

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ**

Başvuru No:2017/36722

AYŞE ÇELİK

ve

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

**TÜRKİYE İNSAN HAKLARI DAVA DESTEK PROJESİ
UZMAN MÜTALAASI**

I- Giriş

- 1- İşbu uzman görüşü Prof. Helen Duffy¹, Prof. Philip Leach² ve Türkiye İnsan Hakları Davalarına Destek Projesi³ hukuk ekibi tarafından hazırlanmıştır. Söz konusu uzman görüşü, yazarlarının insan hakları hukuku, terörle mücadele, hukukun üstünlüğü ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) başvuru konularındaki uzmanlıkları ve kapsamlı kolektif deneyimleri ile içeriklendirilmiştir.
- 2- Tarafımıza; işbu dosyanın sanığı olan Sn. Ayşe Çelik'in vekili Av. Mahsuni Karaman tarafından, sanık hakkında yürütülmüş kovuşturmanın ve verilmiş mahkumiyet kararının, özellikle ifade özgürlüğü olmak üzere, uluslararası ve Avrupa insan hakları standartları ile bağdaşp bağdaşmadığı hususunda görüş sorulmuştur. Sanık tarafından bu uzman görüşünün, Anayasa Mahkemesi önünde görülmekte olan davada bir dayanak olarak kullanılacağı anlaşılmıştır.
- 3- Mahkeme önünde görülmekte olan dava, sanığın, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun (TMK) md. 7/2 uyarınca terör örgütü propagandası yapma suçu nedeniyle yargılanıp, hapis cezasına mahkum edilmesi ile ilgilidir. Aşağıda olay ve olgular bölümünde tartışılacağı üzere (2. bölüm) sanığa yüklenen suç, bir televizyon şovuna telefonla bağlandığı esnadaki beyanlarıyla ilişkilidir.
- 4- İşbu uzman görüşünde, tarafımızca ifade suçlarının cezalandırılması ve yargılanması ile ilgili uluslararası hukuk standartları incelenmektedir. Üçüncü bölümde, ifade özgürlüğü konusunda Avrupa ve uluslararası hukuk standartları ile ifade özgürlüğünün sınırlandırılabilmesinin haklı kabul edilebileceği, ceza hukuku düzenlemeleri de dahil olmak üzere, tüm istisnai koşullar ortaya konulmaktadır. Yine bu aynı bölümde ceza hukukunun konu ile örtüşen ilkelerinin de altı çizilmektedir. Dördüncü bölüm ise, Terörle

¹ Leiden Üniversitesi'nde İnsan Hakları ve İnsancıl Hukuk Profesörü ve Uygulamalı İnsan Hakları Direktörü

² İnsan Hakları Hukuku Profesörü, Middlesex University, London

³ Projenin ilgili ekibi Senem Gürol (Proje Avukatı), Saniye Karakas (Proje Eş Yürütücüsü ve Avukat) ve Ayşe Bingöl Demir (Proje eş yürütücüsü ve Avukat) oluşmaktadır. Proje ile ilgili daha detaylı bilgi için ilgili websitesi görülebilir: <https://www.mdx.ac.uk/our-research/research-groups/human-rights-litigation-support-group-for-turkey>

Mücadele Kanunu'nun md.7/2 kapsamında düzenlenen terör örgütü propagandası suçunun belli başlı özelliklerini söz konusu mevzuata yönelik uluslararası eleştiriler ve Türkiye'de mevcut yorumlanış biçimi çerçevesinde irdelemektedir.

- 5- İşbu uzman görüşünün amacı; ceza yasalarının; Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin uluslararası insan hakları normlarına uyma yükümlülüğü ve ceza hukukunun genel kabul görmüş prensipleri ile çelişmeyecek şekilde uygulanması konusunda Anayasa Mahkemesi'ne destek olabilmektir.

II- Olay ve Olgular

- 6- 8 Ocak 2016 tarihinde, Beyaz Şov olarak bilinen ve her hafta canlı yayınlanan popüler televizyon programında, Diyarbakır'da öğretmen olan Ayşe Çelik'ten gelen arama kabul edilerek, telefon bağlantısı gerçekleştirilmiştir. Ayşe Çelik telefonda aşağıdaki ifadeleri kullanmıştır:

“Türkiye'nin Doğusu'nda, Güneydoğu'sunda neler olup bittiğinin farkında mısınız? Burada doğmamış çocuklar, anneler, insanlar öldürülüyor... Burada yaşananlar çok farklı anlatılıyor. (medya tarafından) Sessiz kalmayın. İnsan olarak biraz daha hassasiyetle yaklaşın. Görün, duyun artık bizi, bize el verin. Yazık artık insanlar ölmesin, çocuklar ölmesin, anneler ağlamasın. İnsanlar susuzluk ve açlıkla mücadele ediyorlar, bebekler ve çocuklar da. Sessiz kalmayın”⁴

- 7- Programın ev sahibi, Beyazıt Öztürk, Sn. Çelik'e teşekkür etmiş, seyircilerden alkışlamalarını istemiş ve seyirciler de coşku ile alkışlamışlardır.⁵ Ancak bu konuşma sosyal medyada tepkiye neden olmuş ve bazı gazeteler⁶, telefon eden kişiyi Kürdistan İşçi Partisi

⁴ Ruken Suphandag, “Arbitrary Use of Anti-terrorism laws in Turkey: The case against the school teacher Ayse Celik”- (Türkiye'de Terörle Mücadele Yasalarının Keyfi Uygulaması: Öğretmen Ayşe Çelik davası, 23 Nisan 2018). <https://www.evrensel.net/daily/350718/arbitrary-use-of-anti-terrorism-laws-in-turkey-the-case-against-the-school-teacher-ayse-celik>

⁵ “Should the TV host be happy: women and children are dying?” (TV sunucusu mutlu olmalı mı: çocuklar ve kadınlar ölüyor?) *Hurriyet Daily News* (12 Ocak 2016) <http://www.hurriyetdailynews.com/opinion/mehmet-y-yilmaz/should-the-tv-host-be-happy-women-and-children-are-dying-93726>

⁶ Takvim Gazetesi ilgili televizyon kanalı, program sunucusu ve sanığı PKK propagandası yapmakla suçlamıştır: <https://www.takvim.com.tr/guncel/2016/01/09/beyaz-showda-pkk-propagandasi>.Yeni Akit Gazetesi de sanık hakkında

(PKK) “propagandası” yapmakla suçlamıştır. Milli Eğitim Bakanlığı, Çelik'in öğretmen olarak çalışmadığını duyurmuştur. Bir savcı ise hem Sn. Çelik, hem de televizyon kanalı hakkında “terör propagandası” kapsamında soruşturma başlatmıştır.⁷ Programın gösterildiği televizyon kanalı, Kanal D, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK) tarafından yayın kurallarına muhalefet nedeniyle para cezasına çarptırılmıştır.⁸

8- Bakırköy Cumhuriyet Savcılığı tarafından Sn. Çelik hakkında “terör örgütü propagandası yapmak” suçlaması ile soruşturma başlatılmıştır. Sn. Çelik 11 Ocak 2016 günü gözaltına alınmış ve aynı gün serbest bırakılmıştır. Bakırköy Cumhuriyet Savcısı tarafından 20 Nisan 2016 tarihinde sanık aleyhine iddianame düzenlenmiştir. Sn. Çelik'e, yukarıda alıntılanan konuşması dayanak gösterilerek, Terörle Mücadele Kanunu'nun md. 7/2 uyarınca PKK lehine propaganda yapma suçu isnat edilmiştir. Cumhuriyet Savcısı, Sn. Çelik'in terör örgütü ile aynı dili kullanmak ve devletin askeri güçlerinin terör örgütüne karşı giriştiği hareketleri masum insanların ölümüne yol açan eylemler olarak lanse etmek suretiyle, terör örgütünün eylemlerini haklı ve meşru göstermeyi amaçladığını ileri sürmüştür. 26 Nisan 2017 tarihinde Bakırköy 2. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından sanık, Terörle Mücadele Kanunu'nun 7/2. maddesi kapsamında PKK'nin şiddet eylemlerini meşrulaştırdığı ve bu yolla terör örgütünü desteklemeye yönelik propaganda yaptığı gerekçesi ile 1 yıl 3 ay hapis cezasına çarptırılmıştır.

9- 2 Haziran 2017 tarihinde, Sn. Çelik, bu karar aleyhine İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi'nde, hakkında verilen mahkumiyet kararının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 10. maddesi ile koruma altına alınmış olan ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürerek, istinaf yoluna başvurmuştur. Sn. Çelik, aslen kendisinin ifade ve düşünce özgürlüğünün yargılandığını, zira yargılananın kullandığı ifadeleri değil ama yargı makamlarınca aleyhe yorum yapılmak suretiyle çıkarımda bulunulan niyet olduğunu ileri sürmüştür. İstanbul Bölge İstinaf Mahkemesi tarafından 27 Eylül 2017 tarihinde istinaf

benzer suçlamalarda bulunmuştur: <https://www.yeniakit.com.tr/haber/beyaz-showda-bir-propaganda-daha-122012.html>

⁷ Laura Pitel, “Turkey in Crisis: Renewal of conflicts with Kurdish militants is accompanied by a highly toxic political and media climate” (Krizde Türkiye: Kürt militanlarla çatışmaların yenilenmesi, son derece zehirli bir siyasi ve medya iklimi ile birlikte), *The Independent* (19 Ocak 2016), www.independent.co.uk/news/world/middle-east/turkey-in-crisis-renewal-of-conflict-with-kurdish-militants-is-accompanied-by-a-highly-toxic-a6821941.html

⁸ <http://www.diskbasinis.org/index.php/en/english/news/271-turkish-state-targets-citizens-right-to-obtain-the-news>

başvurusu reddedilmiş olup, sanık, 27 Ekim 2017 tarihinde Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur.

