

BATMAN 2. AĞIR CEZA MAHKEMESİ

Dosya no. 2017/726 Esas

Türkiye Cumhuriyeti
Batman Cumhuriyet Başsavcılığı

İddia Makamı

- ve -

Çayan Demirel

Sanık

Ertuğrul Mavioğlu

Sanık

ARTICLE 19 UZMAN MÜTALAASI

Giriş

- İşbu bilirkişi raporu, dünya genelinde ifade özgürlüğü ve bilgi edinme özgürlüğü haklarını korumak ve desteklemek amacıyla çalışan bağımsız bir insan hakları örgütü olan ARTICLE 19: Küresel Özgür İfade Kampanyası (ARTICLE 19) tarafından hazırlanmıştır. Sayın Çayan Demirel'i temsil eden Avukat Meral Hanbayat ile Sayın Ertuğrul Mavioğlu'nu temsil eden Avukat Rozerin Seda Kip tarafından, bu şahıslara yöneltilen suçlamaların ifade özgürlüğü alanındaki uluslararası standartlar ve Avrupa standartları açısından uygunluğu hususunda danışmanlık sağlamamız talep edilmiştir. İşbu raporun, Batman 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nde hâlen görülmekte olan davalarda, sanıklara dayanak oluşturacağını anlamış bulunuyoruz.
- İşbu raporda, sanıkların yargılandığı 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu 7/2 Maddesi kapsamındaki hükümlerin ifade özgürlüğü alanındaki uluslararası standartlara ve Avrupa standartlarına uygun olmadığı kanaatine varmış bulunuyoruz. Uluslararası ve Avrupa insan hakları hukuku çerçevesinde yeterli hukukî dayanak gereksinimi karşılandığı değerlendirilse dahi, savcılık makamının takdir yetkisini ifade özgürlüğünün gerekleri doğrultusunda kullanmaktan kaçınmasının, sanıklara yöneltilen suçlamaların uluslararası ve Avrupa insan hakları hukuku kapsamında hukuka aykırı olduğu anlamına geldiği kanaatindeyiz. Sanıkların hüküm giymesi durumunda, mahkûmiyetleri

de aynı ölçüde ifade özgürlüğü hakkının lüzumsuz şekilde engellenmesini teşkil edecektir.

ARTICLE 19'in ifade özgürlüğü ve ulusal güvenlik alanlarındaki uzmanlığı

3. ARTICLE 19, ifade özgürlüğü ve bilgi edinme özgürlüğü alanlarındaki ilerici standartların uluslararası ve bölgesel düzeylerde gelişimi ve bu standartların ulusal yasal sistemlerde uygulanması için savunuculuk faaliyetleri yürüten uluslararası bir sivil toplum kuruluşudur. ARTICLE 19, bugüne dek, ifade özgürlüğünden ulusal güvenliğe, bilgiye erişimden gösteri yapma hakkına, çok çeşitli konularda, uluslararası ve karşılaştırmalı hukuk ile örnek uygulamalara dayanarak birtakım standart belirleyici belge ve politikalar üretmiştir. Bu yayınlar ve ARTICLE 19'in kapsamlı hukukî uzmanlığı doğrultusunda, kuruluş, düzenli olarak ulusal ve bölgesel düzeylerde insan hakları davalarına katılmakta, ifade özgürlüğü hakkını etkileyen yasa teklifleri ile mevcut kanunlar hakkında yorumda bulunmaktadır. Dünya genelinde olumlu hukuk reformu çabalarını desteklemek suretiyle 1998'den bu yana sürdürülen bu analitik çalışma, sıklıkla ulusal yasa tekliflerinin kayda değer ölçülerde gelişim göstermesi sonucunu doğurmuştur.
4. ARTICLE 19, ifade özgürlüğüne etki eden terörle mücadele mevzuatı alanında özel olarak uzmanlık sahibidir. Bu; Ulusal Güvenlik, İfade Özgürlüğü ve Bilgiye Erişim Hakkında Johannesburg İlkeleri'nin yayınlanmasını¹, Birleşik Krallık², Tunus³ veya Rusya⁴ gibi ülkelerin ceza kanunlarındaki terör suçlarının analizini ve son olarak İngiltere ve Galler Temyiz Mahkemesi'nde görülen Miranda Davası gibi kamuoyunca iyi bilinen ulusal güvenlik davalarına katılmayı içermektedir.⁵ ARTICLE 19, Mayıs 2016'da, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği tarafından Antalya'da, Türk Yüksek Mahkemeleri için düzenlenen uluslararası atölyede, Türk hâkimlere "Terörle Mücadele Ederken İfade Özgürlüğünü Savunmanın Uluslararası Standartları" konulu bir eğitim vermiştir.

İşbu bilirkişi raporu, ARTICLE 19'in yukarıda ana hatlarıyla belirtilen geniş çaplı hukuk analizine ve uzmanlığına dayanmaktadır. Bizim kanımızca, Türkiye, Medeni ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'ye ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olduğundan ve söz konusu sözleşmeleri imzaladığından, mevcut davadaki Türk mahkemeleri uluslararası ve Avrupa insan hakları hukukunu dikkate almak durumundadır. Mahkemeler, bilhassa ulusal güvenlik bağlamında ifade özgürlüğü hakkının korunmasına ilişkin

¹ <https://www.article19.org/resources.php/resource/1803/en/johannesburg-principles-on-national-security,-freedom-of-expression-and-access-to-information>

² <https://www.article19.org/resources.php/resource/448/en/united-kingdom:-submission-on-terror-legislation-to-icj>

³ <https://www.article19.org/resources.php/resource/38348/en/tunisia:-human-rights-and-counter-terrorism>

⁴ <https://www.article19.org/resources.php/resource/692/en/russia:-amendments-to-extremism-legislation>

⁵ <https://www.article19.org/resources.php/resource/38236/en/uk:-free-speech-groups-welcome-win-for-press-freedom-in-miranda-case>

uluslararası standartlara ve Avrupa standartlarına usulüne uygun olarak uymak zorundadır

Özet

6. İşbu bilirkişi raporunda, ARTICLE 19 şu konulara değinmektedir: (i) davaların unsurları; (ii) ifade özgürlüğü ve terör suçlarına ilişkin dayanak oluşturan uluslararası standartlar ve Avrupa standartları; (iii) sanıkların yargılanmakta olduğu 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu 7/2 Maddesinin mevzubahis standartlara uygunluğu; ve (iv) sanıkların suçlandığı davanın mahiyetine ilişkin bizim değerlendirmemiz.

