranın askeri hakimlerin üstlerine karşı sorumlu olduğu şeklindeki iddiaya itiraz etmiştir. Öncelikle Askeri Ceza Kanunu' nun 112. Maddesine göre, "memuriyetinin nüfuzunu suistimal ile askeri mahkemeler üzerinde tesir yapmak" suçtur. İkinci olarak, askeri hakimlerin kariyerleri ile ilgili değerlendirmeler, adli olmayan görevleri hakkındadır. Askeri hakimler haklarında hazırlanan raporları inceleme ve içeriği hakkındaki itirazları için Yüksek Askeri İdare Mahkemesine başvurma hakkına sahiptir. Askeri hakim, adli görevini ifa ederken sivil hakimler gibi değerlendirilirler.

**52.** Hükümet Devlet Güvenlik Mahkemesinde askeri hakim görev almasının başvuran hakkında adil bir yargılama yapılmasına zarar vermediğini eklemiştir. Ne askeri hakim üstlerini ne kendisini mahkemeye atayan kamu yetkililerinin dava hakkındaki muamelelerden yada sonucundan faydalanacağı yoktur.

Hükümet, anayasanın 143. Maddesi gereğince Devlet Güvenlik Mahkemelerinin kurulması kararının alınmasını gerekli kılan güvenlik ile ilgili duruma mahkemenin özel bir önem vermesi gerekliliğini vurgulamıştır. Terörizme karşı güvenlik güçlerinin tecrübesinin ışığı altında yetkililer, güvenliğe ve devletin bütünlüğüne karşı oluşan tehdidin üstesinden gelmek amacıyla, bu mahkemelere bilgi ve tecrübesinden yararlanmak üzere askeri hakim dahil edilerek mahkemelerin kuvvetlendirilmesinin gerekli olduğu görüşündedirler.

**53.** Hükümet, daha sonra, Sözleşmenin gereklerine uyulmasını amacıyla 18 Haziran 1999 tarihli 4388 nolu kanunla ve 22 Haziran 1999 tarihli 4390 sayılı kanunla askeri hakimlerin Devlet Güvenlik Mahkemelerindeki görevine son vermiştir. Hükümet, yapılan değişikliklerden sonra Devlet Güvenlik Mahkemelerinin sadece sivil hakimlerden oluştuğunu belirtmiştir.

**54.** Komisyon, İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesinin sözleşmenin 6. Maddesinin 1. Paragrafı açısından bağımsız ve tarafsız bir mahkeme olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna varmıştır. Komisyon bu konuda 9 Haziran 1998 tarihli Incal Türkiye Kararına ve bu kararı destekleyen atıfta bulunmuştur.

55. Mahkeme, 18 Haziran 1999 tarihli 4388 sayılı kanunla ve 22 Haziran 1999 tarihli 4390 sayılı kanunla Devlet Güvenlik Mahkemeleri sisteminde yapılan değişikliklere dikkati çekmiştir. Fakat, bu dava ile ilgili olarak, Mahkeme değerlendirmesini, ilgili zamanda yürürlükte olan kanunlara ve başvuramı yargılayıp mahkum eden İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesinin oluşumuna göre yapmalıdır.

56. Hükümet, yukarda bahsedilen 9 Haziran 1998 tarihli Incal Türkiye Kararında ve 28 Ekim 1998 tarihli Çıraklar Türkiye Kararında bu davada gündeme getirdiği benzer argümanlarla ilgilendiğini tekrarlamıştır. Bu kararlarda Mahkeme, Devlet Güvenlik Mahkemelerinde görevli askeri hakimlerin statülerinin bağımsızlık ve tarafsızlık için bazı güvenceler sağladığını belirtmiştir. Diğer taraftan Mahkeme, bu hakimlerin statülerinin bazı yanlarının bağımsızlık ve tarafsızlık konusunu şüpheli hale getirdiğini saptamıştır. Örneğin emirleri İdareden alan orduya bağlı olmaları, askeri disipline tabi olmaları, atanmaları ile ilgili kararların büyük ölçüde idari yetkililer ve de ordu tarafından alınması. Başvuran, gôrüşlerinde bu noktalara değinmiştir.

57. Incal Kararında olduğu gibi Mahkeme, görevinin Hükümet tarafından sunulan sebeplerin ışığında, Devlet Güvenlik Mahkemelerinin kurulması gerekliliği konusunda karar vermek olmadığı gôrüşündedir. Mahkemenin görevi, İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesinin çalışma şeklinin, başvuranın adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediği ve özellikle de başvuranın, kendisini yargılayan mahkemenin bağımsız ve tarafsız olmadığından endişe duymak için haklı bir nedeni olup olmadığı konusunda karar vermek olduğu gôrüşündedir.

Mahkeme bu konu ile ilgili olarak, söz konusu başkan gibi her ikisi de sivil olan Incal ve Çıraklar kararlarından farklı bir karara varmaya neden görmemiştir. Devletin milli birliğine ve kamu emniyetine zarar vermeyi amaçlayan propaganda yapmaktan Devlet Güvenlik Mahkemesinde yargılanan başvuranın, askeri hakim de bulunduğu bir mahkemece yargılanması konusunda endişe duyması anlaşılabilir bir durumdur. Bu konu hakkında, İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin dava ile ilgili olmayan konulardan etkileneceğinden endişe duyması mümkündür. Başka bir deyişle, başvuranın mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile ilgili endişelerinin objektif olarak bakıldığında haklı olduğu söylenebilir. Yargıtay'da devam etmekte olan işlemler, bu mahkeme tam yetkiye sahip olmadığı için söz konusu endişeleri giderememiştir.

58. Bu nedenlerden dolayı Mahkeme, Sözleşme' nin 6. Maddesinin 1 .Paragrafının ihlal edildiğini tespit etmiştir.

## **II. Sözleşmenin 18. Maddesinin İhlal Edildiği İddiası**

59. Başvuran 1991 Terörle Mücadele Yasası'nın 8. Maddesi gereğince ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamaların sözleşmenin 10. Maddesinin 2. Paragrafında belirtilen meşru amaçlarla uyum içinde olmadığını ve bu yüzden de aşığıda verilen 18. Maddeye ters düştüğünü iddia etmiştir.

"Bu Sözleşmenin hükümleri gereğince, sözü edilen sınırlamalar ancak öngörülen amaçlar için uygulanabilir".

60. Hükümet gôrüşlerinde bu iddialar hakkında yorumda bulunmamıştır.

61. Komisyon, başvuranın ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamaların Sözleşmenin 10. Maddesinin 2. Paragrafında belirtilen meşru amaçlarla uyum içinde olduğunu tespit etmiştir. Bu yüzden Sözleşmenin 18. Maddesi ihlal edilmemiştir.

62. Mahkeme de Komisyonun gôrüşünden ayrılmak için Mahkeme de 18. Maddenin ihlal edilmediği gôrüşündedir.

## I. SÖZLEŞMENİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

63. Başvuran, aşağıda verilen sözleşmenin 41. Maddesi gereğince adil tazmin talebinde bulunmuştur .

"Mahkeme işbu Sözleşme ve Protokollarının ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, Gerekli taktirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder".