III- İfade Özgürlüğü ve Ceza Hukuku ile ilişkili Uluslararası Standartlar

10- AİHM'in 2017 tarihli *Beslan Okul Baskını* davasında hatırlatıldığı üzere, terörizmin önlenmesi, devletlerin yetki alanları içerisinde haklara saygının garantiye alınmasına yönelik insan hakları alanındaki pozitif yükümlülüklerinin bir parçasıdır.⁹ Devletler, güvenliği sağlama ve terörizmi önlemek için tedbir almak konusunda yetkilendirilmiş olmanın ötesinde, bazı koşullar altında bunlarla da yükümlüdür. İnsan hakları hükümleri, ayrımcılığa, kin ve nefrete veya şiddete tahrik eden herhangi bir ulusal, ırksal ya da dinsel düşmanlığın savunulmasını (Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi -MSHUS- md. 20/2), savaş propagandasını (MSHUS md. 20/3), ırksal düşmanlığı (Her Türlü İrk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme) ve nefret söylemini yasaklamıştır.¹⁰ Bu bağlamda, şiddet içeren terör eylemlerini doğrudan teşvik eden ya da bunlara katkıda bulunanlar da dahil olmak üzere, bir dizi durumda önleyici tedbirler alınmasının gerektiği kabul edilmektedir. Ancak bu yükümlülükler yerine getirilirken, devletler, ifade özgürlüğü de dahil olmak üzere, insan haklarına ve hukukun üstünlüğüne saygı duymayı güvence altına almak zorundadır.

11- İfade özgürlüğünün iki yönü söz konusudur: Bir yandan demokrasinin sağlıklı işlemesi için temel bir toplumsal değer iken,¹¹ diğer yandan düşünce özgürlüğü, din ve vicdan

⁹ AİHM, *Tagayeva Diğerleri v Rusya* (Başvuru no. 26562/07), 13 Nisan 2017. Rusya, önceden belirlenebilir terör tehdidini önlemek (aynı zamanda yeterli derecede karşılık vermek) konusunda ihlal içindedir. Pozitif yükümlülüklerin, başka bazı haklarla çatışmaya girebilecek olan doğası ve kapsamı çerçevesinde yürüyen tartışmalar için, bakınız; Liora Lazarus; "Pozitif Yükümlülükler ve Ceza Adaleti: Koruma Yükümlülüğü mü, Zorlama mı?" (OUP, 2012) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2214508

¹⁰ AİHS'in nefret söylemi içtihatlarına ilişkin bilgi özeti burada bulunabilir: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_ENG.pdf. Nefret söyleminin, sadece istismarın konusu olabilecek dar bir kategori olduğu ya da olması gerektiği belirtilmektedir. Bakınız, örnek olarak Nils Muižnieks, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, "Türkiye'de İfade özgürlüğü ve basın özgürlüğüne ilişkin memorandum" Doc CommDH(2017)5 15 Şubat 2017, parag 119-120, Türkiye devletinin, çoğunluğun dini görüşlerine hakaret ettiği düşünülen kişilere yönelik önlemleri meşrulaştırmak için, nefret söylemine ilişkin gerekçeyi istismar ettiği belirtilmektedir.

¹¹ AİHM, *Handyside v the Birleşik Krallık* (Başvuru no. 5493/72), 7 Aralık 1976, parag. 49: "ifade özgürlüğü; toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan (demokratik toplumun) ana temellerinden birini oluşturur."

özgürlüğü¹² ve kişi varlığının geliştirilmesi ve özel yaşama saygı hakkı da dahil olmak üzere, “her türlü insan haklarının kullanılması” için bir önkoşuldur.

12- İfade özgürlüğü, MSHUS madde 19 ve AİHS madde 10 kapsamında garantiye alınmış temel haklardan bir tanesidir. Söz konusu uluslararası insan hakları sözleşmeleri Türkiye tarafından onaylanmış ve iç hukuka dahil edilmiştir. Anayasa'nın 90. maddesi gereğince, söz konusu uluslararası sözleşmelerdeki düzenlemeler ile iç hukuk arasında bir çatışma ortaya çıktığı durumda bu uluslararası sözleşmelerde yer alan hükümler yasaların üzerindedir.¹³

13- İfade özgürlüğünün yalnızca zararsız kabul edilen düşünce ve görüşleri değil, ancak aynı zamanda “gücendiren, şok edici ya da rahatsız edici” ifadeleri de koruduğu bilinmektedir.¹⁴ AİHM'in belirttiği üzere, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik olmaksızın demokratik bir toplumdan söz edilemez.¹⁵

14- Ancak, ifade özgürlüğü mutlak bir hak değildir. Aşağıda daha ayrıntılı şekilde açıklandığı üzere, yasalarca öngörüldüğü, kesin olarak gerekli olduğu ve meşru bir amaç ile orantılı olup, dar yorumlandığı takdirde, bu özgürlüğe getirilen bir takım sınırlamalar haklı bulunabilir.¹⁶

15- Şiddete teşvik, geçmişten bu yana tutarlı bir biçimde, ifade özgürlüğünün kısıtlanması bağlamında meşru temel sağlayan istisnai durumlardan biri olarak kabul edildiği gibi belirli koşullar altında da bireysel cezai sorumluluğu gerektirebilir. Aşağıda daha ayrıntılı olarak ele alındığı üzere, Türkiye aleyhine AİHM önünde görülmüş önemli sayıda dava da dahil olmak üzere bu yaklaşım insan hakları mahkemeleri içtihatlarında görülmektedir.¹⁷

¹² BM İnsan Hakları komitesi 34 No'lu Genel Yorum (12 Eylül 2011), BM Doc. CCPR/C/GC/34, para. 2; Kevin Boyle and Sangeeta Shah, “Düşünce, ifade, örgütlenme ve toplanma” Daniel Moeckli, Sangeeta Shah, David Harris and Sandesh Sivakumaran (eds.), *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku* (2. baskı, OUP 2014), sf. 217.

¹³ Anayasa'nın 90. maddesi; “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”

¹⁴ *Handyside v Birleşik Krallık* (n 11) para. 49; *Dichand ve diğerleri v. Avusturya* (Başvuru no. 29271/95), 26 Şubat 2002, para. 52.

¹⁵ *Ibid*; ve AİHM, *Gündüz v Türkiye* (Başvuru no. 35071/97), 4 Aralık 2003, parag. 40 ve 51.

¹⁶ *Ceylan v. Türkiye* (Başvuru No. 23556/94), 8 Temmuz 1999, parag. 32; *Zana v Türkiye* (Başvuru no. 69/1996/688/880), 25 Kasım 1997, parag. 51.

¹⁷ AİHM, *Halis Doğan v Türkiye* (no. 2) (Başvuru no. 71984/01), 25 Temmuz 2006 tarihli kararı; *Ozgur Gundem v Türkiye* (Başvuru no. 23144/93), 16 Mart 2000 tarihli kararı; ve *Surek v Türkiye* (no. 2) (Başvuru no. 24122/94), 8 Temmuz 1999; *Müdür Duman v Türkiye* (Başvuru No 15450/03) 6 Ekim 2015 tarihli kararı.

Bu görüş ayrıca daha geniş uluslararası pratiğe de yansımıştır. Örneğin Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi 1624 sayılı kararında, devletlerin, terörizme teşviki iç hukuklarında “yasaklamaları konusunda çağrıda bulunmuştur.¹⁸ İfade özgürlüğünün belirli biçimleri ile mücadelede ceza hukukunun bir araç olabileceği bölgesel kural koyucu organlar tarafından da kabul edilmiştir: örneğin, gerek Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi¹⁹ (‘Avrupa Konseyi Sözleşmesi’), gerekse Avrupa Birliği Terörizmle Mücadele Direktifi²⁰ (‘AB Direktifi’) kapsamında teröre teşvik bir suç olarak tanımlanmıştır.

16- Bununla beraber, kovuşturmanın hukuka uygunluğu için katı bir takım zorunlulukların karşılanması gerektiği de açıktır. 1624 sayılı Güvenlik Konseyi kararına da yansıdığı üzere, Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri raporunda bu sınırları aşağıdaki şekilde açıklamıştır:

(Y)asalar sadece teröre doğrudan teşvik olduğu durumlarda ceza kovuşturmasına izin vermelidir. Yani, doğrudan suç işlenmesini teşvik eden, bir suç fiili ile sonuçlanmayı amaçlayan ve bir suç fiili ile sonuçlanması mümkün olan ifadeleri kapsamalıdır.²¹ (vurgular eklenmiştir.)

17- Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi’nin 5. maddesi, ilgili suçu “bir terör eylemini işlemeye alenen teşvik” olarak düzenlerken, bu suçun unsurlarını şu şekilde sıralamıştır:

(T)erör suçunun işlenmesini kısırtmak niyetiyle, böyle bir eylemin dolaylı olsun veya olmasın terör suçlarını savunarak, bir veya birden fazla suçun işlenmesi tehlikesine yol açacak bir mesajın kamuoyuna yayılması veya başka bir şekilde erişilebilir hale getirilmesi anlamına gelir.²² (vurgular eklenmiştir.)

18- Bu bağlamda terör eylemini teşvik suçunun üç temel unsuru olduğunun altı çizilebilir: öncelikle a) kamuya yönelik bir açıklama olması, b) kişinin terörizme teşviğe yönelik

¹⁸ BM Güvenlik Konseyi Kararı 1624 (2005), UN Doc. S/43S/1624 (2005), para. 1 (a).

¹⁹ CETS no. 196, düzenlenme tarihi 16 Mayıs 2005 olup, 1 Haziran 2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bknz <https://rm.coe.int/168008371c>

²⁰ AB Konseyi ve Parlamentosu Direktifi 'nin 2017/541 sayı ve 15 Mart 2017 tarihli terörizmle mücadele ve replacing 2002/475/JHA sayılı Konsey Çerçeve Kararı'nın ve 2005/671/JHA Konsey kararının değiştirilmesi. Bkn: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32017L0541&from=EN>

²¹ BM Genel Kurulu, “Teröre karşı mücadelede insan hakları ve temel özgürlüklerin korunması: Genel Sekreterin Raporu” (28 Ağustos 2008), BM Belgeleri.

²² (n 19)

subjektif bir niyetinin bulunması ve c) kişinin bu fiilinin terörün teşvikine yönelik objektif bir tehlike yaratması gerekir.