I. Davanın unsurları

7. Sanık Sayın Çayan Demirel, Türkiye'deki tarihî olaylar üzerine film çekmiş bir belgesel sinemacıdır. Sayın Demirel, 2009'da Altın Portakal Film Festivali'nden, Ankara Film Festivali'nden ve Sinema Yazarları Derneği'nden (SIYAD) En İyi Belgesel Film dalında çeşitli ödüllere değer görülmüştür. Sanık Sayın Ertuğrul Mavioğlu, gazeteci, yazar ve belgesel sinemacıdır. Otuz yılı aşkın bir süre boyunca çeşitli TV kanallarında ve gazetelerde gazeteci olarak çalışan Sayın Mavioğlu, araştırmacı gazetecilik alanında Çağdaş Gazeteciler Derneği tarafından iki kere ödüle layık bulunmuştur. Sayın Mavioğlu, Türkiye'de derin devleti konu alan iki kitaplık bir serinin yanı sıra, 1980 askerî darbesi hakkında da üç tarihî kurmaca dışı kitap yazmıştır. Her iki sanık da bu davanın merkezindeki belgeselin yönetmenliğini üstlenmişlerdir.
8. 2013'te, sanıklar, Türkiye'nin güneydoğusunda bulunan dağlardaki PKK mensuplarının gündelik yaşamları üzerine bir belgesel çekmişlerdir. Söz konusu belgesel, PKK mensuplarını oyun oynarken, yemek pişirirken ve yerken, dağlarda gezerken veya idman yaparken göstermektedir. Bunun yanı sıra, belgesel, PKK mensuplarının kadının toplumdaki rolü gibi konularda fikir beyan ettikleri veya neden PKK'ya katıldıklarını açıkladıkları söyleşiler de içermektedir. Belgeselin çekimi sırasında, Türk devleti ile PKK arasında barış süreci devam etmekteydi. Ateşkes ilan edilmişti. Belgeselin başlığı, "Bakur," Kürt bölgesinin Türk sınırları içerisinde kalan kuzey kısmına karşılık gelmektedir.
9. Söz konusu belgeselin amacı, fragmanda aktarıldığı üzere, izleyicileri "*Türkiye'de onlarca yıldır devam eden, adı konulmamış savaşın en önemli öznesi PKK'ye derinlemesine bakışa davet etmek*"tir. Fragmanda ayrıca şunlar da belirtilmektedir: "*Çekimleri 2013 yılının yaz ve sonbahar aylarında gerçekleştirilen Bakur, 'kendi halklarının daha iyi bir geleceğe kavuşması için' silahlı mücadeleye katılmayı tercih eden kadın ve erkeklerle tanıştırıyor bizi.*" Fragman şu ifadelerle sona ermektedir: "*Ağırlıklı olarak ulusal kimlik talebi*

üzerinde yükselttiği mücadelesi ile tanınan PKK'nin, nasıl olup da bir kadın hareketine dönüştüğünü de anlatan Bakur, izleyiciyi PKK'ye farklı bir açıdan bakmaya davet ederek, bu gizemli dünyaya ışık tutuyor."

10. Tam olarak veya takriben 5 Mayıs 2015 tarihinde, Batman Demokrat, Batman Express, Batman Doğu, Batman Haber ve Tarafsız Haber gazeteleri, "Bakur" belgeselinin 6 Mayıs 2015'te Yılmaz Güney Tiyatrosu'nda galasının yapılacağını duyurmuşlardır. Batman Emniyet Müdürlüğü'ne göre, bu etkinliğe 120 kadar kişinin katılması beklenmekteydi. Bu aşamada, filmin gösterimine ilişkin herhangi bir itirazın yapılmadığı görülmektedir ve belgeselin yasaklandığına dair başka bakımlardan da herhangi bir emare bulunmamaktadır. Bu husus, daha sonra Cumhuriyet Savcılığı makamının yazdığı müzekkereye cevaben yazılı olarak yanıt veren Kültür ve Turizm Bakanlığı'na bağlı Telif Hakları Genel Müdürlüğü tarafından da tasdik edilmiştir. Ne var ki, Telif Hakları Genel Müdürlüğü, "Bakur"un Tescil Kayıt Belgesi'nin bulunmadığını da belirtmiştir.
11. Tam olarak veya takriben 20 Aralık 2017 tarihinde, sanıklar hakkında, 30 Nisan 2013 tarihinde 6459 Sayılı Kanunla değişiklik yapılan 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu 7/2 Maddesi uyarınca terör örgütü propagandası yapmakla suçlamasıyla dava açılmıştır. Savcılık makamı, davalıların yönettikleri belgeselle "PKK/KCK terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterdikleri" ve "PKK/KCK terör örgütü mensuplarının yaşamlarını ve ideolojilerini övdükleri" iddiasındadır.
12. Bu iddia kapsamında, iddianamede şunlara atıf yapılmaktadır:
 - "PKK/KCK terör örgütü mensuplarının silahlı görüntülerine yer veril"mesi;
 - "Örgüt mensuplarının birbirleri ile görüşmeleri sırasında sözde yapılan zulüm ve özgürlük için dağa çıktıklarını beyan et"meleri;
 - PKK üyelerinin, öldürülen örgüt mensuplarından "şehit" olarak bahsetmeleri.

Bununla birlikte, savcılık makamı, belgeselin İstanbul Film Festivali kapsamındaki gösteriminin Kültür Bakanlığı tarafından Tescil Kayıt Belgesi olmadığı gerekçesiyle yasaklandığını ifade eden haber metinlerine de atıfta bulunmaktadır.