### A. Zarar

64. Başvuran maddi zarar talebinde bulunmamış, fakat manevi zarar için 30.000 Fransız Frangı talep etmiştir. Kendisine karşı açılan ceza davası yüzünden Almanya'ya gitmek üzere ülkesini terk etmek zorunda kaldığını ve Almanya'da bir göçmen olarak yaşamak zorunda bırakıldığını iddia etmiştir.

65. Hükümet, başvuranın iddiasına karşılık yorumda bulunmamıştır.

66. Mahkeme, başvuranın yargılanması ve mahkumiyeti ile ilgili olarak sıkıntı ve strese maruz kaldığı görüşündedir. Mahkeme adil karar vererek, talep ettiği 30.000 Fransız Frangına hükmetmiştir.

### B. Masraf ve Giderler

67. Başvuran ayrıca, 5.000 Fransız Frangı çeviriler, posta ücretleri ve kırtasiye giderleri için, 15,000 Fransız Frangı da avukat masraflarını karşılamak üzere masraf ve giderler için toplam 20,000 Fransız Frangı talep etmiştir.

68. Hükümet, talep hakkında görüş belirtmemiştir

69. Talep kanıtlarla desteklenmediği için, Mahkeme, başvurana masraf ve giderler için 10.000 Fransız Frangı ödenmesini uygun bulmuştur.

### C. Gecikme Faizi

70. Mahkemeye sunulan bilgiye göre, bu kararın verildiği tarihte Fransa'da uygulanan yıllık faiz oranı % 2. 74'tür.

### Mahkeme, yukarıdaki nedenlerden dolayı,

1'e karşı 6 oyla 10. Maddenin ihlal edildiğine;

1' karşı 6 oyla 6. Maddenin 1. paragrafının ihlal edildiğine;

Oybirliğiyle 18. Maddenin ihlal edilmediğine;

1'e karşı 6 oyla;

Sorumlu Devlet' in üç ay içinde başvurana aşağıdaki meblağları ödemesine:

(i) Manevi Tazminat için 30.000 (otuz bin ) Fransız Frangı;

(ii) Yargılama masrafları için 10,000 (on bin ) Fransız Frangı;

(b) Yukarıdaki üç aylık sürenin aşılması halinde yıllık % 2. 74 basit faiz oranının uygulanmasına;

5. Oybirliğiyle; başvuranın adil tazmin talebinin geri kalan kısmının reddine;

Karar vermiştir.

Karar İngilizce olarak hazırlanmış olup, Mahkeme İçtüzüğü'nün 77. Maddesinin 2. Ve 3. Paragrafları gereğince 18 Temmuz 2000 tarihli bir yazı ile tebliğ edilmiştir.

Sözleşmenin 45. Maddesinin 2. Paragrafına ve Mahkeme İçtüzüğü'nün 74. Maddesinin 2. Paragrafına uygun olarak Sn. Gölcüklü'nün muhalefet şerhi bu karara eklenmiştir.

#### YARGIÇ GÖLCÜKLÜ'NÜN MUHALEFET ŞERHİ

Aşağıda belirtilen nedenlerden dolayı, bu davada oyumu çoğunlukla birlikte kullanmadım.

10 madde ile ilgili olarak, öncelikle çoğunluğun görüşüne etkileyen çok önemli bir tespitten; söz konusu makalenin İngilizce'ye çevirisi hakkında gözlemden söz etmek istiyorum. Söz konusu makalenin çevirisinin iki ayrı versiyonu mevcuttur: birisi Komisyon Raporunun 20. Paragrafında, diğeri Mahkeme Kararının 7. Paragrafında yer almıştır. Ancak iki versiyonda yazarın düşüncelerini doğru yansıtmamış ve bu düşüncelere sadık kalmamıştır. Bu durumda, Mahkemenin sağlıklı bir sonuca ulaşması mümkün müdür?

Bir bütün olarak incelendiğinde makalenin zayıf bir Türkçe ile yazıldığı, söz konusu zamanda Hükümet tarafından uygulanan politika bağlamında Kürt sorununun çözümü hakkında yazarın görüşünü, olaylarla ilgili gerçekler ve medyanın görüşlerini yansıttığı görülmektedir. Yazar alaycı bir dil kullanarak, küçük duruma düşürerek soruna barışçı bir çözüm arayan ve bu konuda ısrarlı olan Kürt aydınların tavır ve davranışlarını eleştirmiştir. Bütün bunların aldatıcı ve hilekar olduğu görüşünü benimseyerek, bağımsız bir Kürt Devletinin kurulmasını desteklemelerini ve bunun gerçekleşmesi için savaşmak dahil ellerinden gelen her şeyi yapmalarını başka bir deyişle PKK teröristlerinin savaşını desteklemelerini istemiştir. Benim görüşüme göre bu durum, güneydoğuda hakim olan terör atmosferi içinde şiddeti tahrik ve teşviğin söz konusu olduğunun açık bir göstergesidir.

Kabul edilmelidir ki, başvuramı mahkum eden kararda İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi "şiddete tahrik ve teşvik" konusuna değinmeden (bkz. Kararın 45. Paragrafı) sadece bölücü hareket ve propagandadan bahsetmiştir. Yazar, makalesinde asıl amacı, bir Kürt devleti kurulması- saptamış ve bunu açıklamıştır. Barışçı yoldan gidilmesini eleştirerek devam etmiş ve terör hareketlerini kullanarak mücadele etmeyi savunmuştur. Bu durum şiddete tahrik ve teşvikin söz konusu olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Yazarın görüşüne göre, şiddet bölücü hareket ve siyaset için vazgeçilmez bir unsurdur.

Mahkemenin daha önce de belirttiği gibi, ülkede mevcut durumla doğrudan bağlantı halinde olan ulusal yetkililer tarafından yapılan değerlendirmenin, kendilerine daha fazla takdir yetkisi sağladığı için, uluslar arası mahkemeye kıyasla daha çok ağırlığa sahip olması gerektiği görüşündeyim.

Son olarak, düşünce ve ifade özgürlüğü söz konusu olduğunda içtihatların takip edilmesi gerektiğinden söz edilebilir mi? Benim görüşüme göre, ifade edilen her düşüncenin hem içerik hem de biçim açısından tek olduğu için, Sözleşmenin 10. Maddesinin 2. Paragrafı bağlamında değerlendirilmesinde her türlü özel durum dikkate alınmalıdır.

6. Maddenin 1. Paragrafı ile ilgili olarak, Devlet Güvenlik Mahkemelerinin kuruluşu hakkındaki bir değişikliğin ardından söz konusu problemin çözülmüş olmasına rağmen, Mahkeme, değerlendirmesini ilgili zamanda hüküm sürmekte olan durumla sınırlandırmıştır. (bkz. Kararın 55. Paragrafı). Bu noktada, Mahkemenin 7 kararı ile birlikte 9 haziran 1998 tarihli Incal kararındaki ve 8 Temmuz tarihli Okçuoğlu / Türkiye kararındaki muhalefet şerhime değinmek

istiyorum. Bu davada çoğunluğun vardığı sonucun İncal kararında da olduğu gibi "görünüm teorisinin" yanlış ve haksız bir uzantısı olduğunu vurgulamak istiyorum.

Sonuç olarak, sorumlu devlete yüklenebilir bir ihlalin mevcut olduğunu tespit etmedim.