19- Bazı ülkelerin yasalarında *doğrudan* terörizmi teşvik suçunun yanında, aynı zamanda terörizmi “cesaretlendirme”, “övme”, “savunma”, “meşrulaştırma” gibi birçok *dolaylı* fiilin²³ de suç kapsamına alındığı görülmektedir. Bu yasaların ve uygulamalarının insan hakları ve ceza hukukunun temel güvencelerine uygunluğu hususunda ise endişeler söz konusudur.²⁴

İfadenin suç olarak kabul edilmesini sınırlandıran ve insan hakları ve hukukun üstünlüğü ile uyumlu işbu güvenceler aşağıdaki bölümlerde özetlenmiştir. Her ne kadar kesşseler de, bu bölümde sırasıyla uluslararası insan hakları hukuku ile ceza hukuku prensipleri ayrı olarak ele alınmaktadır.

İnsan Hakları Hukuku Kapsamında Sınırlayıcı İlkeler

20- İfadeye yönelik suçlar insan hakları hukuku ve özellikle ifade özgürlüğünü sınırlandıran ilkelerle uyumlu bir biçimde yorumlanıp uygulanmalıdır. İfade özgürlüğüne getirilen sınırlamaların kabul edilebilirliğiyle ilişkili temel kriterler olan, yasalarca öngörülme, meşru bir amaç gözetme ile bu amaç bağlamında gerekli ve ölçülü olma ilkeleri²⁵, uluslararası sözleşmeler içerisinde yer almaktadır.²⁶

Yasalarca Öngörülme Kriterinin Karşlanması

21- AİHS, sözleşme kapsamında yer alan haklar üzerine getirilecek olan her nev'i sınırlamanın açık bir yasal dayanağının bulunması ve geniş anlamda hukukun üstünlüğü prensibi ile uyumlu olmasını şart koşar. “Yasa tarafından öngörülme” kriteri, yalnızca söz konusu

²³AHİM, *Ekin Derneği v Fransa*, (Başvuru no. 39288/98), 17 Temmuz 2001, par. 58-65; Muižnieks (n **Error! Bookmark not defined.**); BM İnsan Hakları Komitesi, Birleşik Krallık hakkında Sonuç Gözlemleri (2008), UN Doc. CCPR/C GBR/CO/6.

²⁴ Bu tartışma hakkında örnek ve detaylar için bkn. Helen Duffy ve Kate Pitcher, “Terörizme Teşvik? İfade ile İlişkili Suçlar ve Yasanın Sınırları”, Ben Goold ve Liora Lazarus, *Güvenlik ve İnsan Hakları* (Hart Bloomsbury Yayınları 2019) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3156210. *Terör yasalarının daha kapsamlı eleştirel incelemesi için*, bkn Helen Duffy, *Terörle Savaş ve Uluslararası Hukukun Kapsamı* (2. Baskı, CUP 2015), Chs. 2, 7B.

²⁵ Örneğin, AİHS md. 10/2 müdahalelerin; “yasa ile öngörülme ve düzensizliğin ve suçun önlenmesi amacıyla ya da sağlık ve/veya ahlakın korunması için demokratik bir toplumda, kamu düzeninin (inter alia), toprak bütünlüğünün ya da kamu güvenliğinin korunması için gerekli” olması gerektiğini öngörür.

²⁶ Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme Madde 19 , İnsan Hakları Evrensel Beyanname Madde 19 ; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 10, Amerikalılar arası İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 13 ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi Madde. 9.

önlemin iç hukukta yasal bir dayanağının olması anlamına gelmez, aynı zamanda bu yasanın “kişinin davranışını ayarlayabilmesini sağlayacak kesinlikte ve belirli bir eylemin ortaya çıkarabileceği sonuçları makul ölçüde öngörebileceği şekilde formüle edilmelidir”²⁷

22- Uluslararası düzeyde sürekli olarak kaygıya sebebiyet veren, terörizmle ilişkili suçların belirsizliği ve potansiyel genişliği karşısında ifadenin suç olarak kabul edilmesine yönelik keyfiliğin önlenmesinde “yasa ile öngörülme” kriteri, önemli bir rol oynamaktadır. Avrupa Konseyi İnsan Hakları eski Komiseri Thomas Hammarberg, “terörle mücadele kapsamında insan haklarına getirilen sınırlamaların mümkün olduğu kadar net tanımlanması gerektiğini çünkü terör suçlarının tanımında kullanılan aşırı geniş ve muğlak dilin sübjektif yorumlamalara sebebiyet verdiğini,”²⁸ vurgulamıştır.

23- Avrupa Konseyi Kriz Zamanlarında İfade ve Haber Alma Özgürlüğünün Korunmasında Rehber İlkeler içeriğinde önerildiği üzere; “Üye devletler, kriz zamanlarında ifade ve haber alma özgürlüğünün sınırlanması konusunda muğlak ifadelerden kaçınmalıdırlar. Şiddete teşvik ve kamu düzenin bozulması hususları yeterli derecede ve açıklıkla tanımlanmalıdır”²⁹ Aynı şekilde, İnsan Hakları Komitesi de, terörizmi “övme”, “yüceltme” yahut “meşrulaştırma” gibi suçların, ifade özgürlüğüne gereksiz veya orantısız müdahale edilmesine yol açılmamasının garanti altına alınabilmesi için, bu suçların net bir biçimde tanımlanması gerektiğinin altını çizmiştir.³⁰

24- Aynı şekilde, AİHM de, kanun kalitesi kriterinin, yasanın ilgili kişiler için erişilebilir olması ve etkileri bağlamında öngörülebilir olmasını gerektirdiğini tekrarlamaktadır.³¹ Yakın tarihte *İmret v. Türkiye (no:2)* ile *Bakır ve Diğerleri v. Türkiye* davalarında; Mahkeme, cezai sorumluluğun temelini oluşturan hukuk kurallarının, yeterli açıklıkla formüle edilmesi gerektiğine ve kamu otoriterleri tarafından hakların sınırlandırılması noktasında keyfi müdahalelere karşı yeterli koruma tedbirlerini sağlayabilmesi gerektiğine işaret

²⁷ AİHM, *Öztürk v Türkiye kararı* (Başvuru [GC], no. 22479/93), 28 Eylül 1999 tarihli Yüce Divan Kararı, para. 54..

²⁸ Thomas Hammarberg, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, 10 Ocak 2012 tarihli Türkiye ziyareti akabinde düzenlenen gözlem raporu (CommDH(2012)2). Bakınız: <https://rm.coe.int/16806db70f>; , Dipnot 5, Para.17.

²⁹ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi İfade Özgürlüğü ve Bilginin Kriz Zamanlarında Korunması Rehberi, 26 Eylül 2007, Bakanlar Kurulu 105. oturum, Rehber IV, para. 19: Venedik Komisyonu, Terörle Mücadele ve İnsan Hakları ile ilgili rapor, Çalışma no. 500/2008, CDLAD(2010)022, 05 July 2010.

³⁰ İnsan Hakları Komitesi, CCPR/C/GC/34, Genel Görüş 34, (N:12) 12 Eylül 2011, para. 46.

³¹ AİHM, *İmret v Türkiye (no. 2)*, (Başvuru no.: 57316/10), 10 Temmuz 2018 tarihli kararı, para.42; *Bakır ve Diğerleri v. Türkiye* (Başvuru no. 46713/10), 10 Temmuz 2018 tarihli kararı, para. 52..

etmektedir.³² Bu bağlamda, hem ceza hükümleri, hem de uygulaması, yargısal takdir yetkisinin keyfi kullanımına karşı yeterli korumayı sağlayacak ölçüde açık, belirgin ve öngörülebilir olmak zorundadır. Yasa ile öngörülme kriteri ve yine ceza hukuku ile ilişkili olarak özellikle katı bir yaklaşımı gerektiren ceza hukukunun temel prensibi olan *nullum crimen sine lege* (kanunsuz suç olmaz ilkesi) bağlamında gereklidir. (Bu prensip insan hakları sözleşmelerinde de yer almakta olup aşağıda ceza hukuku ilkeleri bölümünde tartışılmıştır.)

Meşru bir Amacın Varlığı

25- Suçun önlenmesi ve ulusal güvenlik ya da kamu düzeninin korunması, belirli durumlarda terörle mücadele kapsamında hakların sınırlandırılmasını haklı kılacak meşru amaçlar olarak kabul edilebilir. Bu kategoriler geniş olmakla birlikte, açık uçlu ya da belirsiz değildir. Türk yasa ve uygulamasında sıklıkla karşılaşıldığı üzere, devletin çıkarlarının korunması ise, kendi başına insan hakları sözleşmelerinde kabul edilmiş yeterli bir meşru amaç değildir.³³

26- Her ne kadar meşru amaç ölçütü, AİHM kararlarında dikkat çeken bir odak noktası olmamaktaysa da, son derece önemli bir kriterdir.³⁴ Terör ve teröre teşvik ile ilişkili yasaların başka amaçlarla kötüye kullanılmasına karşı korumanın sağlanabilmesi için bu kriter dikkatli bir şekilde değerlendirilmelidir. İlgili kriter, Anayasa Mahkeme'sinin, somut vakada ilgili yasalar ve uygulamalarının, iddia edilen amacın sağlanmasına yönelik olup olmadığını incelemesini gerektirmektedir. “Meşru amaç” kriteri, gerçekten terörizmin önlenmesi ile anlamlı bir bağlantı taşımayan kısıtlamalar ile bu bağı taşıyanlar arasında bir ayırım yapılmasını gerektirir. Günümüzde “terörle mücadele” adı altında alınan önlemlerin yaygın ve geniş kapsamlı doğası ve bunların aşağıda da vurgulandığı üzere, insan haklarının savunulması ve uygulanması üzerindeki geniş kapsamlı etkileri, uygulamada terörle mücadele yasalarının nadiren insan hakları sözleşmelerinde tanımlandığı şekilde meşru amaçlarla uyumlu durumlarda kullanıldığını göstermektedir.

³² Ibid, para.53 ve 54; *Malone v. Birleşik Krallık*, (Başvuru no. 8691/79), 2 Ağustos 1984, par. 67.

³³ Muižnieks (n 10) Avrupa Komisyonu İnsan Hakları Komiseri, Türkiye'de İfade Özgürlüğü ve Basın Özgürlüğü Memerandumu CommDH(2017)5paras. 50, 62, 15 Şubat 2017.

³⁴ AİHM, *Perincek v. İsveç*, (Başvuru no. 27510/08), 15 Ekim 2015, para.145; *Izmir Savas Karsitlari Dernegi v. Türkiye*, (Başvuru no. 46257/99), 2 Mart 2006, para.35.