II. İfade özgürlüğü ve terör suçlarına ilişkin geçerli uluslararası ve bölgesel standartlar

Genel ilkeler

13. Türkiye, Medeni ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ('MSHUS') ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ('AİHS') taraftır ve söz konusu sözleşmeleri imzalamıştır. Böylelikle, MSHUS'nin 19. Maddesi ile AİHS'nin

10. Maddesi kapsamında güvence altına alınan ifade özgürlüğü hakkı da dâhil olmak üzere bu sözleşmelerde kabul edilen haklar Türk hukukunda ifade özgürlüğünün düzenlendiği kısımları oluşturur.
14. İfade özgürlüğü hakkı Türk Anayasası'nda da güvence altına alınmıştır (Madde 26). Buna ek olarak, Anayasa, AİHS'de yer alan temel hak ve özgürlüklerden birinin devlet makamlarınca ihlal edilmesi durumunda, her bireyin Anayasa Mahkemesi'ne başvurma hakkını da güvence altına almaktadır (Madde 148).
15. Uluslararası ve Avrupa insan hakları hukukunda, ifade özgürlüğü hakkı mutlak bir hak değildir; belirli koşulların sağlanması durumunda Devlet tarafından meşru olarak sınırlandırılabilir.⁶ Bu koşullar, ifade özgürlüğüne getirilebilecek herhangi bir kısıtlamanın tetkik edilmesi gereken üç aşamalı bir inceleme oluşturur:
- **Kısıtlamanın yasalarca öngörülmesi gerekir:** Buna göre, kısıtlamanın kamuya açık ve erişilebilir olan, vatandaşların davranışlarını bu doğrultuda düzenlemesini mümkün kılacak şekilde açıkça ifade edilen yasal bir dayanağı olması gerekir.⁷
 - **Kısıtlamanın meşru bir amaca hizmet etmesi gerekir:** Meşru amaçlar, MSHUS'nin 10. Maddesi 2. Paragrafında ve 19. Maddesi 3. Paragrafında kapsamlı bir şekilde sıralanan amaçlardır.
 - **Kısıtlamanın demokratik bir toplumda gerekli olması gerekir:** Bu koşul, gereklilik ve ölçülülük şeklindeki ikili ilkeyi içermektedir. Koşul, öncelikle söz konusu kısıtlamanın “demokratik toplumda zorunluluk”u karşılayıp karşılamadığına yönelik bir değerlendirme yapılmasını gerektirir.⁸ İkinci olarak da, söz konusu tedbirlerin amaca ulaşma yönünde en az kısıtlayıcı uygulamalar olup olmadıkları saptanmalıdır.
16. Karşı çıkılan bir tedbirin ölçülülüğünü saptamak, mevzu bahis davaya özgü unsurların özenli bir şekilde değerlendirilmesini gerektirir. Bu değerlendirme sırasında başlangıç noktası her zaman Devletin basın özgürlüğü de dâhil olmak üzere ifade özgürlüğü üzerindeki herhangi bir kısıtlamayı gerekçelendirmekle yükümlü olduğu şeklinde belirlenmelidir.⁹
17. İlâveten, MSHUS'nin 20. Maddesi (2), ulusal, ırksal ya da dinsel nefretin ayrımcılık, düşmanlık ya da şiddete kışkırtma şeklini alacak biçimde savunulmasının yasaklarla yasaklanmasını temin eder.¹⁰

İfade özgürlüğü ve ulusal güvenlik konularındaki uluslararası standartlar

18. MSHUS 19. Maddesi (3) ve AİHS 10. Maddesi (2) kapsamında, ifade özgürlüğü hakkı ulusal güvenlik amacıyla meşru olarak kısıtlanabilir, ancak söz

⁶ Bkz. MSHUS Madde 19 (3) ve AİHS Madde 10 (2).

⁷ AİHM, *The Sunday Times v United Kingdom*, Başvuru No. 6538/74, 26 Nisan 1979, para 49,

⁸ AİHM, *The Observer & Guardian v the UK*, Başvuru No. 13585/88, 26 Kasım 1991, para 59.

⁹ AİHM, *Lingens v Austria*, Başvuru No. 9815/82, 8 Temmuz 1986, para 41.

¹⁰ MSHUS'nin 20. Maddesinin (2) yorumlanması üzerine, bilhassa Bkz. OHCHR [BMİHYKO], ayrımcılığa, düşmanlığa ve şiddete teşvik eden ulusal, ırksal ve dinî nefret savunuculuğunun yasaklanmasına ilişkin Rabat Eylem Planı, Şubat 2013, şuradan erişilebilir: <http://bit.ly/1zk6n2S>.

konusu kısıtlamanın yukarıda ayrıntılarıyla belirtilen koşulları sağlaması gerekmektedir.