## Yirmibirinci Bölüm

Tele 1 Privatfernsehgesellschaft / Avusturya Davası

Tele 1 Privatfernsehgesellschaft mbH –Avusturya Davası

(Başvuru Sıra no. 23118/93)

Karar

Strasbourg

25 Kasım 1999

### Avusturya'ya karşı Tele 1 Privatfernsehgesellschaft mbH davasında,

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Daire), 25 Mayıs 1999 ve 31 Ağustos 2000 tarihlerinde yaptığı kapalı oturumlarda, 31 Ağustos 2000 tarihinde aşağıdaki kararı vermiştir. Yazı İşleri Müdürü M. DE SALVIA'nın yanı sıra isimleri aşağıda belirtilen yargıçların katılımıyla bir Kurul oluşmuştur:

Bay G. Bonello,  
Bayan V. Stráznická,  
Bay P. Lorenzen,  
Bay W. Fuhrman,  
Bay M. Fischbach.

### İZLENEN YÖNTEM

1. Dava, Avusturya Cumhuriyetine karşı, merkezi Avusturya'da olan Tele 1 Privatfernsehgesellschaft mbH şirketi (başvuran) tarafından İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına Dair Sözleşmenin (bundan sonra "Sözleşme" diye geçecek) eski 25. maddesi hükümleri uyarınca 2 Temmuz 1996 tarihinde verilen 32240/96 numaralı dilekçe ile açılmıştır.
2. Başvuran, Viyana'da (Avusturya) avukatlık yapan Bay Thomas Höhne tarafından temsil edildi. Avusturya Hükümeti'nin (Hükümet) temsilcisi ise, Bay Franz Cede –Federal Dış İşleri Bakanlığı, Uluslararası Hukuk Dairesi Müdürü- tarafından temsil edildi.
3. Başvuran, Avusturya makamlarının, kendisine Viyana bölgesinde bir televizyon vericisi kurma ve işletme ruhsatı vermeyi reddetmesinin, ifade özgürlüğünün ihlali olduğunu iddia etti.
4. Başvuru, 1 Kasım 1998'de –Sözleşmenin 11 numaralı Protokolü yürürlüğe girdiği zaman (11 numaralı Protokol, madde 5 § 2).
5. Başvuru, Mahkemenin İkinci Dairesine (Mahkeme İçtüzüğü, kural 52§1). Bu Daire davaya bakmak üzere (Sözleşme, madde 27§1), İçtüzüğün 26. kuralı 1. fıkrası tarafından öngörüldüğü şekilde bir Kurul oluşturdu.
6. 25 Mayıs 1999 tarihli kararıyla Mahkeme başvuruyu kabul edilebilir buldu.
7. Başvuran ve Hükümet, davanın esasına ilişkin gözlemlerini dosyaladılar (kural 59 § 1). Mahkeme, taraflara danıştıktan sonra, davanın esasına ilişkin duruşma yapılmamasına karar verince (kural 59 § 2 –genel olarak-), başvuran taraf Hükümetin iddialarına cevap verdi.

### DAVA İLE İLGİLİ OLAYLAR

## I. DAVAYA İLİŞKİN AYRINTILAR

8. Başvuran, merkezi Viyana'da olan sınırlı sorumlu bir şirkettir. 30 Kasım 1993'de Viyana ve çevresine yayın yapacak bir verici kurma ve işletme ruhsatı verilmesi için Viyana, Aşağı Avusturya ve Burgerland Telekomünikasyon Kurumuna (Fernmeldebüro) başvurmuştu.

9. 1 Haziran 1994'de Telekomünikasyon Kurumu başvuranın isteğini reddetti. Gerekçe olarak, yayıncılığın bağımsızlığını koruma altına alan 10 Temmuz 1974 tarihli Yayıncılık Temel Kanununu (Bundesverfassungsgesetz über die Sicherung der Unabhängigkeit des Rundfunks) gösterdi. Bu kanun, yayıncılığa federal kanunlarla ruhsat verilebileceği hükmünü içeren ve böyle bir yasanın sadece Avusturya Yayıncılık Şirketi (Österreichischer Rundfunks, 'ORF') ile ilgili olarak ve bölgesel yayıncılık alanında düzenler biçimde kanunlaştırıldığını belirtmişti. Fakat, bölgesel televizyon ile ilgili hiç bir kanuni düzenleme yapılmadı. Bu nedenle yayın izni verilmedi.

10. 1 Aralık 1994'de Federal Kamu Ekonomisi ve Ulaştırma Bakanlığı (Bundesministerium für öffentliche Wirtschaft und Verkehr) başvuranın isteğini reddetti.

11. 14 Aralık 1994'de başvuran Anayasa mahkemesine yazılı bir şikayette bulundu. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Informationsverein Lentia ve Diğerleri-Avusturya (24 Kasım 1993, Seri A. no. 276) kararına atıfta bulunarak, başvuran Bakanlığın kararının Sözleşmenin 10. maddesi ile korunan ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini savundu. Başvuran, özelde, 10. madde ile uyumlu bir şekilde yorumlandığı takdirde, Yayıncılık Temel Kanununun, kanuni kısıtlamalar bulunması durumu hariç, herkesin özgürce yayın yapmasına izin verdiğini ifade etti. Başvurana göre, özel televizyon yayıncılığını düzenleyen hiç bir kanun çıkarılmadığı için, bir televizyon vericisi kurmak ve işletmek ruhsatının reddedilmesi yasal dayanaktan yoksundur. Aksi takdirde, eğer Anayasa Mahkemesinin 16 Aralık 1983 tarihli kararında -her yayıncılık faaliyetine federal yasalarla açıkça izin verilmelidir ifadesi- benimsediği yaklaşım takip edilerek değerlendirme yapılırsa, yürürlükteki hukuki durum, yasama organının ORF ve özel bölgesel radyo yayıncılığı haricinde kanuni düzenleme yapmaması olması nedeniyle, anayasaya aykırı olurdu.

12. 5 Mart 1996'da Anayasa Mahkemesi başvuranın şikayetini reddetti. Böylece 16 Aralık 1983 tarihli kararını teyit ederek, Yayıncılık Temel Kanununa göre yayıncılığın federal düzenlemelerle izne bağlanması zorunluluğunu yineledi. Şimdiye kadar ORF tarafından yapılan radyo ve televizyon yayıncılığı ve bölgesel radyo programlarının karasal yayıncılığı için kanunla düzenleme yapılmıştır. Yayıncılık Tüzüğü (Rundfunkverordnung) radyo ve televizyon programlarının 27 Eylül 1995 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı sonrasında pasif olarak yayınlamasına ve 1 Ağustos 1996'dan itibaren aktif olarak yayınlamasına izin verdi. Karasal televizyon yayıncılığı alanında ise, ORF ile ilişkili olan hariç, hiç bir kanuni düzenleme yapılmadı. Bu hukuki durum sonucunda, ORF haricindeki yayıncıların, karasal televizyon yayıncılığı yapmasına izin verilmedi.