27- Yine, hakların sınırlanmasının altında yatan amaçların meşru olup olmadığının yargı makamlarınca değerlendirmesi AİHS'in 18. maddesi bağlamında da önemlidir. 18. madde içeriğinde, devletlerce haklar üzerinde sözleşmede öngörülmuş amaçlar dışında bir sınırlandırma yapılamayacağı düzenlenmiştir. Bir devletin, muhalifleri kovuşturmak saikiyle terörü teşvik ve terörizm propogandasını kullanma riski karşısında, 18. maddenin ihlali söz konusu olabilir.³⁵

28- Sınırlamaların gerçekten meşru kamusal amaçlara hizmet ettiğinin varsayıldığı durumlarda bile, AİHM'in ifade özgürlüğü ile ilişkili davalarda sıkı bir şekilde uyguladığı bir başka ölçüt sınırlamanın demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olmasıdır.

Gereklilik ve ölçülülük testi

29- İfade özgürlüğü üzerindeki her nevi sınırlama - "zorunlu toplumsal gerekliliklerle" uyumlu olacak şekilde- gerekli ve belirlenmiş meşru amaç bağlamında ölçülü olmak zorundadır.³⁶ Ölçülülük ilkesi, ifade özgürlüğü ile terörle mücadele ya da güvenlik gibi diğer çıkarlar arasında basit bir 'dengeleme' çalışması olarak anlaşılmamalıdır. AİHM tarafından vurgulandığı üzere; *"(mahkeme) çatışan iki ilkeden birinin seçimiyle değil, fakat dar yorumlanması zorunlu olan istisnalar ile sınırlanabilen ifade özgürlüğü ilkesi ile (karşı karşıyadır)"*³⁷ Bu konu hakkında bir ihtilaf doğduğunda, ifade özgürlüğüne getirilen kısıtlamanın hukuksal temelini ortaya konulması hususunda ispat yükü devletin üzerine düşer.³⁸

30- Eğer bir ifade ulusal güvenlik için tehdit oluşturduğu gerekçesi ile sınırlanmışsa, söz konusu tehlike soyut ya da varsayımsal olmamalıdır. Amerikalılar arası ve Avrupa insan hakları mahkemeleri içtihatlarında açıklığa kavuştuğu üzere, ifade özgürlüğü üzerinde

³⁵ AİHS md. 18; "Haklara Getirilecek Kısıtlamaların Sınırlanması" başlığı altında; "Anılan hak ve özgürlüklere bu Sözleşme hükümleri ile izin verilen kısıtlamalar öngörüldükleri amaç dışında uygulanamaz" düzenlemesini getirmiştir.

³⁶ AİHM, *Handyside v Birleşik Krallık* (n 11) para. 49.

³⁷ AİHM, *Sunday Times v Birleşik Krallık (no. 1)* (Series A, no. 30), 29 March 1979 tarihli kararı, para. 65.

³⁸ BM Genel Kurulu, Düşünce ve İfade Özgürlüğü Hakkı Düzenlemesi ve Korunması, 6 Eylül 2016, [UN Doc. A/71/373](#), para. 9 – BM İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorum [No 34](#), (2011), paras. 27 and 21.

sınırlamanın meşru olabilmesi için demokratik bir toplumda, en azından, kamu düzenine karşı “ciddi bir kargaşaya yönelik makul bir tehdit”³⁹ söz konusu olmalıdır.⁴⁰

31- İfade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın gerekli olup olmadığı hususunda bir karara varılırken, insan hakları mahkemeleri ve organları her bir dosyadaki özgün duruma göre değerlendirme yapmak zorundadır. Herhangi bir kısıtlamanın gerekliliği ve ölçülülüğünün değerlendirilmesi, her bir vakaya özgü olgu ve içerik çerçevesinde yürütülür. AİHM; “yapılan müdahalenin ölçülü olup olmadığını, söz konusu ifadenin içeriği ve kullanıldığı bağlamı da kapsayacak bir şekilde, söz konusu vakayı bir bütün olarak göz önüne alarak inceler” (vurgu eklendi).⁴¹ Sonuç olarak; yasal standartlar, kaçınılmaz olarak, dava özelindeki olaylarla iç içe geçmektedir.⁴²Bütün bunlarla birlikte, mahkeme içtihatının gözden geçirilmesi sınırlamanın gerekliliği ve ölçülülüğü konusunda AİHM'in göz önünde bulundurduğu belirli faktör ve ilkeler olduğunu ortaya koymaktadır. Mahkeme'nin mevcut dosyayı değerlendirmesine katkı sunabilecek olan ve gereklilik ve ölçülülükle ilişkili kabul edilen faktörler aşağıda belirtilmiştir.

İçerik ve bağlam: şiddete veya nefrete teşvik var mı?

32- Bir müdahalenin gerekliliği noktasındaki değerlendirmede en sık sorulan sorulardan bir tanesi, ilgili ifadenin içeriğinin belirli bir bağlamda şiddete teşvik ya da nefret söylemi olarak kabul edilip edilemeyeceğidir.⁴³ AİHM tarafından ifade özgürlüğünün kısıtlanmasının haklı kabul edilmesi yönünde temel kriter; “şiddete çağrı” veya “nefrete tahrik” olgularının söz konusu olmasıdır.⁴⁴ Dolayısıyla korunma kapsamındaki bir ifadenin geçemeyeceği kırmızı çizgi; söz konusu ifadenin şiddete, silahlı ayaklanmaya ya da isyana

³⁹ Amerikalılar Ararası İnsan Hakları Mahkemesi, *Francisco Uson Ramirez v Venezülla*, 20 Kasım 2009 tarihli kararı. Dava 577-05, Rapor No. 36/06, Amerikalılar Arası İ.H.M., OEA/Ser.L/V/II.127 Doc. 4 rev. 1 (2007), para 89.

⁴⁰ Örn. AİHM, *Zana v. Türkiye*, (Başvuru No. 18954/91), 25 Kasım 1997 tarihli kararı; *Sürek v. Türkiye* (No.1), (Başvuru No. 26682/95), 8 Temmuz 1999 tarihli kararı; *Sürek v. Türkiye* (No. 3) (Başvuru No. 24735/94),8 Temmuz 1999 tarihli kararı; *Medya FM Reha Radyo ve İletişim Hizmetleri A.Ş v Türkiye* (Başvuru no. 32842/02), 14 Kasım 2006 tarihli kabul edilebilirlik kararı

⁴¹ AİHM, *Ceylan v Türkiye* (n 16), para. 32.

⁴² Örnek olarak bkn. AİHM, *Leroy v. Fransa*, (Başvuru No. 36109/03), 2 Ekim 2008 tarihli kararı, para. 3-8.

⁴³ örn. AİHM, *Halis Doğan v Türkiye* (no. 2), (Başvuru No. 71984/01), 25 Temmuz 2006 tarihli kararı; *Fatullayev v Azerbaycan*, (Başvuru No. 40984/07), 22 Nisan 2010 tarihli kararı; *Şener v Türkiye*, Başvuru No. 26680/95, 18 Temmuz 2000, para. 39, 41; *Özgür Gündem v Türkiye* (Başvuru No. 23144/93) 16 Mart 2000 tarihli AİHM kararı, AİHM Raporlar 2000-III(n 17); ve *Sürek v Türkiye* (no. 2) (n 17)(Başvuru No. 24); *Müdür Duman v. Türkiye*, (n 17) No 15450/03, 6 Ekim 2015.

⁴⁴ AİHM, *Gözel ve Özer v.Türkiye*, Başvuru No. 43453/04, 6 Temmuz 2010,tarihli kararı para 56, 60.

çağrı yapması veya şiddeti artırabilecek ya da fiziksel bütünlüğü tehlikeye atabilecek bir düşmanlığı tetiklemesidir.⁴⁵

33- Bununla beraber, neyin şiddete teşvik kapsamına girdiği konusunda da katı bir yaklaşım gerekmektedir. AİHM içtihatları hangi türde ifadelerin şiddetiteşvik olarak kabul edilemeyeceği ve ilgili ayrımlar konusundarehberlik sunmaktadır. Bu bağlamda Mahkeme, “yasaklanmış bir örgütün amaçlarına ilişkin uzlaşmazlık mesajı ile kin ve şiddete teşvikin birbirine karıştırılmayacağını” belirtmiştir.⁴⁶ Hakkın kısıtlanabilmesi ve teşvikten söz edilebilmesi için; “direniş”, “mücadele”, “kurtuluş” gibi kelimelerin kullanımından ya da “devlet terörü” yahut “soykırım” suçlamalarından daha fazlası gerekmektedir.⁴⁷ Aynı şekilde, bir terör örgütünün liderine, şiddete teşvik sözkonusu olmaksızın destek ifade etmek de yeterli olmayacaktır.⁴⁸

34- Bunun da ötesinde, AİHM, gerek illegal örgüt mensubu olan bir kişinin görüşünün yayımlanmasının⁴⁹, gerekse hükümet politikalarına yönelik sert bir kamusal eleştirinin, kendi başına ifade özgürlüğünün sınırlanmasını haklı kılmayacağını belirtmiştir.⁵⁰ AİHM, demokratik bir toplumda basın özgürlüğünün önemini vurgulayarak, radikal görüşleri destekleyen grupların dahi kendilerini barışçıl yollarla ifade edebilecek kanallara sahip olması gerektiğini ve kamuoyunun bu görüşler hakkında bilgilendirilme hakkını kabul etmektedir.⁵¹

35- Bağlam, bir ifadenin içeriğinin nasıl anlaşılması gerektiği ile ilişkilidir. Örneğin; *Sürek ve Özdemir* davasında; AİHM bir ifadenin terörizmi “meşru gösterme”, “teşvik” veya “övme” sonuçlarını doğurup doğurmayacağını, açıklamanın içeriği kadar, ifade edildiği bağlama da bağlı olduğunu

⁴⁵ AİHM, *Sürek v. Türkiye* (No.1), Başvuru No. 26682/95, 8 July 1999 tarihli kararı .