19. Uluslararası hukuka göre, Devletler aynı zamanda teröre teşviki men etmekle yükümlüdür.¹¹ İcraatta, belirtilen koşulları yerine getirmek suretiyle ifade özgürlüğüne getirilen kısıtlamalar sıklıkla suistimal edilmektedir.
20. İnsan hakları ve terörle mücadele alanlarında çalışan Eski BM Özel Raportörü, teröre teşvike ilişkin yasaların uluslararası insan hakları hukukuna uyum sağlamaları için gerekli eşiği ayrıntılı olarak incelemiş ve söz konusu yasalar için şu saptamalarda bulunmuştur:
 - Tabiatı itibariyle gerçekten terör niteliğindeki davranışların teşviki ile sınırlandırılmalıdır;
 - İfade özgürlüğünü; ulusal güvenlik, kamu düzeni ve emniyeti, kamu sağlığı ve ahlakî değerlerinin korunması için gerekenden fazla ölçüde kısıtlamamalıdır;
 - Yasalarla net bir dille ve açıkça tanımlanmalıdır; terörü “övmek” veya “yüceltmek” gibi muğlak tabirlerin kullanılmasından kaçınılmalıdır;
 - Teşvik edilen eylemin gerçekleştirileceğine yönelik fiili (objektif) bir risk içermelidir;
 - Bir mesajın iletilme niyeti ve bu mesajın bir terör eyleminin gerçekleştirilmesine teşvik etmek niyetiyle iletildiği açıkça belirtmelidir; ve
 - Teröre teşvikin “kanuna aykırı” olduğuna atıfta bulunarak, cezai sorumluluğun ortadan kalkmasına yol açacak yasal savunma veya ilkelerin uygulanmasını korumalıdır.¹²
21. Benzer şekilde, BM İnsan Hakları Komitesi, ifade özgürlüğüne gereksiz veya uygunsuz şekillerde müdahale edilmesini önlemek amacıyla, terörü “övmeyi” veya “yüceltmeyi” suç kapsamına sokan yasaların açıkça tanımlanması gerektiğini vurgulamıştır.¹³
22. Bunlara ek olarak, “teröre teşvik” suçları demokratik bir toplumda, ancak dar bir şekilde yapılandırıldıklarında ve yorumlandıklarında gerekli olacaktır. İfade özgürlüğü üzerindeki ulusal güvenliğe ilişkin kısıtlamalar bağlamında uluslararası insan hakları hukuku yetkili bir şekilde yorumlayan *Ulusal Güvenlik, İfade Özgürlüğü ve Bilgiye Erişim Hakkında Johannesburg İlkeleri*,¹⁴ bir ifade eyleminin, yalnızca, yakın zamanlı şiddeti teşvik etme niyetinde olması, bu tür şiddeti teşvik etme olasılığı bulunması ve ifade ile bu tür şiddetin gerçekleşme ihtimali arasında doğrudan ve vasıtasız bir bağlantı olması

¹¹ BM Güvenlik Konseyi Kararı 1624 (2005); şuradan erişilebilir: <http://bit.ly/1SMOH9r>.

¹² Teröre teşvike ilişkin örnek suç, A/İHK/16/51, para 29-32’de de hazır bulunmaktadır. Ayrıca bkz Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi’nin “terör eylemlerinin işlenmesine yönelik kamuoyunu kışkırtmak” konulu 5. Maddesi ile Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı’nın “Terörizmin Önlenmesi ve Terörizme Neden Olan Şiddetli Aşırıçılık ve Köktenleşme ile Mücadele,” *op. cit.*, p. 42.

¹³ İHK, Genel Yorumlar 34, CCPR/C/GC/34, para 46.

¹⁴ Ulusal Güvenlik, İfade Özgürlüğü ve Bilgiye Erişim Hakkında Johannesburg İlkeleri, Londra, ARTICLE 19, 1996; şuradan erişilebilir: <http://bit.ly/2h8NStO>.

durumlarında, ulusal güvenlik gerekçeleriyle suç kapsamına sokulması koşulunu getirmektedir (6. İlke). BM Genel Sekreteri bu yorumu desteklemiş ve şunları ifade etmiştir: “Kanunlar, yalnızca doğrudan teröre teşviki, yani bir suçun işlenmesini doğrudan teşvik eden, cezai takibatla sonuçlanması niyetlenen ve cezai takibatla sonuçlanma olasılığı bulunan ifadelerin cezai kovuşturmayla tutulmasına imkân sağlamalıdır.”¹⁵

23. Buna karşın, yalnızca, bir devletin, ulusal güvenliğine tehdit oluşturduğunu beyan ettiği bir örgütten gelen veya böyle bir örgüt hakkında bilgi ileten ifadeler kısıtlanmamalıdır.¹⁶ Bu bağlamda, İnsan Hakları Komitesi şu gözlemlerde bulunmuştur: “*Medya, terör eylemleri hakkında kamuoyunu bilgilendirmede elzem bir rol oynar ve medyanın çalışma kapasitesinin gereksiz yere kısıtlanmaması gerekir. Bu bakımdan, gazetecilerin meşru faaliyetlerini yerine getirmekten ötürü cezalandırılmamaları gerekir.*”¹⁷

Ulusal güvenlik ve ifade özgürlüğüne ilişkin AİHM içtihadı

24. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), terör eylemi olduğu iddia edilen faaliyetlere ilişkin davaları incelerken genellikle farklı bir terminoloji kullanır. “Teröre teşvik” yerine,¹⁸ AİHM, “şiddet savunması,” “düşmanlığa teşvik” ve “şiddete teşvik” kavramlarını dayanak alır.¹⁹ Ne var ki, bu terminoloji MSHUS 20. Maddesi (2) kapsamında farklı bir anlama haizdir. Bilhassa, “düşmanlığa veya şiddete teşvik” teşkil eden ifadeler için eşik MSHUS kapsamında çok yüksek olacak şekilde belirlenmiştir ve genellikle de AİHM içtihadı kapsamındaki alt sınırdan daha yüksektir.²⁰ Buna karşın, gerek BM gerekse AİHM, söz konusu konuşmanın biçimi ve tonu, etkisi ve yazarı da dâhil olmak üzere, her davada bağlamın öneminin altını çizmiştir.
25. AİHM, Türkiye’nin güneydoğusundaki çatışma ve Türkiye’deki Terörle Mücadele Kanunu Madde 7/2 konulu birkaç davayı incelemeye almıştır. Söz konusu davaların büyük çoğunluğunda, AİHM, AİHS 10. Maddesinin ihlal edildiği bulgusuna varmıştır. Bu davalarda, AİHM, “Kürt halkının önderi,” “gerilla” ifadelerinin ve “ulusal özgürlük mücadelesi”ne yapılan atıfların, özleri itibarıyla Sözleşmenin içerdiği anlam bakımından şiddete teşvik anlamına gelmediğini belirtmiştir.²¹ Seyyanen, AİHM, “Barışa kalkan eller kırılınsın” ve

¹⁵ A/63/337, para 62.

¹⁶ Johannesburg İlkeleri, *op.cit.*, İlke 8.

¹⁷ Bkz MSHUS/C/GC/34, *op.cit.*

¹⁸ AİHM, “teröre göz yumma” eylemine atıfta bulunur. Bkz. *Leroy v France*, no. [36109/03](#), 2 Ekim 2008.