13. Anayasa Mahkemesi, mevcut davada, bu ruhsat verme sisteminin doğrudan anayasal bir kanunla bildirildiğini ve dolayısıyla bu kanunun Anayasa Mahkemesi tarafından yeniden incelenmesine konu olmadığını söyledi. Ayrıca, özel yayıncılar tarafından karasal televizyon programları yayınlamasının kanunlara aykırı oluşu, yasama organının ilgili uygulama yasalarını çıkarmamış olmasından kaynaklandı. Bu boşluğun kapsayıcı oluşu ve sadece belli alanlara veya sorunlara atıfta bulunmaması sebebiyle, Anayasa Mahkemesinin, kanun yapıcının uygulama yasalarını çıkarmamış olmasının anayasaya uygunluğunu yeniden inceleme yetkisi yoktu. ORF'den başka diğer kanalların karasal televizyon yayını yapması imkansızlığının Sözleşmenin ihlali olup olmadığına kanunen bağlayıcı bir karar vermeye sadece Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yetkilidir.

## II. İLGİLİ ULUSAL HUKUK VE UYGULAMA

### A. 13 TEMMUZ TARİHLİ TELEKOMÜNİKASYON KANUNU

14. 13 Temmuz 1949 tarihli Telekomünikasyon Kanununa (Fernmeldegesetz) göre “haberleşme tesisatlarının kurulması ve işletilmesi hakkı yalnız federal otoritelere (Bund) verilmiştir” (bölüm 2. (1)). Fakat, sonucusu gerçek ya da tüzel kişilere belli tesisatların kurulmasına ilişkin olarak bu hakkı kullanma yetkisini verebilir (bölüm 3 (1)). Bazı durumlarda, özel mülk sınırları içerisinde bir tesisat kurma dahil, ruhsat alınmasına gerek yoktur (bölüm 5).

13 Temmuz 1949 Telekomünikasyon Kanunu, 1 Nisan 1994’te yürürlüğe giren 1993 tarihli Telekomünikasyon kanunuyla yürürlükten kaldırıldı (bölüm 53’le bağlantılı olarak (1) bölüm 48). 1993 Telekomünikasyon Kanunu için 49 (2) bölümüne göre, 1949 Telekomünikasyon Kanunu, 1993 Telekomünikasyon Kanunun yürürlüğe girmesinden önceki telekomünikasyon cihazları kurmak ve çalıştırmak için başvurulara uygulanmaya devam etti.

#### B. 1965 Yayıncılık Tüzüğü

15. 1965 tarihli Yayıncılık Tüzüğü - bölüm 20 (1) - radyo sinyallerinin alındıktan hemen sonra kullanıcıya tam olarak tekrar gönderilmesini şart koşar. Tüzüğün 24 (a) bölümünde yapılan ve 31 Temmuz 1993’te yürürlüğe giren (Resmi Gazete - Bundesgesetzblatt - no. 507/1993) değişikliğe göre, ortak bir anteni kullanmak için ruhsat sahibi olan birisi başka bir izne ihtiyaç olmaksızın kendi malzemelerini kullanarak kablolu şebeke üzerinden metin gönderebilir (1. fıkra). Bu çeşit *teletext* yoluyla, diğeri arasında, bir topluluk mensuplarına veya bir bölge halkına alfanümerik semboller, grafik işaretleri veya *teletext* sayfaları şeklinde bilgi vermek mümkündür. Bu abonelere sağlanmış ek bir hizmettir.

Bu hükümler Anayasa Mahkemesinin 27 Eylül 1995 tarihli kararıyla iptal edilmiştir (bkz. aşağıda paragraf 21).

#### C. 10 Temmuz 1974 tarihli yayıncılığın bağımsızlığını güvence altına alan Yayıncılık Temel Yasası

16. Yayıncılık Temel Kanununun 1. maddesine göre,

“...  
2.

2. Yayıncılık sınırları federal kanunla belirtilecek daha detaylı kurallarla düzenlenecektir. Böyle bir kanun, diğerk hükümler yanında, haberciliğin objektifliğini ve tarafsızlığını, fikirlerin çeşitliliğini, dengeli programcılığı ve 1. fıkrada tarif edilen kişi veya grupların bağımsızlığını garanti edecek hükümler içermelidir.

3. 1. fıkrada belirtilen anlamıyla yayıncılık bir kamu hizmeti olacaktır.”

#### D. Avusturya Yayıncılık Anonim Şirketi hakkında 10 Temmuz 1974 tarihli Kanun

17. Avusturya Yayıncılık Anonim Şirketi (Bundesgesetz über die Aufgaben und die Einrichtung des österreichischen Rundfunks) hakkındaki 10 Temmuz 1974 tarihli Kanun ile Avusturya Anonim Şirketi özerk kamu hukuku anonim şirketi statüsüyle kuruldu. Bu şirket önemli siyasi, ekonomik, kültürel ve spor olaylarını etraflı olarak haber vermek yükümlülüğündedir; bu amaçla -fikirlerin çeşitliliği ve tarafsızlık ilkeleri gereği- özellikle güncel konuları, haberleri, yorum ve eleştirel fikirleri yayınlamak zorundadır (bölüm 2 (1) (1)) ve bu görevi en az iki televizyon kanalıyla ve biri bölgesel olmak zorunda olan 3 radyo istasyonu ile yapacaktır (bölüm 3). Ulusal parlamentoda temsil edilen siyasi partilere yayın zamanı tahsis edilmelidir (bölüm 5 (1)).

Bir denetleyici kurul (Kommission zur Wahrung des Rundfunkgesetzes), bir idari makamın veya mahkemenin görevi dışına düşen yukarıda sözü edilen kanunun uygulanması ile ilgili bütün anlaşmazlıklar hakkında hüküm verir (Bölüm 25 ve 27). Bu kurul dokuz Federal hükümetin teklifi üzerine Cumhurbaşkanı tarafından 4 yıllık bir süre için atanmış olan ve hakimleri de içeren 17 bağımsız üyeden oluşur.

#### E. Anayasa Mahkemesinin 16 Aralık 1983 tarihli kararı

18. 16 Aralık 1983 tarihli kararında Anayasa Mahkemesi radyo ve televizyon yayın istasyonu kurmak ve işletmek serbestliğinin Sözleşmenin 10. maddesi 1. fıkrasında (genel olarak) ve 2. fıkrasında kanun

yapıcıya verilen yetkilere konu olduğunu ifade etti. Mahkemeye göre, Yayıncılık Temel Kanunu, bütün bu çeşit faaliyetlere federal kanun yapıcı tarafında ruhsat verilmesini gerektiren bir sistem getirdi. Bu sistem bağımsızlık ve fikirlerin çeşitliliğini temin etmeyi istedi ve eğer gerekli ruhsatı elde etmek herkes için mümkün olsaydı bu sistem etkisiz olacaktı. Bu kuruluşun yönetimini düzenleyen kanuna ilaveten hiç bir uygulama yasası çıkarılmadığından dolayı yayın yapma hakkı ORF ile sınırlı kaldı.

#### F. İdare Mahkemesinin 8 Temmuz 1992 tarihli Kararı

19. 8 Temmuz 1992’de İdare Mahkemesi 10 Temmuz 1974 tarihli Yayıncılık Temel Kanununun kablo ile yapılan ‘pasif’ yayıncılığı -diğer bir deyişle, antenle alınan programları hiç bir değişiklik yapmadan kablo ile yayınlamak - kapsamadığına karar verdi. Bu karardan çıkarılan sonuca göre, böyle programların yabancı bir istasyondan çıkması ve ekseriyetle veya münhasıran Avusturya seyircisine yöneltilmesi gerçeği, bu çeşit işletme tarzı için gerekli ruhsatın reddedilmesine esas teşkil etmez.