⁴⁶ AİHM, *Sürek ve Özdemir* (Başvuru No Yüksek Mahkeme Kararı), *Erdoğdu v. Türkiye*, (Başvuru No. 25723/94), 15 Haziran 2000 tarihli kararı, Raporlar 2000-VI ve ; *Ceylan v. Türkiye*, (n 16)

⁴⁷ *Ceylan v Türkiye* (n 16), para. 34.

⁴⁸ AİHM, *Yalçınkaya ve diğerleri v Türkiye* (Başvuru No. 51497), 24 Haziran 2014 tarihli kararı, (Fransızca), para. 34.; Terörist kabul edilen bir organizasyonun liderine saygı göstermek anlamına gelecek bir ifadeye ilişkin ceza kovuşturması – şiddete teşvik yahut şiddet eylemlerini onaylama olmaksızın- ifade özgürlüğünün haksız olarak sınırlandırılması anlamına gelir.

⁴⁹ AİHM, *Gözel ve Özer v Türkiye*, (n 44)

⁵⁰ AİHM, *Belek v. Türkiye* (Başvuru No'ları. 36827/06, 36828/06, 36829/06), 20 Kasım 2012 tarihli kararı; *Demirel ve Ateş v Türkiye* (Başvuru No. 75512/01), 12 Nisan 2007 tarihli kararları.

⁵¹ AİHM, *Şener v Türkiye* (n 43), para. 41; AİHM, *Jersild v Danimarka* (Başvuru No. 15890/89), 23 Eylül 1994 tarihli kararı, para. 31.

belirtmektedir.⁵² Bağlamın incelenmesi kapsamında, Mahkeme yakın zamanda gerçekleşmiş olayları, olaylarla söz konusu ifade arasında geçen zamanı⁵³ ve bölgedeki şiddetin tarihini göz önünde bulundurabilir.⁵⁴ İfadenin, mevcut siyasi meseleleri çevreleyen geniş ve meşru bir tartışma kapsamında, güç kullanımı ve insan haklarına etkisi bağlamında gerçekleşip gerçekleşmediğini de dikkate almak uygun olabilir.⁵⁵ Söz konusu dönemde, BM Yüksek Komiseri ve Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri gibi bir çok uluslararası aktör , bölgede gerçekleştiği iddia edilen insan hakları ihlallerine ilişkin endişelerini dile getirmiş ve sokağa çıkma yasağından etkilenen bölgelere bağımsız gözlemcilerin ve medyanın erişiminin sağlanması için ulusal yetkililere çağrıda bulunmuştur. Bu kişilerin söz konusu ifadeleri açık ki propaganda niteliği taşımamaktaydı.

36- Kısacası, yerel mahkemeler tarafından bir ifadenin gerçekten şiddete veya düşmanlığa çağrı içerip içermediğinin anlaşılması için ifadenin içeriği, tonu, amacı, bağlam ve etkisinin bütünsel olarak analiz edilmesi gerekmektedir. Aksine, ifadenin yasa ile otomatik olarak baskılanması, AİHM'in *Gözel ve Özer* kararında tanımlandığı üzere; ilgili davada kısıtlamaların gerekli ve haklı olup olmadığına yönelik yerel mahkemeleri metinsel ve bağlamsal bir inceleme yapabilmeye olanağından yoksun bırakacağından , bu durum haklı kabul edilemez.⁵⁶

İfadenin belirli tür ve formlarının özel olarak korunması: Siyasi nitelikli ifade

37- Genel olarak AİHM, ulusal makamlara ulusal güvenliğin korunması hususunda diğer bağlamlardan daha geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. Bununla beraber, takdir yetkisinin genişliği, siyasi ifade yahut kamu çıkarını ilgilendiren konulara dair ifadeler söz konusu olduğunda daralma eğilimindedir. AİHM, md. 10/2 içeriğinde; siyasi konuşma ya da tartışma

⁵² AİHM, *Sürek ve Özdemir v Türkiye*, (n 46).

⁵³ Örneğin, *Lehideux ve Isorni v Fransa* kararında Mahkeme, bir Fransız Nazi işbirlikçisi hakkında övgüde bulunan sözlere atıfta bulunurken; "40 yıl sonra bu tür görüşler değerlendirilirken, 10 ya da 20 önceki ciddiyetle değerlendirme yapmak uygun değildir" hükmünü kurdu. AİHM, *Lehideux ve Isorni v Fransa* (Başvuru No. 55/1997/839/10452466/94), 23 Eylül 1998 tarihli kararı, para 55.

⁵⁴ AİHM'in *Leroy v Fransa* (n 42) kararında, ilgili karikatürün Bask bölgesinde yayımlanmış olması, bu bölgenin özellikle ulusal güvenlik tehditleri konusundaki duyarlı yapısı, söz konusu karikatürün ulusal güvenlik için bir tehdit olarak algılanmasındaki faktörlerden biri oldu. Benzer şekilde, bkn. *Purcell ve diğerleri v İrlanda*, (Başvuru No. 15404/89) 16 Nisan 1991 tarihli abul edilebilirlik kararı,

⁵⁵ AİHM, *Gözel ve Özer v Türkiye* (n 44); *Leroy v Fransa* (n 42) para. 37-39, 46-47; *Sürek ve Özdemir v Türkiye* (n 46) para. 51, 57.

⁵⁶ AİHM, *Gözel ve Özer v. Türkiye* (n 44), mahkemeler, yasaklanmış gruplar tarafından gerçekleştirilmiş açıklamalar, ifadeler ya da bu gruplarla ilgili bilgilerin yayımlanmasını otomatik olarak suç kabul etmeden önce; basının işlevini, kamusal hakları ya da içeriği belirleyen diğer dinamikleri gözetmelidir.

alanına dair ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamaların dar bir kapsama sahip olduğunu vurgulamaktadır.⁵⁷

38- AİHS md 10. yalnızca ifade ve görüş ve düşünceyi yayma özgürlüğünü değil, aynı zamanda kamuoyunun bu bilgilere erişim hakkını da korumaktadır.⁵⁸ Bilgi ve düşünce akışının önemi sebebiyle, demokratik toplumlarda siyasi ifade geniş bir özgürlük alanından yararlanmakta ve bunlara getirilecek olan sınırlamaların özel gerekçelere dayanması gerektirmektedir. Devlet makamları ulusal güvenliği veya kamu düzenini korunmak için önlemler almak zorunda kaldıklarında dahi, prensip olarak, her ne kadar uygunsuz olduğu varsayılsa dahi politik görüşlerin ifadesine engellenmemeli veya bireylerin bilgi ve görüşe erişim hakkına müdahale etmemelidir, çünkü bu tür teatiler çoğulcu demokrasinin merkezinde yer almaktadır.,.

39- Ortaya çıkabilecek herhangi bir uyuşmazlığın çözümlenebilmesi için, AİHM, konuşmanın içeriğini kaynağından ayırmıştır. Bu nedenle, şiddeti savunmayan açıklamaların yayımlanmasına dair sınırlamalar, bu açıklamaların yasadışı bir örgüt tarafından yapıldığı gerekçesi ile haklı gösterilemez; bu konuda Mahkeme Türkiye ile ilgili bir dizi benzer davada AİHS'in 10. maddesinin ihlal edildiğini tespit etmiştir.⁵⁹ Aynı zamanda AİHM'in, bireyler tarafından ifade edilen görüşlerin, yasadışı bir örgüt tarafından *destekleniyor ya da paylaşıyor olmasının* yeterli bir gerekçe olmadığına ilişkin tespitleri işbu dava ile bağlantılı olma olasılığına sahiptir yönden. Avrupa Konseyi İnsan Hakları eski Komiserleri Thomas Hammarberg ve Nils Muižnieks tarafından da ifade edildiği üzere; ifade edilen bir görüşün yasadışı bir örgütün amaç ya da talimatları ile denk düşmesi yol gösterici ölçütler olarak kabul edilemez.⁶⁰ Şiddete ya da düşmanlığa çağrının bulunmadığı hallerde, yetkililerin icraatlarını eleştiren⁶¹, terörizm ya da toplumsal gerginliğin sebep ve kaynaklarını tartışan ya da alışılmış olmayan veya demokratik olmayan, örneğin şeriatın savunulması gibi, görüşleri dile getiren ifadeler⁶², şiddete çağrı içermediği müddetçe md. 10 kapsamında ifade özgürlüğünden yararlanabilir.

⁵⁷ AİHM, *Belge v. Türkiye* (Başvuru , No.: 50171/09), 06 Aralık 2016 tarihli kararı, para.31.

⁵⁸ AİHM, *Lingens v Austria*, (Başvuru No. 9815/82), 8 Temmuz 1986 tarihli kararı.

⁵⁹ AİHM, *Belek ve Velioğlu v Türkiye*, (Başvuru No, 44227/04), 6 EKim 2015 tarihli kararı; *Gözel ve Özer v. Türkiye*, (n 44).

⁶⁰ Thomas Hammarberg tarafından düzenlenmiş rapor, CommDH(2012)2, para.70; Nils Muižnieks tarafından düzenlenmiş memorandum (n 10)

⁶¹ AİHM, *Gerger v Türkiye* (Başvuru no. 24919/94), 8 Temmuz 1999 tarihli kararı, para.50; *Şener v. Türkiye*, (n 43).

⁶² AİHM, *Gündüz v. Türkiye*, (n 15).

Müdahalenin niteliği: Ceza hukukuna başvurulmasından kaçınılması

40- Ceza kovuşturması, kovuşturmanın sujesi olan kişiler üzerindeki sonuçları ve bunun yanı sıra başkaları üzerinde yarattığı caydırıcı etki göz önünde bulundurulduğunda, haklara yönelik doğrudan ve aşırı bir müdahale teşkil ettiğinden, diğerlerine oranla ceza hukukuna başvurulabilmesi için daha katı gerekçeler bulunması gerekmektedir. Bununla ilişkili olarak, AİHM; eleştirilere cevap verilmesi bağlamında “hükümetin sahip olduğu egemen konum(un), cezai işlemlere başvurulması konusunda bir tahdit uygulamasını zorunlu kıldığını” belirtmektedir.⁶³ Her bir davanın özellikleri içerisinde katı bir biçimde gerekçelendirilmesi zorunlu olan ceza hukukuna başvuru, sıklıkla *ultimo ratio* (son çare) olarak istisnai bir önlem olarak tarif edilmektedir. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi Yargıcı Ramirez'in açıkladığı üzere;

“demokratik bir ortam' içerisinde, davranışların suç olarak kabul edilmesi ve cezai müeyyidelere maruz bırakılması, ancak bütün diğer yollar tüketildiğinde ya da bu yolların yetersiz kalacağı ispatlandığında başvurulabilecek en son çaredir. O zaman, ama sadece o zaman demokrasi, cezai önlemlere başvurur, zira bu artık zorunlu ve kaçınılmazdır.”⁶⁴

41- Titizlikle ele alınan zorunluluk ve orantılılık denkleminde, bir ifade temel alınarak ceza kovuşturması yürütülüp aleyhe hüküm kurulabilmesi için, özellikle ağır basan haklı gerekçelerin olması gerekmektedir. Bazı sınırlamaların gerekli olabileceği durumlarda ise, gözetilen meşru amaca uygun olabilecek, daha az müdahaleci alternatifler göz önünde bulundurulmalıdır.