¹⁹ Bilhassa, ülkenin güneydoğu bölgesindeki çatışma bağlamında Türkiye aleyhine açılan birkaç davaya bkz. Örneğin, *Karataş v. Turkey*, Başvuru No. 23168/94, 1999-IV Eur. Ct. H.R.; *Sürek v. Turkey (No. 1)*, Başvuru No. 26682/95, 1999-IV Eur. Ct. H.R.; *Sürek and Özdemir v. Turkey*, Başvuru No. 23927/94 & 24277/94, Eur. Ct. H.R. 8 Temmuz 1999; ayrıca bkz. AİHM nefret söylemine ilişkin bilgi formu, Mart 2017’de güncellenmiştir:

http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_ENG.pdf

²⁰ Bkz. ARTICLE 19, *Hate Speech Explained: a Toolkit [Tüm Yönleriyle Nefret Söylemi: Bir Araç Takımı]*, 2015: <https://www.article19.org/resources/hate-speech-explained-a-toolkit/>

²¹ *Belge v Turkey*, no. 50171/09, para. 34, 06 Aralık 2016; seyyanen, aylık bir dergide çıkan bir söyleşide PKK mensuplarından “gerilla” olarak söz edilmesi de şiddete teşvik teşkil etmemiştir: *Erdoğan and İnce v. Turkey* [GC], nos. [25067/94](#) ve [25068/94](#), § 52, AİHM 1999-IV; ayrıca bkz.

“Çok yaşa Öcalan” şeklindeki sloganların da şiddet veya şiddete teşvik öğeleri içermediği kanısına varmıştır.²²

26. Keza, AİHM, PKK’nın üst düzey yöneticilerinin, Türk ordusunun Kuzey Irak’a girmesinin doğuracağı olası sonuçlar²³ veya Türk makamlarının Kürt sorununa ilişkin politikaları hakkındaki demeç veya konuşmalarının²⁴ veya PKK’nın üst düzey yöneticilerinin Uluslararası Kadınlar Günü’ne dair yorumlarının²⁵ şiddete, silahlı direnişe veya ayaklanmaya teşvik anlamlarına gelmediği değerlendirmesinde bulunmuştur. AİHM, PKK’nın üst düzey yöneticilerinden birinin, örgütün görüşlerini aktardığı bir söyleşi hakkında da aynı kanıya varmıştır.²⁶
27. AİHM’in, AİHS 10. Maddesinin ihlal edilmediği yönünde hüküm verdiği ender davalarda,²⁷ Mahkeme; “*faşist Türk ordusu,*” “*empeyralizmin kiralık katilleri*” gibi ifadelerin yanı sıra, “*katliamlar*”a, “*vahşetler*”e ve “*kıyımlar*”a atıfta bulunarak güneydoğudaki çatışmanın diğer tarafını yaftalamayı amaçlayan mevzu bahis konuşmanın, “*temel duyguları kışkırtarak ve ölümcül şiddet şeklinde zuhur eden hâlihazırda gömülü önyargıları pekiştirerek kanlı intikama davet*” anlamına geldiği kanaatine varmıştır.²⁸ Bununla birlikte, “*güvenlik güçleri ile PKK mensupları arasında çok sayıda insanın kaybı ve bölgenin büyük kısmında olağanüstü hâl ilan edilmesi ile sonuçlanan ciddi karışıklıklar*” (bizim vurgumuz) ve söz konusu konuşmanın, belirli bireyleri isimlerini zikrederek olası bir fizikî şiddete maruz bıraktığı gerçeği de konuyla alakalıdır.²⁹ Seyyanen, AİHM, “*tam bir bağımsızlık mücadelesi açmak istiyoruz*” şeklindeki ifadenin, “*Kürdistan’ın ulusal bağımsızlığını sağlamak adına silahlı güç kullanımına çağrı*” ifade ettiği kanısına varmıştır.³⁰ Mahkemenin görüşüne göre, bu ifade okurlara, “*şiddete rücu etmenin, saldırgan karşısında gerekli ve haklı bir meşru müdafaa tedbiri olduğu*” mesajını iletmiştir.³¹ Bir kez daha,

Gerger v. Turkey [GC], no. [24919/94](#), § 50, 8 Temmuz 1999, AİHM bu kararında, başvurunun, PKK mensuplarından “gerilla” olarak söz ettiği konuşmasının, şiddete, silahlı kalkışmaya veya ayaklanmaya teşvik değil, siyasi eleştiri kapsamında değerlendirilmesi gerektiği hükmünü vermiştir; *Bahçeci and Turan*, no. [33340/03](#), § 30, 16 Haziran 2009, ve *Savgın v. Turkey*, no. [13304/03](#), § 45, 2 Şubat 2010, AİHM bu kararlarında, Abdullah Öcalan’dan başkan olarak söz eden telefon mesajlarının ve sloganların şiddete teşvik etmediği hükmünü vermiştir; *Faruk Temel*, no. [16853/05](#), § 62, 1 Şubat 2011, § 62, AİHM bu kararında, Abdullah Öcalan’dan “sayın” ifadesiyle söz etmenin şiddete teşvik etmediği yönünde hüküm vermiştir; ve *Öner and Türk v. Turkey*, no. [51962/12](#), § 24, 31 Mart 2015, AİHM bu kararında, başvurunun Abdullah Öcalan’ı “Kürt önderi” olarak tanımladığı konuşmasının şiddete teşvik etmediği yönünde hüküm vermiştir. Ayrıca bkz. *Süreç v. Turkey* (no. 3), no. [24735/94](#), para. 40, 8 Temmuz 1999

²² Bkz. *Bahçeci and Turan*, *op.cit.*, § 30.

²³ *Yıldız and Taş (no 1)*, no. [77641/01](#), §§ 7 ve 32, 19 Aralık 2006

²⁴ *Yıldız and Taş (no 4)*, no. [3847/02](#), §§ 6 ve 35, 19 Aralık 2006

²⁵ *Kanat and Bozan*, no. [13799/04](#), §§ 7 ve 18, 21 Ekim 2008

²⁶ Bkz. *Demirel and Ateş*, [10037/03](#) ve [14813/03](#), §§ 6, 17 et 38, 12 Nisan 2007 ile *Karakoyun and Turan v Turkey*, no. [18482/03](#), §§ 9 ve 28, 11 Aralık 2007 ile *Çapan v Turkey*, no. [71978/01](#), §§ 8 ve 41, 25 Temmuz 2006.