#### G. 9 Temmuz 1993 tarihli Bölgesel Yayıncılık Kanunu

20. 1 Ocak 1994’de yürürlüğe giren, 9 Temmuz 1993 tarihli Bölgesel Yayıncılık Kanunu (Regionalradio-gesetz) yerel ve bölgesel karasal radyo istasyonlarına ruhsat vermeyi düzenler. Bölgesel Yayıncılık Kanunu her bir federal devlet (Länder) için bir radyo ruhsatı tahsis edilmesini -bu ruhsatlardan iki tanesinin Viyana için ayrılmasını- ve yerel talep olduğu takdirde de gereken ruhsatın verilmesini öngörür (bölüm 2). Her program tarafsızlık ve fikirlerin çeşitliliğine ilkelerine uymak zorundadır (bölüm 4).

#### H. Anayasa Mahkemesinin 27 Eylül 1995 Tarihli Kararı

21. Anayasal Mahkemesi 1 Ağustos 1996 da yürürlüğe giren 27 Eylül 1995 tarihli kararıyla Yayıncılık Tüzüğü’nün 20 (1) bölümünün ikinci cümlesini ve 24. bölümün (a) kısmını- diğer bir deyişle, kablo ağı ile yayın yapmayı başkaları tarafından yapılan programların yeniden verilmesi (“kablo ile pasif yayıncılık”) ve metinlerin nakledilmesi ile sınırlayan kuralları- Sözleşmenin 10. maddesine aykırı olduğu gerekçesi ile iptal etti.

Bu hususta Anayasa Mahkemesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 24 Kasım 1993 tarihindeki Informationsverein Lentia ve Diğerleri - Avusturya (loc. cit) davasında verilen hükme açık olarak atıfta bulundu. Böylece, 1 Ağustos 1996’dan itibaren orijinal programların kablo ile gönderilmesi (“aktif kablolu yayıncılık”), pasif kablolu yayıncılıkta olduğu gibi kanunen mümkün olmuştur.

#### I. 1997 tarihli Kablolu Yayın ve Uydu Yayıncılığı Hakkında Kanun

22. 1 Temmuz 1997’de yürürlüğe giren 1997 Kablolu ve Uydulu Yayıncılığı Hakkındaki Kanun (Kabel- und Satelliten-Rundfunkgesetz) uydu yayıncılığı için Yayıncılık Kurumundan (bölüm 3 (1)) ruhsat alınmasını şart koşar. Kablolu yayıncılık bu kuruma bildirilmek zorundadır. Bildiri bölüm 5 ve 6’nın gereklerine uyulduğunu göstermek zorundadır (bölüm 4 (1) ve (2)). Kablolu yayın ve uydu yayıncılığı yapanlar Avusturya vatandaşı veya Avusturya’da merkezi bulunan bir tüzel kişilik olmak zorundadırlar (bölüm 5 (1)). Bazı tüzel kişiler, örneğin kamu hukuku kurumları, siyasi partiler ve ORF, kablolu yayın ve uydu yayıncılığı yapmaktan men edilmişlerdir (bölüm 5 (2)). Avusturyalı ve yabancı günlük gazete ve haftalık dergilerin sahipleri de kablo ve uydu yayıncılığından men edildiler (bölüm 6 (1)). Uydu yayıncılığı ruhsatı için müracaatta bulunanlar 5. ve 6. bölümlerin gereklerine uyulduğunu ispat etmek zorundadırlar (bölüm 8 (1)). Ayrıca, programın özel bir alanda uzmanlaştığı durumlar haricinde, başvuru sahibi aşağıdaki gereklere uyacağını ispatlamak zorundadır. Başvuran, tarafsızlık ve fikirlerin çeşitliliğine ilkesine uymak zorundadır ve yayınlarında yayın yapılan bölgenin toplumsal, kültürel ve ekonomik hayatını yeterli biçimde yansıtacaktır. Bundan başka, toplumda ilgili kişilerin olduğu gibi kuruluşlara da kendi fikirlerini ifade imkanı verecektir (bölüm 8 (2) ve bölüm 14).

## HUKUKSAL NEDENLER

### I.SÖZLEŞMENİN 10. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

23. Başvuran, kendisine Viyana bölgesinde bir televizyon vericisi kurmak ve işletmek için ruhsat verilmemesinin, Sözleşmenin 10. maddesini ihlal ettiği konusunda şikayette bulundu. Bu maddeye göre:

“1. Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğünü, kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber ve fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerir.

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.”

24. Mahkeme, şikayet edilen kısıtlamaların, başvuranın haber ve görüşlerini yayma özgürlüğünü kullanmasına “müdahale” niteliğinde olduğu görüşündedir. Bu görüşe itiraz etmemiştir. Dolayısıyla, kısıtlamanın 10. maddede belirtilen nedenlerle haklı bulunup bulunamayacağı sorunu ortaya çıkar.

25. Mahkeme, 10. maddenin birinci fıkrası üçüncü cümlesini, ruhsat rejimi oluşturmak vasıtasıyla devletlere ülkelerinde yayıncılığı -özellikle teknik gerekler yönünden- düzenlemelerine izin verdiğini; böyle bir düzenlemenin teknik şartlar yanında, örneğin kurulmak istenilen tesisin niteliği ve amaçları, ulusal, bölgesel ve yerel düzeydeki olası dinleyici kitlesi, belli izleyici grubunun hakları ve ihtiyaçları, uluslararası sözleşmelerden çıkan yükümlülükler vb. gibi diğer mülahazaları da içerebileceğini açıkça belirttiğini hatırlatır. Böylece, ikinci fıkrada belirtilen amaçlardan hiçbirine uymasalar bile, amacı birinci fıkranın üçüncü cümlesine göre meşru olan kısıtlamalara yol açabilecektir. Bununla beraber bu tür müdahalelerin Sözleşmeye uygunluğu, ikinci fıkrada belirtilen diğer gerekler ışığında değerlendirilecektir (bkz. Informationsverein Lentia ve Diğerleri-Avusturya Kararı, 24 Kasım 1993, Series A. no. 276, s. 14, § 32).

Mahkeme, Avusturya’da yürürlükte olan tekel rejiminin -ilgili makamların kendilerine verilen basın yayın kurumlarını denetleme yetkileri vasıtasıyla- programların kaliteli ve dengeli olmasına katkıda bulunduğu ve bu rejimin 10. maddenin 1. fıkrası 3. cümlesi ile uyum içerisinde olduğunu daha önce belirtmişti (bkz. yukarıda atıfta bulunulan Informationsverein Lentia ve Diğerleri kararı, s.15, § 33; ve 20 Kasım 1997 tarihli Radio ABC-Avusturya kararı, Reports of Judgments and Decisions 1997-VI, ss. 2197-98, § 28). Mevcut davada, bu sistemin 10. maddenin ikinci fıkrasında sıralanan şartlarla da uzlaşırlığını araştırmak gerekir.