Cezaların niteliği ve ağırlığı

42- Buna karşılık, ceza hukukuna başvurulmasının istisnai olarak haklı olabileceği durumlarda dahi, uygulanacak cezanın oranı, ölçülülük ilkesinin değerlendirmesinde belirleyici temel bir faktör olacaktır.⁶⁵ Örneğin, 11 Eylül 2001'in hemen akabinde yayımlanan ve “Biz bunu hep hayal etmiştik, Hamas yaptı” yazısını içeren karikatür hakkında görülen *Leroy v. Fransa* davasında, AİHM kararındaki belirleyici faktörlerden bir tanesi, her şey göz önünde

⁶³ AİHM, *Karatas v. Türkiye* (Başvuru No. 23168/94), 8 Temmuz 1999, para.50; *Ceylan v. Türkiye* (n 16), para.34.

⁶⁴ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, *Ulloa v Costa Rica*, Seri C no. 107 (2 Temmuz 2004). Daha geniş bilgi , Natasa Mavronicola, “Suç, Ceza ve AİHS md. 3: Ceza Hukuku Kapsamında Mutlak bir Hakkı Uygulamanın Reçetesi ve Bilinmezleri” (2015), *Human Rights Law Review*, Sayı 15, Issue 4, 1 Aralık 2015, pp. 721–743.

⁶⁵ *Ceylan v Türkiye* (n **Error! Bookmark not defined.**) para. 49; *Şener v Türkiye* (n 43), para.39.

tutulduğunda; 1.500 Euroluk para cezasının makul bir yaptırım olup, sözleşme'nin 10. maddesini ihlal etmediği hususu idi.⁶⁶ Özgürlükten yoksun bırakmak bir norm olmamalı ve AİHM içtihatlarına da yansıdığı üzere; söz konusu suçun ciddiyetine göre özel olarak gerekçelendirilmelidir.⁶⁷ Hapis cezalarının yerindeligi, sanığın kişisel durumu da dahil olmak üzere; söz konusu dava ile ilgili tüm olgu ve durumların bütünlüklü bir şekilde değerlendirilmesine dayanmalıdır.

43- Gerçekten de, Mahkeme, şiddet içermeyen ifade biçimleri söz konusu olduğunda, prensip olarak, bu ifadelerin bir hapis cezası tehdidinde maruz bırakılmaması gerektiğini açıkça ortaya koymaktadır.⁶⁸ Bu nedenle, siyasi ifadeye müdahale edilmesi nasıl ciddi endişeler doğurmakta ise, bu ifadeler için ceza hukuku yaptırımlarına başvurulması ve bunun da ötesinde hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedildiği hallerde daha ciddi endişeler açığa çıkmaktadır.

Ceza Hukuku Kapsamında Sınırlayıcı İlkeler

44- Ceza hukuku, genellikle doğası gereği duyarlıdır, aynı zamanda terörizm de dahil olmak üzere gelecekteki suçları önlemeyi ve caydırıcı olmayı hedefler. Son yıllarda birçok ülkede kamu otoriteleri terörün sebep olduğu şiddet hayata geçmeden önce, örneğin alttan alta bir suç planı geliştirilip henüz ilk adımları atılırken, müdahale edebilmek amacıyla ceza hukukunu genişletme arayışında olmuşlardır. Ancak, eğer ki ceza hukuku terörle mücadele bağlamında erken müdahalenin bir aracı olarak kullanılacaksa, bireysel cezai sorumluluğun tesisi ve ceza belirlemesinin fiil ve kasıtlı uyumlu olmasının sağlanması anlamında ceza hukukunun temel prensiplerine saygı gösterilmesi bir zorunluluktur.

“Zarar ilkesi” ve zararın uzaklığı

45- Ceza hukuku genellikle, bireylerin suç oluşturan davranışlarının sonucu olarak ortaya çıkan zarara yönelik bir karşılık verir. Kovuşturmaya konu olan ifadeyle ilgili suçlarda, asgari olarak suç şüphesi uyandıran ifade ile gerçek ve kastedilen zarar riski arasında açık bir bağlantı bulunması gerekmektedir. Aksine, eğer ki, kişinin ifadesi ile iddia edilen zarar ya da ortaya çıkan risk arasında makul bir yakınlıktan söz edilemiyorsa, bu durumda

⁶⁶ *Leroy v France*, (n 42).

⁶⁷ Bkn. Örn.. AİHM, *Murat Vural v Türkiye* (Başvuru No. 9540/07), 21 October 2014, para. 66. tarihli AİHM kararı

⁶⁸ Aynı zamanda örn. AİHM, *Yılmaz ve Kiliç v Türkiye* (Başvuru No. 68514/01), 17 Temmuz 2008 tarihli AİHM kararı para. 67; *Gül ve Diğerleri v Türkiye* (Başvuru No. 4870/02), 8 Haziran 2010 tarihli kararı, para. 43.

bireysel sorumluluğu ortaya koymak için kurulan bağlantı oldukça dolaylı olacaktır.⁶⁹ Benzer şekilde, terörizme teşvik suçunun Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nde geniş bir çerçevede tanımlandığı halinde dahi, bir ifadenin suç olarak kabulü, ifadenin "bir suçun işlenebilme tehlikesine yol açacak" olması ölçütüne bağlanmıştır. AB Direktifi de, bu hususu bir ifadenin "açık bir şekilde terörist bir eylemin vuku bulmasına yol açacak bir tehlikeye yol açması" gerektiğini belirterek pekiştirmektedir.⁷⁰ (vurgu eklenmiştir.)

46- Aynı kriterler, meşrulaştırma yada övgü gibi "dolaylı" formların iç hukukta teröre teşvik kapsamında yer aldığı durumda da geçerlidir. Kovuşturmaya uğrayan birey ile neden olunan zarar ya da en azından zarar tehlikesi arasındaki bağlantı makul bir yakınlık derecesinde kurulabilmelidir. Bireysel cezai sorumluluğunun (kolektifin aksine) ve cezalandırmanın doğası gereği, bireylerin, tehlikeli düşüncelerin başkaları üzerindeki etkisinden kaynaklanma ihtimali olan spekülatif yanlışlardan öte, yalnızca "kendilerinin yol açtığı zararlardan ya da kendilerinin doğurduğu zarar tehlikesinden" ötürü cezalandırılmaları doğaldır.⁷¹

Suçun Maddi ve Manevi Unsurları

47- Hukuk sistemlerinde cezai sorumluluğun en temel şartı, *bireyin fiilinin* korunan bir değere yönelik somut bir zarara veya yakın bir tehlikeye doğrudan yol açmak yahut katkıda bulunmak *kastına sahip* olmasıdır. Ceza hukukunun sadece fiili cezalandırabileceği, ancak düşünceyi cezalandıramayacağı temel bir prensiptir.⁷² Yukarıda belirtildiği üzere, söz konusu fiilin korunan değerde ortaya çıkan zarar ile anlamlı bir bağının olması gerekmektedir.

48- "İfade ile ilgili suçlar" ile ilişkili vakalarda, fiil sadece ifadenin kendisinden ibaret olduğu için, konu ile ilgili kast özel bir önem kazanmaktadır. Birey, bir suç işleneceğine ilişkin yakın bir tehlike doğması gibi bir zarara yol açmadığı ve bu suçu işlemek ya da bu suça iştirak etmek gibi bir kastı olmadığı koşulda, sadece düşüncelerini ifade ettiği için

⁶⁹ Andrew Ashworth ve Lucia Zedner, *Önleyici Adalet* (OUP 2014), p. 109.

⁷⁰ Avrupa Konseyi, Çerçeve Kararını Değiştirmeye Yönelik Konsey Çerçeve Kararı Önerisi 2002/475/JHA terörle mücadele üzerine, Doc. COM 2007 0650 (6 November 2007), p.450.

⁷¹ Ashworth ve Zedner, *Önleyici Adalet* (OUP, 2014), p. 112.

⁷² Roma Hukuku prensibi olan; *cogitationis poenam nemo patitur* "Hiç kimse düşüncesi nedeniyle cezalandırılmaz" şeklinde tercüme edilmektedir. *Justinian's Digest* (48.19.18).

cezalandırılmaz.⁷³ Bunun yanında, fiil, terörizme teşvik ettiği varsayılan ifadeler ile ilişkili olduğunda; bu durumda, “ikili kast şartı” karşılanmalıdır – fail, suç olan ifadeyi kullanma ve bu ifadenin bir ya da daha çok suç ya da terörist eyleme yol açma kastını taşımalıdır.⁷⁴

Nullum Crimen sine lege ve Hukukun Üstünlüğünün Temel Gereklileri

49- Hukukun üstünlüğünün temel sınırlamaları ile uyumlu olarak, kesinlik, açıklık ve öngörülebilirlik, ceza hukukunun ön koşuludur. Bu ön koşul, AİHS ve MSHUS de dahil olmak üzere, insan hakları hukukuna; 'nullum crimen sine lege' (kanunilik ilkesi) olarak yansımıştır.⁷⁵ *Lex Certa* ilkesi (belirlilik ilkesi), ceza hukukunun; bir devletin yargı yetkisi alanındaki kişilerin, yasanın sınırlarını anlamalarına ve kendi davranışlarını bu sınırlara göre uyarlayabilmelerine yetecek ölçüde kesin olmasını zorunlu kılar.