²⁷ Bu davalar, genellikle 1999’a dayanan bir dizi davadan oluşmaktadır. Bilhassa bkz. *Süreç v. Turkey* (no. 1), no. [26682/95](#), paras 62-63, 8 Temmuz 1999.

²⁸ *A.g.e.*

²⁹ *A.g.e.*

³⁰ Bkz. *Süreç v. Turkey* (no. 3), yukarıda alıntılanan paras 40-41.

³¹ *A.g.e.*

bölgedeki “ciddi karışıklıklar”dan mürekkep bağlam, [bu kararın alınmasında] önemli bir etkindir.

28. Basın yoluyla teröre veya “şiddete teşvik”in yayılmasına ilişkin davalarda, AİHM’in başlangıç noktası şu şekildedir: “*Kamu yararına olan diğer alanlarda olduğu gibi, siyasî konulardaki bilgi ve fikirleri açıklamak da [basının] görevidir. Bu tür bilgi ve fikirleri açıklamak yalnızca basının görevi değildir: kamuoyunun da bu bilgi ve fikirleri edinme hakkı bulunmaktadır.*”³² Bu nedenle, AİHM defaatle, yetkililer açısından ne kadar nahoş olsalar da, kamuoyunun Türkiye’nin güneydoğusundaki duruma dair farklı bakış açıları konusunda bilgi edinme hakkı bulunduğu yönünde görüş bildirmiştir.³³
29. Benzer şekilde, AİHM, yasaklanmış bir örgütün mensupları tarafından verilen söyleşi ve demeçlerin kendi başına gazetenin ifade özgürlüğüne müdahale edilmesini haklı çıkarmayacağı kanısına varmıştır.³⁴ Söz konusu söyleşi ve demeçlerin güçlü bir şekilde devlet politikalarının aleyhinde görüşler içermesi gerçeği, hakeza, gazetenin ifade özgürlüğüne müdahale edilmesini haklı çıkarmaz. Aynı ilkeler, yasaklanmış örgütlerin açıklamalarının doğrudan yayımlanması için de geçerlidir.³⁵
30. Ne var ki, bu durum, basını veya terör örgütlerini AİHM’in denetlemesinden muaf bırakmamaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere, AİHM, bütün olarak değerlendirildiğinde metinlerin şiddete teşvik olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini belirlemek maksadıyla, analizini kullanılan kelimelere ve yayımlandıkları bağlama dayandırmaktadır.³⁶ Ne var ki, bu durum, basının, söyleşilerin veya söyleşi yapılan terör örgütlerinin açıklamalarının analizini temin etmeleri gerektiği anlamına gelmemektedir.³⁷ Keza, basın söz konusu bağlamın analizini yapmakla da yükümlü değildir.³⁸
31. AİHM, aynı zamanda, bilhassa muhalefetin veya medyanın haksız saldırı ve eleştirilerine yanıt vermenin diğer yolları mevcut olduğunda, [devlete] “cezaî takibat kullanımında kısıtlama sergilemesini buyuran” “bir devletçe zapt edilen güç konumu”nu da dikkate almaktadır.³⁹

III. İfade özgürlüğüne ilişkin uluslararası ve bölgesel standartlara göre hukukîlik koşulunu sağlayamayan geçerli Türk kanunu hükümleri

32. İşbu davada, sanıklar, 30 Nisan 2013 tarihinde 6459 Sayılı Kanunla değiştirilen 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu Madde 7/2 kapsamında terör örgütü

³² Bkz. *Lingens v Austria*, op.cit.

³³ Bkz. *Özgür Gündem v. Turkey*, no. [23144/93](#), 16 Mart 2000, para.60 ile 63.

³⁴ Bkz. *Gözel et Özer v. Turkey, App. No.* 43453/04 et 31098/05, 6 Temmuz 2010

³⁵ *Nedim Şener v. Turkey*, no. 38270/11, para. 115, 8 Temmuz 2014

³⁶ Bkz., örneğin, *Sürek and Özdemir v. Turkey* [GC], nos. [23927/94](#) ve [24277/94](#), para. 61, 8 Temmuz 1999, bildirilmemiş

³⁷ Bkz. *Gözel and Özer v Turkey*, no. 43453/04 31098/05, para. 61, 06 Temmuz 2010.

³⁸ *A.g.e.*

³⁹ Bkz. *Nedim Şener v. Turkey, op.cit*, para. 122.

propagandası yapmakla suçlanmaktadırlar. Kanun maddesinin ilgili fıkrası şu şekildedir:

Terör örgütünün, cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

33. İddianamede “belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma”yı düzenleyen 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 53. Maddesine de atıfta bulunmaktadır. Ne var ki, söz konusu yasa maddesi, ARTICLE19’in uzmanlık sahasının dışında kalan usule yönelik uygulamaları konu edinmektedir. Buna binaen, işbu raporda, bu hükmü inceleme dışı bırakmış bulunuyoruz.

34. ARTICLE19’in görüşüne göre, sanıklar hakkındaki iddianamenin dayanağını oluşturan hüküm, yukarıda belirtildiği üzere, uluslararası ve Avrupa insan hakları kapsamında hukukîlik koşulunu sağlayamamaktadır. Bilhassa, “terör örgütü propagandası” terimi Terörle Mücadele Kanunu kapsamında tanımlanmamıştır ve her halükârda fazlasıyla muğlak bırakılmıştır:

- Oxford İngilizce Sözlüğü’ne göre, “propaganda,” “belli bir siyasî amacı veya bakış açısını teşvik etmek amacıyla kullanılan, bilhassa taraflı veya yanıltıcı içeriğe sahip bilgi” anlamına gelmektedir. Bir diğer deyişle, kanunda teminat altına alınmış olsun veya olmasın, propaganda tanımı itibariyle çok geniş kapsamlı bir terimdir. Buna kıyasla, iddianamede yer alan tanım daha da geniştir. Savcılık makamı, propagandanın “bir öğreti, düşünce veya inancı başkalarına tanıtmak, benimsetmek ve yaymak amacıyla söz, yazı vb. yollarla gerçekleştirilen çalışma, yaymaca” anlamına geldiğini ileri sürmektedir. Bu tanıma göre, hemen hemen her siyasetçi, din görevlisi, öğretmen veya fikirlerin yayılması ile iştigal eden herhangi biri “propagandacı” olarak vasıflandırılabilir.
- Terörle Mücadele Kanunu, “terör”ü yeterince kapsamlı olmayan terimlerle tanımlamaktadır. Kanunun 1. Maddesinde şu ifadeler yer almaktadır:

Terör; cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir.