#### A. Müdahalenin “kanunla öngörülmüş” olup olmadığı

26. Başvuran müdahalenin “kanunla öngörüldüğünü” kabul etmedi ve Yayıncılık Temel Kanunu uyarınca -bu kanun Sözleşmenin 10. maddesi ile uzlaşır biçimde yorumlandığında- yasama organının özel karasal yayıncılık ile ilgili kanun yapmak zorunda olduğu görüşünü savundu. Başvurana göre, bu güne kadar olduğu gibi konunun ulusal mahkemelerde görüşüldüğü dönemde de, bu tür yayıncılık için ruhsat alınmaması, yasama organının pasif kalmasından kaynaklanmıştır. Böylece fiili bir yasaklama söz konusuydu.

27. Hükümet, kendi bakış açısından, şikayet edilen müdahaleye, yayıncılığa federal yasama organı tarafından izin verilmesi gerektiğini belirten Yayıncılık Temel Kanununun birinci maddesi ikinci fıkrasının kanuni bir dayanak oluşturduğunu öne sürdü (bkz. yukarıda paragraf 16). Karasal televizyon yayıncılığı alanında böyle bir kanuni düzenleme sadece ORF ile ilgili olarak yapılmıştı.

28. Mahkeme, Hükümetin başvurana yayın ruhsatı verilmemesinin iç hukukta dayanağı - Yayıncılık Temel Kanununun birinci maddesi ikinci fıkrası- olduğuna katılır. Bundan başka, Mahkeme iç hukuku yorumlama ve uygulamanın öncelikle ulusal makamların -özellikle mahkemelerin- işi olduğunu hatırlatır (bkz. 25 Mart 1985 tarihli Barthold-Almanya kararı, Series A no. 90, s. 22, § 48). Yerleşmiş içtihat hukuku kuralına göre, Avusturya Anayasa Mahkemesi, bu şartı yayıncılığa açık olarak federal kanunlarla izin verilmesi gereklidir, biçiminde yorumladı (bkz. yukarıda paragraf 18). Bu nedenle, Avusturya Anayasa Mahkemesi bu davada özel televizyon yayıncılık kanununu çıkarılmadığı için ORF'den başka yayıncılara karasal yayıncılık yapma izni verilmediğini belirtti. Bu şartlarda, Mahkeme şikayet edilen müdahalenin "kanunla öngörülmüş" olduğu görüşündedir.

B. Müdahalenin meşru bir amaç güdüp gütmeyeceği

29. Müdahale, Mahkemenin daha önce meşru amaç olduğuna hükmettiği bir amaç gütmüştür (bkz. yukarıda paragraf 25). Bu görüşe taraflar itiraz etmemiştir.

C. Müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı"

30. Tarafların savunmaları söz konusu müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekip gerekmediği" sorusu üzerine yoğunlaştı.

31. Başvuran, ulusal mahkemenin karşı çıkılan kararı verildiği zaman, ORF'nin hala televizyon yayıncılığı alanında tam bir tekel olduğunu yineledi. Kanunda daha sonra yapılan değişikliklere gelince -bu değişiklikler özel yayıncıların kablolu yayın ve uydu yayıncılığı yapmalarına izin vermiştir, başvuran bu alternatiflerin seyircinin ulaşımı açısından karasal yayıncılıkla kıyaslanamayacağını ileri sürdü.

32. Başvuran, mevcut haliyle karasal televizyon yayıncılığında var olan ORF tekelinin haklı görülemeyeceğini savundu. İlk olarak, karasal yayıncılık için üçüncü bir frekans mevcuttu ve bu frekans çeşitli özel bölgesel ve yerel yayıncılara tahsis edilebilirdi. İkincisi, ORF'nin programları, biraz daha fazla kapsamlı içeriğe sahip programları hariç, Avusturya'da kablo ve uydu sistemleri vasıtasıyla seyredilebilen özel Alman yayın kuruluşlarının programlarından çok fazla farklı değildi. Fakat, haberlerin kapsamındaki farklılıklar, iki frekansın sadece ORF'ye tahsis edilmesini haklı kılamazdı. Son olarak, karasal yayıncılık alanında, özel yayıncılara açıkça belirtilen şartların yerine getirilmesi durumunda ruhsat verilmesi ya da ORF'nin faaliyetlerine özel yayıncıların katılımının sağlanması gibi ORF tekelinden daha az kısıtlayıcı olabilecek alternatifler mevcuttu. Özetle, ORF'nin karasal televizyon yayıncılığı tekeli mevcut haliyle yayıncılık temel kanununda anlatılan amaçları gerçekleştirmek için gerekli değildi; aksine sadece ORF'nin yayıncılık endüstrisindeki liderlik durumunun güvence altına alınması amacıyla hizmet ediyordu.

Başvuran, analog yayıncılıktan dijital yayıncılığa yönelen mevcut teknik değişimin şimdilik üçüncü bir frekansın tahsis edilmemesini haklılaştırdığı biçimindeki Hükümet savunmasına itiraz etti. Belli sayıda frekans ve kanal üzerinden çok daha fazla miktarda veri aktarılmasını mümkün kılan dijital sisteme geçiş sonrasında, bir frekans bir kaç özel yayıncı tarafından kullanılabilirdi. Bundan başka, dijital sisteme geçildiğinde ORF bütün kanallarını sadece tek bir frekans kullanarak yayımlayabilirdi.

33. Hükümet, Avusturya yayıncılık kanununun Informationsverein Lentia ve Diğerleri kararından bu tarafa kademeli bir değişim geçirdiğini ve şimdi Sözleşmenin 10. maddesi ile uyumlu hale geldiğini ileri sürdü. Hükümetin ifadesine göre, ORF'nin karasal yayıncılık alanındaki tekelinin mevcut haliyle Yayıncılık Temel Kanununda belirtilen amaçların gerçekleştirilmesi için -özellikle ORF'nin, Yayıncılık Komisyonunun denetimine tabi olması nedeniyle- uygun bir vasıtaydı. Avusturya'nın topografik yapısı nedeniyle, karasal yayıncılık için kullanılacak sadece üç frekans mevcuttu ve bunlardan ikisi ORF'ye tahsis edilmişti. Diğer frekansları özel bir yayıncıya tahsis etmek ise özel bir tekel oluşturulması boyutuna ulaşabilirdi. Yasama organının, kısıtlı bir kaynak niteliğindeki frekansları ORF için saklı tutarken, özel yayıncılara kablolu yayın ve uydu aracılığı ile yayın yapma hakkı verilmesi, Taraf Devletlere bu alanda tanınan takdir marjı içerisinde değerlendirilmelidir.

Hükümet bunlara ilaveten, üçüncü frekansın ulusal ve yerel düzeyde faaliyet gösteren yayıncılara tahsis edilmesine izin veren özel televizyon yayıncılığına ilişkin bir kanun tasarısının Parlamento'ya sunulduğunu da bildirdi. Fakat, bu tasarının kanunlaştırılması, televizyon yayıncılığı alanında kaydedilen hızlı teknik gelişme -analog yayıncılıktan dijital yayıncılığa geçiş- nedeniyle ertelendi. Ne de olsa, karasal televizyon yayıncılığı fazla masraf-yoğun bir faaliyet alanıdır ve bu nedenle değişim döneminde özel yayıncılara kısa-dönemli olarak frekansların ücretsiz tahsisi karsız olabilirdi.