50- Açıklıktan uzak oluşu ve istismara yatkınlıkları sebebiyle terör suçlarına ilişkin geniş tanımları eleştiren uluslararası organlar birçok içtihat ve kararlarında yerel mahkemelerin bu durum karşısında dikkatli bir inceleme yapmasına yönelik gerekliliğe dikkat çekmektedir.⁷⁶ Uluslararası makamların çalışmaları, ifade suçlarındaki tanımsal eksikliklerin, “propaganda”, “provokasyon” “cesaretlendirme” ya da “özür” gibi “dolaylı” teşvik filleri söz konusu olduğunda, muallaklığın daha da derinleştiğini ortaya koymaktadır.⁷⁷

51- Ceza hukukunun katı bir biçimde uygulanması ve dar biçimde yorumlanması, temel bir hukukun üstünlüğü ilkesidir. Ceza hukukunda kıyas yolu ile yorum yapılamaz ve bir muğlaklık söz konusu olduğunda bunun sanık lehine giderilmesi gerekmektedir.⁷⁸ Yasalar, bir fiilin suç sayılması ya da cezalandırılması konusunda geniş tanımlamalar kullanıyorsa bu durum karşısında hukukun üstünlüğü ilkesi ile ilgili sorunlar ortaya çıkabilir ve bu

⁷³ Ashworth ve Zedner (n 71), pp. 109-110, questioning the consistency of the UK preparatory and pre-inchoate offences with the “remoteness” test.

⁷⁴ Albin Eser, “Bireysel Ceza Sorumluluğu”, in Antonio Cassese, Paola Gaeta ve John Jones (eds), Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde Roma Tüzüğü: *Bir Yorum* (OUP 2002), p. 797.

⁷⁵ Ashworth ve Zedner, (n 71), pp. 113-114.

⁷⁶ Duffy (n 24).

⁷⁷ Ibid

⁷⁸ Bkn örn. AİHM, *Başkaya ve Okçuoğlu v Türkiye* (Başvuru no'ları. 23536/94 ve 24408/94), 8 Temmuz 1999 tarihli kararı, para. 36; *Capreau v Belçika* (Başvuru No. 42914/98), 13 Ocak 2005 tarihli kararı, para. 25; Jeremy McBride, İnsan Hakları ve Ceza Yargılama Usulü: *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Davaları* (Council of Europe Publishing 2009), p. 184, www.echr.coe.int/documents/pub_coe_criminal_procedure_2009_eng.pdf

durum masumiyet karinesi, ispat yükümlülüğü kuralları ve yargılamanın adilliği de dahil olmak üzere ceza hukukunun diğer önemli güvencelerine etki edebilir.

IV – Yasal düzenlemeler ve Türkiye uygulamaları

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 7/(2). fıkrasında düzenlenmiş olan “Terör Örgütü Propagandası” Suçu

52- İşbu davada uygulanan terör propagandası suçu, önceki bölümlerde çizilen çerçeve ile bağlantılı olarak birçok endişeyi gündeme getirmektedir. Türk mevzuatı içerisinde terör örgütü lehine propaganda yapma suçu, Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır: “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.” (vurgular eklenmiştir.)

53- 30 Nisan 2013 tarihinde yapılan değişiklikle⁷⁹ yukarıda altı çizilen şartlar, suçun maddi unsurları olarak md. 7/2'ye eklenmiş olup, propaganda suçu, terör örgütü tarafından kullanılan şiddet yöntemlerini meşrulaştırmak, övmek veya teşvik etmek için yapılan ifadelerle sınırlanmıştır. Söz konusu değişikliğin amacı, ilgili suçun kapsamını AİHS standartları ile uyumlu hale getirmek ve ifade özgürlüğünün geniş biçimde sınırlanmasının önüne geçmektir. Yasama organı tarafından açıkça belirtildiği üzere, md. 7/2, AİHM'in ifade özgürlüğü konusunda yukarıda açıklanan ilkeleri ile uyumlu bir biçimde uygulanmak zorundadır.

54- Ancak, yukarıda da açıklandığı üzere; suçun maddi ve manevi unsurları, açıklık ve öngörülebilirlik konusundaki eksikliği ve ifade özgürlüğü üzerindeki geniş etkisi ile ilgili olarak sorunlar ortaya çıkmaktadır.

⁷⁹ Terörle Mücadele Kanunu md. 7/2'de yapılan değişikliğin gerekçesi içeriğinde; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; şiddeti teşvik edici nitelikte olmayan açıklamaların ifade özgürlüğü kapsamında olduğunu belirterek, içeriğinde şiddete başvurmayı cesaretlendirici ifadeler yer almayan ya da kişileri silahlı isyana teşvik edecek nitelikte olmayan açıklamalar nedeniyle bireylerin Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde cezalandırılmasını ifade özgürlüğüne aykırı bulmaktadır. Yapılan düzenlemeyle, maddenin ikinci fıkrasında yer alan suçun unsurları yeniden belirlenmekte, maddeye ‘cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde’ ibaresi eklenerek, suçun kapsamı AİHM standartlarına (md. 6) uyumlu hale getirilmektedir” denilmektedir.

Propaganda suçunun unsurları ile ilişkili sorunlar

55- Terörizmi ya da terör örgütünü “meşru gösterme” veya “övme” fiillerinin suç olarak tanımlanması, bu suçun kapsamı ve sınırları ile ilişkili ciddi endişelere yol açmaktadır. “Yasa ile tanımlanma” kriteri ve *nullum crimen sine lege* prensibi ile belirlenen sınırlar, ceza yasasının belirli, açık ve öngörülebilir olmasını gerektirmektedir. Söz konusu suçlar, gereğinden fazla geniş tanımlandığı ve işbu davada kovuşturma ve cezalandırılmaları öngörülemez olduğu için yasallık kriterine aykırı olacaktır. İşbu davanın da ortaya koyduğu üzere, propaganda suçunun unsurlarındaki ciddi belirsizlik, düşüncenin ve kamuyu ilgilendiren konulara ilişkin görüşlerin açıklanmasının aleyhine sonuçlar üretmektedir.

56- Yukarıda ayrıntıları ile açıklandığı üzere Terörle Mücadele Kanunu madde 7/2'nin insan hakları ve ceza hukukunun temel ilkeleri ile sıkı bir şekilde uyumlu olarak yorumlanması ve uygulanmasını sağlamak, mahkemelerin görevidir. Yasa hükmü, maddenin geniş ve öngörülemez bir uygulama yaratmasını engelleyecek şekilde ve sıkı bir biçimde sanığın lehine yorumlanmalıdır.

57- Bu düzenleme, aynı zamanda suçun maddi ve manevi unsurların kapsamının bireysel sorumluluk ilkesi ve gereklilik ve ölçülülük prensiplerine uygunluğu bağlamında da soruları gündeme getirmektedir. Suçun maddi unsurları (*actus reus*), terörist bir örgüt tarafından cebir veya şiddet kullanımını “meşrulaştırma”, “övme” veya “teşvik” unsurlarını içermektedir. Ancak buradaki temel soru; söz konusu ifadenin içeriği bağlamı ile birlikte ele alındığında, koruma altında bulunan sosyal ve politik konularda görüş ifade etme mi yoksa hukuk koruması altında olmayan doğrudan şiddete bir teşvik mi içerdiği meselesidir.

58- Bir tehlike suçu olarak terör örgütü propagandası yapma suçu, zararın somutlaşmasını yani terör fiilinin meydana gelmesini beklemeden propaganda fiilini suç olarak tarif etmektedir. İfade ile zarar ya da tehlike arasında yakın bir nedensel bağ bulunması gerekmektedir. Bu durum yukarıda AİHM içtihatları çerçevesinde ortaya konulan sınırlamaların gerekliliğine dair yapılan değerlendirmede kilit bir faktördür. AİHM, demokratik bir toplumda ifade özgürlüğüne yapılacak müdahalenin gerekliliğini değerlendirirken, şüphe duyulan ifadenin güncel ve hakiki bir tehlike olasılığına yol açıp açmadığını dikkate almaktadır. AİHM içtihatlarında ifade özgürlüğünün sınırlanmasını haklı kılan “zorunlu toplumsal bir gereksinim” olup olmadığı

değerlendirilirken, ifadenin “olası etkisi”⁸⁰, “ulusal güvenliğe yada kamu düzenine etkisi” yada “açık ve yakın tehlike”⁸¹ kavramlarını kullanmaktadır. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu ve Amerika Devletleri Örgütü İfade Özgürlüğü Özel Raportörü de, ölçülülük ilkesinin; “*ifade özgürlüğünün kısıtlanmasının haklı olabilmesi için ifade ile şiddet arasında doğrudan ve yakın bir bağ*”⁸² olması gerektiğini belirterek, bu uluslararası ilkelere ağırlık kazandırmışlardır. (Vurgular eklenmiştir)

59- TMK'nın 7/2. fıkrası, ortaya çıkabilecek zarara veya söz konusu ifadenin bir ya da daha fazla suçun işlenmesine yönelik gerçek bir tehlike yaratması olgusuna değinmemektedir. “Muhtemel bir tehlike” yahut “makul zarar riski” olgularının dahi aranmamasından ötürü herhangi bir siyasi ifade md. 7/2 düzenlemesi altında kolaylıkla yasaklanabilecek ifadeler kategorisine sokulabilmektedir. Bu durum, işbu davada da olduğu gibi sanık ile nihai zarar, yani terörist faaliyet, arasında bulunması gereken makul bağlin uzaklığı sebebiyle ceza hukunda suçun bireyselliği ilkesinin askıya alınması tehlikesi de dahil olmak üzere, birçok kaygının ortaya çıkmasına yol açmaktadır. İfadenin suç olarak kabulünün diğer bir şartı, cezai zarara neden olmaya yönelik gerekli “kasıt”tır. Yukarıda da belirtildiği üzere, sanığın cezalandırılmasının suç kastı ile orantılı bir biçimde yapılması yönünde ihtiyatlı davranılması gerekmektedir. Bunun için aranan; a) ilgili ifadenin yapılması kastı ve b) belirli sonuçların ortaya çıkmasına yönelik kasıt, zorunlu olarak birarada bulunmalıdır. Niyet ve zarara dair hususlar Avrupa Konseyi Sözleşmesi ve Avrupa Birliği Direktifi'nde yer almaktadır: “suçun işlenmesini kışkırtmak niyetiyle” ve “bir yada birden fazla suçun işlenmesi tehlikesine yol açacak şekilde” ancak terör propagandası suçur.⁸³ Ancak sanığın sadece meşrulaştıran, öven ve teşvik eden ifadeleri bilerek dile getirmiş olmasını kasıt sorumluluğu için yeterli gören TMK md.7/2, bu kriterlerle uyumlu görünmemektedir. Söz konusu hukuki düzenleme, bir suç fiilinin işlenmesine yönelik ikinci bir kasıt katmanını aramamaktadır. Bu anlamda, TMK md. 7/2 kapsamında düzenlenmiş propaganda suçunun unsurlarının, ceza hukukunun temel prensipleri ile örtüşmediği görülmektedir.