Başka bir deyişle, terör tanımı, “propaganda” ile birlikte, yalnızca hükümete muhalefeti destekleyen görüşlerin, siyasî, hukukî, toplumsal veya ekonomik reform ya da hükümette değişiklik çağrılarının yayınlanmasını dahi kapsayacak şekilde, fazlasıyla geniştir.

35. Mevzu bahis hüküm, BM Terörle Mücadele Özel Raportörü’nün yukarıda ana hatlarıyla belirtilen ayrıntılı tavsiyeleri ile de açıkça uyumsuzdur. Bilhassa,

gerek BM Özel Raportörü gerekse BM İnsan Hakları Komitesi, ifade özgürlüğü üzerinde gereksiz ve aşırı şekilde tecelli edecek müdahalelerin önlenmesi amacıyla, terörü “övmek” veya “yüceltmek” terimlerinin kullanımından kaçınılmasını gerektiğini, en azından söz konusu terimlerin açıkça tanımlanması gerektiğini vurgulamışlardır.

36. Benzer şekilde, Venedik Komisyonu da şu gözlemde bulunmuştur:⁴⁰

33. Kayda değer insan hakları endişeleri doğuran bir diğer suç kategorisi de, doğrudan veya dolaylı olarak, teröre teşvik ettiği görülen ifadeler için “yeni” suçlardır. Kısıtlamalar, hâlihazırda teşviki yasaklayan uygulamalardan, terörün “müdafaası,” “övülmesi,” “yüceltilmesi veya dolaylı olarak teşvik edilmesi” veya “kamuoyunu önünde meşru kılınması” gibi çok daha geniş ve daha eksik tanımlanmış alanları da kapsayacak şekilde genişleme kaydetmiştir. Söz konusu bu “yeni” suçlar, sıklıkla, teşvik hükümlerinin koşullarını karşılamakta yetersiz kaldığı değerlendirilen materyallerin yayılmasını, yayınlanmasını ve bu materyallere sahip olmayı suç kapsamına sokmaktadır. Bu hükümler genellikle, normal şartlar altında hukukta gözlemlenmesi beklenen, özgün konuşma (veya diğer ifade şekilleri) ile cezai eylemlerin işleneceğine yönelik tehlike arasındaki illiyet bağının zayıflaması sonucunu doğurmaktadır. Bu tür suçlar, basına yönelik olarak uygulandığında bilhassa endişe verici olmaktadır. AİHS, Devletlerin ulusal güvenliği muhafaza etmelerine imkân sağlarken, ifade özgürlüğünü de güçlü bir şekilde güvence altına almaktadır (Madde 10). Strazburg içtihadına göre, AİHS’nin 10. Maddesi uyarınca, teşvik, ancak yüksek derecede bağlama bağlı durumlarda yasaklanabilir. Kriz zamanlarında ifade ve bilgi edinme özgürlüklerini korumaya ilişkin Avrupa Konseyi Kılavuz İlkelerinde de tavsiye edildiği üzere, “Üye Devletler, kriz zamanlarında ifade ve bilgi özgürlüklerine yönelik kısıtlamalar getirirken, muğlak terimler kullanmamalıdır. Şiddete ve kamu düzenini bozmaya teşvik, layığı veçhile ve açıkça tanımlanmalıdır.”

37. Her ne kadar AİHM şimdiye dek Madde 7/2 ve ilgili Maddenin hukukî geçerliliği konusunda hüküm vermekten imtina etmiş olsa da,⁴¹ *Belge v Türkiye* kararında,⁴² şu hükme varmıştır: “[18 Haziran 2006 sonrasında] 7. Fıkra (2) yasaklanan suç, yani ‘terör örgütü propagandası yapmak’ ve ilgili Fıkranın Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesince yorumu tümüyle açık görünmemektedir.” AİHM ayrıca Terörle Mücadele Kanunu Madde 7/2 ile ilintili çok sayıda davada, gerek mahkemeler gerekse savcılık makamı olmak kaydıyla yetkililerin, mevzu bahis hükmü, ifade özgürlüğü hakkına gereksiz müdahale edilmesine engel olacak şekilde layıkıyla dar anlamda yorumlamadığı durumlarda, AİHS 10. Maddesinin ihlal edildiği yönünde hüküm vermiştir.

38. Yukarıdaki analizimiz ışığında, ARTICLE 19, sanıklara atılı suçların, MSHUS 19. Maddesi (3) ile AİHS 10. Maddesi (2) kapsamında güvence altına alınan

⁴⁰ Bkz. Venedik Komisyonu, Terörizmle Mücadele ve İnsan Hakları Raporu, Çalışma no. 500/2008, CDL-AD(2010)022, 05 Temmuz 2010.

⁴¹ Bkz. örneğin *Gözel and Özer v. Turkey*, *op.cit.*, para 44, 6 Temmuz 2010; *Menteş v. Turkey* (no. 2), no. [33347/04](#), § 43, 25 Ocak 2011; ve *Faruk Temel v. Turkey*, no. [16853/05](#), para 49, 1 Şubat 2011.

⁴² *Belge v Turkey*, App. [50171/09](#), 6 Aralık 2016, para. 29,

ifade özgürlüğünün kanuna aykırı şekilde sınırlandırılmasını teşkil ettiği kanısında varmış bulunmaktadır.