34. Mahkeme, Taraf Devletlerin, müdahalenin gerekliliğini değerlendirirken bir takdir marjına sahip olduğunu, fakat bu yetkinin Sözleşme ile kurulan kavramların denetimi ile birlikte var olduğunu ve bu denetimin kapsamının davanın somut şartlarına göre değişebileceğini hatırlatır. Eldeki davaya benzer davalarda -ki bu tür davalarda 10. maddenin birinci fıkrası ile korunan hak ve yetkilerin kullanılmasına bir müdahale söz konusudur - Mahkemenin sıkça vurguladığı gibi, söz konusu hakkın önemi nedeniyle denetim titiz olmalıdır. Müdahalenin gerekliliği ikna edici bir biçimde tesis edilmelidir (diğer güvenilir kaynaklar yanında bkz, yukarıda bahsedilen Informationsverein Lentia ve Diğerleri kararı, s. 15, § 35; ve yukarıda bahsedilen Radio ABC kararı, s. 2198, § 30).

Belirtilen durumun mevcut davada söz konusu olup olmadığına karar vermek için Mahkeme, üç dönemden her birini ayrı ayrı inceleyecektir:

1. Birinci dönem: Telekomünikasyon Kurumuna yapılan müracaattan (30 Kasım 1993), 27 Eylül 1995 tarihli Anayasa Mahkemesi kararının yürürlüğe girmesine (1 Ağustos 1998) kadar olan dönem.

35. Mahkeme, birinci dönemde, ORF haricinde hiç bir istasyona bir televizyon vericisi kurma ve işletme belgesi verilmesinin dayanacağı hiç bir kanuni dayanağın var olmadığını hatırlatır. Bu bakımdan, başvuranın durumu, yukarıda bahsedilen Informationsverein Lentia ve Diğerleri davasında başvuranların durumundan farklı değildir.

Bundan dolayı, söz konusu dönemde 10. madde ihlal edilmiştir.

2. İkinci dönem: 27 Eylül 1995 tarihli Anayasa Mahkemesi kararının 1 Ağustos 1996'da yürürlüğe girmesinden, Kablolu Yayıncılık ve Uydu Yayıncılığı Kanununun 1 Temmuz 1997'de yürürlüğe girmesine kadar olan dönem.

36. Mahkeme, 27 Eylül 1995 tarihli Anayasa Mahkemesi kararının 1 Ağustos 1996'da yürürlüğe girmesi sonrasında, karasal televizyon yayıncılığı alanında hâlâ ORF tekel yetkisini korumasına rağmen, özel yayıncılar, hiç bir kayda tabi olmaksızın programlarını oluşturmak ve kablolu televizyon sistemi aracılığı ile yayınlamakta özgür bırakılmışlardı.

37. Hükümetin savunduğu başlıca görüş, Avusturya'nın topografik durumu nedeniyle kullanılabilir frekans sayısının azlığının, Yayıncılık Temel Kanununda yer alan amaçların gerçekleştirilmesi için bu frekansların ORF'ye tahsisini haklı kıldığı şeklindedir.

38. Mahkeme daha önce, uzun yıllardır kaydedilen teknik gelişme nedeniyle kullanılabilir frekanslar ve kanalların sayısına ilişkin değerlendirme yapılırken ulusal bir istasyonun yayıncılık tekeline gibi geniş kapsamlı kısıtlamaları haklılaştırmanın artık anlaşılabilir olduğu görüşüne ulaşmıştı (bkz. yukarıda alıntı yapılan Informationsverein Lentia ve Diğerleri kararı, s. 16, § 39). Bu nedenle, özel yayıncıların kablolu yayın yapmalarına izin verirken, karasal televizyon yayıncılığı hakkını ORF'ye tahsis etmek -ki bu ORF'nin daha önceki tam bir yayıncılık tekeline sahip olması durumundan daha az kısıtlayıcıdır- Sözleşmenin 10. maddesine uygun bir çözüm sağlanıp sağlanmadığı sorunu gündeme getirir.

39. Başvuran bu görüşe, kablolu televizyonun özellikle seyircinin ulaşma kolaylığı açısından karasal televizyon ile karşılaştırılmayacağı görüşünü savunmak suretiyle karşı çıktı. Başvuran, ORF tarafından yapılan bir araştırmaya atıfta bulunmak suretiyle, Viyana'da tahminen 762.000 hanenin karasal televizyon yayınlarını ve 425.000 hanenin -önceki rakamın %56'sı- kablolu televizyon yayınlarını izleyebildiğini belirtti. Hükümet bu rakamların doğruluğunu onayladı. Buna ilaveten Hükümet, Haberleşme ve Yayıncılık Kuruluşları Teşkilatı'ndan edinilen bilgilere atıfta bulunarak, içinde yer aldıkları binaların kablo tesisatına sahip olması dolayısıyla Viyana'da tahminen 798.000 hanenin kablolu yayın ağına bağlantı kurabildiklerini belirtti. Önde gelen bir Viyana kablolu yayın ağı

işleticisi şirketten elde ettiği bilgiye dayanarak, başvuran da benzeri rakamları sundu. Viyana’da televizyon yayını olan tahminen 850.000 hane - bunlardan yaklaşık 435.000’i kablolu yayın ağına bağlantılı olup 415.000’inin henüz bağlantısı yoktur- içinde buldukları binada ya da en azından yakın çevredeki bir binada kablo tesisatı var olması nedeniyle kablolu yayın olabilir durumdaydı. Fakat, başvuran bunun gerçekleşmesi için tesisat masrafı yapılması gerekebileceğini belirtti.

40. Mahkeme, bazı uyumsuzluklar olmasına rağmen, yukarıdaki rakamlardan Viyana’da televizyon yayını alan hemen her hanenin kablolu televizyon ağına bağlanma ihtimalinin varlığının belli olmasına dikkat çeker. Bu şartlar altında, Viyana bölgesinde kablolu televizyon yayıncılığının karasal televizyon yayıncılığına sağlam bir alternatif niteliğinde olduğu konusunda tatmin olmuştur. Bu nedenle, başvuranın haber verme hakkına karasal yayın yapma ruhsatı verilmemesi nedeniyle ortaya çıkan müdahalenin, Yayıncılık Temel Kanununun öngördüğü bir ulusal kanal vasıtasıyla haberciliğin tarafsızlığı ve objektifliğini ve fikirlerin çeşitliliğini güvence altına alma gibi amaçlarla orantısız olduğu artık düşünülemez.

41. Mahkeme, başvuranın ileri sürdüğü, örneğin radyo yayıncılığı alanında 1993 tarihli Bölgesel Yayıncılık Kanununda (bkz. yukarıda 20. paragraf) öngörüldüğü gibi ORF’nin faaliyetlerine özel yayıncıların katkıda bulunmasına izin verilmesi ya da kullanılabilir üçüncü frekansın bölgesel ve yerel özel yayın kuruluşlarına tahsis edilmesi yoluyla özel yayıncıların karasal yayıncılık yapabilmelerinin tercih edilmesi gerektiği görüşünü inandırıcı bulmamıştır. Kısacası Mahkeme, incelenen dönemde var olan durumun, Sözleşmenin 10. maddesi ile uyum içerisinde olduğuna hükmeder. Bu nedenle bu dönemde Sözleşmenin 10. maddesi ihlal edilmiştir.

3. Üçüncü: Kablolu Yayın ve Uydu Yayıncılığı Kanununun yürürlüğe girmesinden (1 Temmuz 1997) günümüze kadar olan dönem.