IV. Sanıklara atılı suçlar, uluslararası ve bölgesel insan hakları hukuku kapsamında, ilgili sanıkların ifade özgürlüğü haklarının gereksizce kısıtlanması anlamına gelmektedir.

39. Yukarıda belirttiğimiz görüşlerimizin aksine, Terörle Mücadele Kanunu Madde 7/2 özelinde kovuşturma ve mahkûmiyet açısından yeterli hukukî dayanak sağlandığı takdir edilse dahi, ARTICLE 19, hâlihazırdaki davadaki sanıkların eylemlerinin, yargılandıkları Kanunun hükümlerini ihlal etmediği kanaatindedir.
40. ARTICLE 19 öncelikli olarak savcılık makamının, Kanunun Madde 7/2 kısmını, mevzu bahis hükmün harfiyen yorumlanmasına kıyasla daha dar bir anlamda yorumlama yönünde gayret gösterdiğinin altını çizmektedir. Bilhassa, savcılık makamı, terör propagandası yapmayı, terör örgütünün cebiri, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru göstermek veya övmek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik etmek şeklinde tanımlamaktadır.
41. Bununla birlikte, ARTICLE 19, savcılık makamının, Madde 7/2 kapsamında tanımlanan suçun gerçekleştiğini ispat edecek şekilde yeterli kanıt gösteremediği kanaatindedir. Bilhassa, ARTICLE 19, yukarıda yer alan I kısmında ana hatlarıyla belirtilen diyaloglar da dâhil olmak üzere mevzu bahis belgeselin, siyasî olaylar, yani Türkiye'nin güneydoğusundaki süregelen çatışma hakkındaki görüşlerin meşru bir şekilde nakledilmesini ve ifade edilmesini teşkil ettiği kanaatindedir. Bizim kanımızca, belgeselin, uluslararası veya Avrupa insan hakları hukuku kapsamında, yasaklanması veya başka şekillerde yaptırım uygulanmasını gerektiren herhangi bir dil veya ifade içermediği iddianameden de açıkça görülmektedir. Keza, savcılık makamının hazırlamış olduğu İddianame de "cebiri, şiddet veya tehdit" kullanımını teşvik eden veya "cebiri, şiddet veya tehdit" kullanımından övgüyle bahseden herhangi bir dile atıfta bulunmamaktadır. Aksine, iddianame, belgeseli, "*PKK/KCK terör örgütümensuplarının kırsal alandaki yaşamlarını ne şekilde sürdürdükleri, örgüt mensuplarının kırsal alanda yaptıkları faaliyetler, PKK/KCK terör örgütünün askerî ve siyasî ideolojisini yansıtacak diyaloglar*" şeklinde tanımlamaktadır. İddianame, belgesel hakkında şu ifadelerle de yer vermektedir: "*PKK/KCK terör örgütünün üst yöneticilerinden Murat Karayılan'ın PKK/KCK terör örgütünün ideolojisi ve hedefleri ile ilgili görüşleri kayda alınmış, görüntülerin tamamına yakın bölümünde ise örgüt mensupları ellerinde bulunan silahlarla görüntülenmiştir.*" Bu bakımdan, ARTICLE 19, AİHM'in, herhangi bir konuşmanın Sözleşme kapsamındaki anlamıyla şiddete teşvik anlamına gelip gelmediğini belirlemek adına, mevzu bahis konuşmanın bütünüyle ve kamu düzeni üzerinde olumsuz bir etkisi olup olmadığının saptanarak incelenmesi gerektiğinin altını çizdiğini belirtmektedir.⁴³ Mevcut

⁴³ Bkz. *Belge v Turkey*, op.cit., para. 34.

davada, savcılık makamı, gösterime katılan bireylerin ifadesini almamak yönünde karar verdiğinden, gösterimin yol açmış olabileceği herhangi bir etkiye ilişkin hiçbir kanıt gösterilememiştir. Dahası, mevzu bahis belgeselin çekimlerinin ve gösteriminin yapıldığı dönemde Türkiye’de barış sürecinin devam etmekte olduğunu belirtmekteyiz.

42. Mahkemeye, elindeki kanıtları incelerken, yukarıda ana hatlarıyla belirtilen ifade özgürlüğü ve ulusal güvenlik konularındaki ayrıntılı standartları dikkate almalarını hürmetle tavsiye etmekteyiz. Bilhassa, basın özgürlüğünün, uluslararası ve Avrupa insan hakları kanunu kapsamında özellikle yüksek korumadan istifade ettiğini vurgulamaktayız. Her ne kadar, mevzu bahis belgeselin Türkiye’nin güneydoğusundaki çatışmaya dair bütünsel bir manzara sunmadığını kabul etsek dahi, gazetecilerin AİHM kapsamında objektif bir tavırla bilgi temin etmekle yükümlü olmadıklarını da vurgulamaktayız.⁴⁴
43. Bu bakımlardan, sanıklara atılı suçların asılsız olduğu ve sanıkların ifade özgürlüğü haklarına keyfî bir biçimde müdahale teşkil ettiği kanaatindeyiz.

Sonuç

44. Yukarıda belirtilenler ışığında, ARTICLE 19, sanıklara atılı suçların ve mevzu bahis suçların dayalı bulunduğu mevzuatın, Türkiye’nin uluslararası insan hakları hukuku kapsamındaki yükümlülükleriyle, bilhassa da ifade özgürlüğü hakkı bakımından, bağdaşmadığı kanısına varmış bulunmaktadır. Bu bakımdan, söz konusu suçlar ve ilgili mevzuat, MSHUS 19. Maddesi (3) ile AİHS 10. Maddesi (2) kapsamında güvence altına alınan ifade özgürlüğü hakkının kanuna aykırı şekilde sınırlandırılmasını teşkil etmektedir.

6 Şubat 2018

Gabrielle Guillemain

Kıdemli Adli Memur

ARTICLE 19: Küresel Özgür İfade Kampanyası

⁴⁴ Bkz. *Gözel and Özer v Turkey*, *op.cit.*, para.61.