42. Mahkeme, 1 Temmuz 1997’de yürürlüğe giren Kablolu Yayın ve Uydu Yayıncılığı Kanununa göre, kablolu yayıncılık için yetkili makama bildirilmesi ve buraya belli şartlara uyulduğunun gösterilmesi gerektiğine, uydu yayıncılığı için ise ruhsat alınması gerektiğine dikkat çeker.

Fakat, başvuran ne herhangi bir kablolu yayın faaliyetinde bulunacağını bildirmiş, ne de uydu yayıncılığı ruhsatı almak için başvuruda bulunmuştur. Bu nedenle, Mahkemenin üçüncü dönem hakkında bir hüküm vermesine gerek yoktur. Çünkü, mahkemenin görevi, somut bir olgu olmaksızın kanunun Sözleşmeye uygun olup olmadığına karar vermek değildir (bkz. yukarıda atıfta bulunan Radio ABC kararı, ki bu kararda başka kaynaklara da atıf vardır, p.2200, § 37).

#### 4. Sonuç

43. Sonuçta, incelenen ilk dönemde Sözleşmenin 10. maddesi ihlal edilmiş; ikinci dönemde ise herhangi bir ihlal söz konusu olmamıştır.

## II. SÖZLEŞMENİN 41. MADDESİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ

44. Sözleşmenin 41. maddesi şu hükmü içerir:

“Eğer Mahkeme, Sözleşmenin ya da Ek Protokollerin ihlal edildiği hükmüne varırsa ve eğer Sözleşmeci tarafın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen gidermeye elverişli ise, Mahkeme kararında gerektiği takdirde zarar gören tarafa adil bir tatmin şekline hükmolünür.”

#### A Tazminat

45. Başvuran, 143.954, 31 Avusturya Şilini (ATS) maddi zararlarla ilgili olmak üzere, toplam 402.219, 31 ATS ödenmesini istedi. Maddi zararın, işletme ruhsatı verilmesi talebinin reddedilmesinden kaynaklandığını ileri sürdü. Hükümet bu konuda bir yorum yapmadı.

46. Mahkeme, maddi tazminat isteğinin, eğer Avusturya kanunları Sözleşmenin 10. maddesine uygun bir tarzda düzenlenmiş olsaydı başvuranın istediği ruhsatı alabileceği varsayımı üzerine dayandığını

göz önüne alır. Fakat, bu varsayım, bir tahmin niteliğindedir; bu alanda yetkililerin takdir edebilme hakkı göz önüne alınmalıdır. Bu nedenle, maddi tazminat ödenmesine gerek yoktur.

B: Dava masrafları ve harcamalar

47. Başvuran, milli mahkemeler ve Strasbourg'daki davalarda kanuni temsil masrafı olarak ödenen 258.265 ATS miktarında bir meblağın geri ödenmesini istedi. Hükümet bu konuda bir yorum yapmadı.

48. Mahkeme, hakkaniyete uygun bir değerlendirme yaparak ve benzeri davalarda ödenmesine hükmedilen tazminat miktarlarını göz önüne alarak (bkz. yukarıda atıfta bulunan Informationsverein Lentia ve Diğerleri kararı, ss. 17-18, § 47 ve yukarıda atıfta bulunan Radio ABC Kararı, s. 2201, § 44), başvurana bu başlık altında 200.000 ATS ödenmesine karar verdi.

C. Gecikme Faizi

49. Mahkemenin edindiği bilgiye göre, bu kararın verildiği tarihte Avusturya'da uygulanan kanuni faiz oranı yıllık %4'tür.

**BU GEREKÇELERLE MAHKEME, OY BİRLİĞİ İLE**

1. 30 Kasım 1993'ten 1 Ağustos 1996'ya kadar olan dönemde Sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiğine;
  2. 1 Ağustos 1996'da 1 Temmuz 1997'ye kadar olan dönemde Sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edilmediğine;
  3. [a] Aleyhine dava açılan devletin, bu kararın Sözleşmenin 44. maddesi 2. paragrafı gereğince kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde başvurana 200.000 (iki yüz bin) Avusturya Şilinini mahkeme masrafları ve harcamalar karşılığı olarak ödemesine;  
[b] Yukarıda bahsedilen üç aylık sürenin sonundan itibaren ödemenin yapıldığı güne kadar olan süre için yıllık %4 oranında faiz uygulanacağına;
  4. Başvuranın adil bir tazmin şekline hükmolunmasına ilişkin diğer isteklerinin reddine;
- karar verdi.

Metin İngilizce olarak yazıldı ve Mahkeme İçtüzüğü'nün 77. kuralı 2. ve 3. fıkraları uyarınca 21 Eylül 2000 tarihinde yazılı olarak bildirildi.

Erik Fribergh                      Christos L. Rozakis  
Yazışları Müdürü              Başkan

Sözleşmenin 45. maddesi ikinci fıkrası ve Mahkeme İçtüzüğü'nün 74. kuralı ikinci fıkrası gereğince, Bay G. Bonello'nun aynı yöndeki görüşü bu karara eklenmiştir.

C.L.R.  
E.F.

**HAKİM BONELLO'NUN AYNI YÖNDEKİ GÖRÜŞÜ**

İkinci dönemle (1 Ağustos 1996'dan 1 Temmuz 1997'ye kadar) ilgili olarak, çoğunluk gibi 10. maddenin ihlal edilmediği görüşündeyim. Mevcut davada, ifade özgürlüğü üzerinde ORF'nin karasal yayıncılık alanında tekel olmasından kaynaklanan olumsuz etkinin, bu dönemde kablolu televizyon yayıncılığının güvenilir bir alternatif olarak mevcut olması vasıtasıyla dengelendiği görüşüne katılıyorum. Kablolu televizyon ağının kurulması ve işletilmesinin yayıncıya aşırı bir yük getirdiğine ya da bu tür yayın ağına bağlanmanın ve abone olmanın aboneler için önemli bir miktarda mali külfet yüklediğine ilişkin dosyada çok az delil mevcuttur.

Kablolu televizyonun yayıncı ve seyirci için karasal televizyondan çok daha ağır bir maliyeti olduğu ispat edilseydi, görüşüm büyük ölçüde farklı olurdu. Düşüncelerin ve bilginin serbestçe yayımının esas

unsurları konusunda, Şu noktaların en önemli olduğuna inanıyorum: (a) kural olarak, bir kimse, benzeri fikirleri ve bilgileri alırken veya yayarken başkalarına (mali veya herhangi bir) zarar yüklememelidir; ve (b) basın-yayın alanında bir tekel oluşturulmasının zararlı etkileri, sadece, seyirciye tekelin yüklediği yükten daha ağır bir yük getirmeyen, kolaylıkla ulaşılabilir seçeneklerin varlığı ile hakkıyla dengelenebilir.

Karasal ve kablolu televizyonların eşit ölçüde ulaşılabilir olduğu durumlarda, Sözleşmenin 10. maddesi gereğinden fazla zorlanmış olmaz. Kablolu televizyon seçeneği sadece zenginlerin eğlenmeleri için kullanılabilir bir araç niteliğinde olsaydı, ihlalin var olduğu yönünde oy kullanırdım.

## **Yirmiikinci Bölüm**

### **Sonuç**

#### **AIHM Kararlarının Türk Hukukuna Etkisi**