⁸⁰ AİHM, *Çamyar ve Berktaş v. Türkiye*, Başvuru No. 41959/02, 15 Şubat 2011 tarihli kararı, para.42.

⁸¹ AİHM, *Gül ve Others v. Türkiye*, Başvuru No. 4870/02, 8 Haziran 2010 tarihli kararı, para.42.

⁸² 23 Şubat 2017 tarihli Honduras Ceza Kanunu üzerine Ortak Basın Açıklaması: <http://www.oas.org/en/iachr/expression/showarticle.asp?artID=1054&IID=1>; Bkn. ayrıca İfade Özgürlüğü ve Şiddet İçeren Aşırılıkla Mücadele Ortak Deklerasyonu, 2016, <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=19915&LangID=E>; Ulusal Güvenlik üzerine Johannesburg İlkeleri, İfade Özgürlüğü ve Bilgiye Erişim, (‘Johannesburg İlkeleri’), UN Doc E/CN.4/1996/39.

⁸³ Avrupa Konseyi Sözleşmesi, Madde 5: Terör suçu işlenmesine açık teşvik; AB Direktifi, Başlık III, Madde 5.

60- Geçtiğimiz yıllarda, terörle mücadele yasalarının geniş uygulanması sebebiyle Türkiye'de ifade ve örgütlenme özgürlüğünün meşru kullanımının cezalandırılması sonucunu doğurmuş, ve bu durum birçok uluslararası örgüt tarafından uluslararası insan hakları kurallarının ve hukukun üstünlüğü ilkesinin ihlal edilmesi gerekçesi ile eleştirilmiştir.⁸⁴ Venedik Komisyonu, Türk Ceza Yasası'nın belirli maddelerine ilişkin hazırladığı görüşünde, terör örgütü üyeliğinin yargılanmasında kullanılan md. 314 kapsamındaki "silahlı örgüt üyeliği" suçunun unsurlarının mutlak bir şekilde uygulanması gerektiğini tavsiye etmiştir.⁸⁵ Suç unsurlarının esnek olarak uygulanması, ceza hukunun kanunilik – "kanunsuz suç olmaz"- ilkesine aykırılık oluşturabileceği gibi bireylerin ifade özgürlüğü üzerinde de ciddi etkiler yaratabilir. ⁸⁶ Aynı şekilde, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Türk mevzuatında terörist eylem tanımının muğlaklığını eleştirmiştir.⁸⁷ Avrupa Konseyi İnsan Hakları önceki Komiseri, Terörle Mücadele Kanunu ve özellikle de md.7/2'nin AİHS ile uyumlu hale getirilmesi için tamamiyle gözden geçirilmesini önermektedir.⁸⁸.

61- Terör örgütünün propagandasını yapmak yahut örgüte yardım suçlamaları üzerinden akademisyenlerin⁸⁹, araştırmacı gazetecilerin⁹⁰ veya parlamenterlerin yargılanması bu suçların çok geniş olarak uygulanmasına yönelik yargı pratiğinin en güncel örneklerini yansıtmakta olup

⁸⁴ BM Özel Raportörünün Türkiye ziyareti akabinde; düşünce ve ifade özgürlüğü hakkının korunması ve desteklenmesi konusundaki raporu, BM Doc. A/HRC/35/22/Add.3, 7 Haziran 2017; Türkiye'de İfade Özgürlüğü ve Medya Özgürlüğü Hakkında Memerandum, Nils Muižnieks (n 10), Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, 15 Şubat 2017; [https://Human Rights Watch, "Terör Suçu Olarak Protesto " \(1 Kasım 2011\), www.hrw.org/report/2010/11/01/protesting-terrorist-offense/arbitrary-use-terrorism-laws-prosecute-and](https://HumanRightsWatch.org/report/2010/11/01/protesting-terrorist-offense/arbitrary-use-terrorism-laws-prosecute-and)

⁸⁵ Venedik Komisyonu, Türk Ceza Kanunu md. 216, 219, 301 ve 314 hakkında Görüşler, (15 Mart 2016) Doc no. CDL-AD(2016)002, 15 Mart 2016, para. 106.

⁸⁶ Ibid.para.107.

⁸⁷ İnsan Hakları Komitesi; Komite'nin 106. oturumunda son hali verilen Türkiye hakkında ilk rapor, (15 Ekim - 2 Kasım 2012), para.16.

⁸⁸ Muižnieks (n 10) CommDH(2017)5, para. 124.

⁸⁹ Bir barış deklarasyonu imzalayarak, Güneydoğu Türkiye'de süregelen terörle mücadele operasyonları sırasında kullanılan aşırı güce ilişkin kaygılarını ifade eden Barış İçin Akademisyenler, illegal bir örgütün propagandasını yapmak suçu ile yargılanmaktadır.

⁹⁰ Başka çok sayıda gazeteci ile birlikte Cumhuriyet Gazetesi'nden araştırmacı gazetecisi Ahmet Şık, Hürriyet Gazetesi'nden gazeteci Hasan Cemal, Alman Die Welt Gazetesi muhabiri Deniz Yücel, Wallstreet Journal'dan gazeteci Ayla Albayrakar ve gazeteci İdris Yılmaz, terör örgütü propagandası yapma suçu ile yargılanmaktadır. Darbe girişiminin akabinde; 300'ün üzerinde gazeteci terör suçlaması ile gözaltına alınmıştır. : <https://turkeypurge.com/journalism-in-jail>. Ayrıca bkn, Uluslararası Af Örgütü "Gazetecilik Suç Değildir",3 Mayıs 2017, <https://www.amnesty.org/download/Documents/EUR4460552017ENGLISH.PDF>

bu uygulama, Avrupa Konseyi İnsan Hakları önceki Komiseri tarafından “yargı tacizi” olarak dahi tanımlanmıştır.⁹¹

62- AİHM, Türkiye'deki terörle mücadele mevzuatının geniş ve üstün kötü yorumlanması sebebiyle birçok davada; öngörülebilirlik prensibinin çiğnendiği ve ifade özgürlüğü ya da örgütlenme özgürlüğü haklarına ölçsüz bir biçimde müdahale edildiğine hükmetmiştir.⁹² Bu davalarda, yerel mahkemelerce, kamusal bir yürüyüşe, cenazeye yahut gösteriye katılmak, ceza kanununun md. 220/6. yahut 220/7. fıkrası kapsamında üyesi olmamakla birlikte örgüt adına suç işlemek yada örgüte yardım etmek şeklinde yorumlanmıştır. Terör suçlarının geniş tanımı ile ceza soruşturmalarının zayıf delillere dayanılarak yapılagelmesi durumu bir araya geldiğinde, kanunilik prensibi ile ilgili ceza hukuku kapsamında esaslı bir problemin ortaya çıktığı vurgulanmaktadır.⁹³

63- Benzer problemler özellikle Terörle Mücadele Kanunu md. 7/2 uygulamasında ortaya çıkmaktadır. AİHM, *Ekin Derneği v. Fransa* davası kapsamında; Türkiye'de terör örgütü propagandası suçunun öngörülebilirliği konusundaki kaygılarını ifade etmektedir.⁹⁴ İlgili yasanın 7/2. fıkrasındaki değişikliklerin⁹⁵ ardından dahi, 2016 yılında *Belge v. Türkiye* kararında AİHM, 7/2 kapsamında düzenlenmiş olan suçun ve yerel mahkemelerce yapılan uygulamanın yeterli açıklığı taşımadığını tespit etmiştir. Buna rağmen, Mahkeme, müdahalenin “hukuka uygunluğuna” ilişkin bir çıkarımda bulunmamış, hükmünü müdahalenin gerekliliği üzerinden kurmuştur.⁹⁶

64- AİHM, Türkiye'nin Güney Doğusu'nda yaşanan çatışma bağlamında Terörle Mücadele Kanunu'nun md. 7/2 uygulanmasına ilişkin birçok dava incelemiştir. Bu davaların ağırlıklı kısmında, Abdullah Öcalan'ı “başkan” ya da “Kürt lideri” olarak tanımlayan ifadeler ya da “ulusal özgürlük mücadelesi” ifadesi veya “Yaşasın Kürdistan” sloganı, yetkililer tarafından PKK

⁹¹ Muižnieks (n **Error! Bookmark not defined.**), para. 43.

⁹² AİHM, *Yılmaz ve Kılıç v. Türkiye* (n 68); *Gül ve diğerleri v. Türkiye* (Başvuru no 4870/02); *Gülcü v. Türkiye* (Başvuru no. 17526/10), 19 Ocak 2016; *Işıkırık v. Türkiye* (Başvuru no. 41226/09), 14 Kasım 2017; *İmret v. Türkiye* (No. 2), (Başvuru no. 57316/10), 10 Temmuz 2018.

⁹³ Venedik Komisyonu Görüşü, Para. 105: Venedik Komisyonu, terörizmle ilişkili suçlara ilişkin uygulamada zayıf deliller baz alınarak varılan hükümlerin, ceza hukuku prensibi olan kanuniliği temel bir şart olarak kabul eden AİHS md. 7 bağlamında sorunlara yol açabileceğini belirtmektedir.

⁹⁴ *Ekin Derneği v. Fransa* (n 23), para. 46.

⁹⁵ Yukarıda da belirtildiği üzere, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, AİHS ile daha uyumlu bir hale getirilmek amacıyla 30 Nisan 2013 tarihinde 6459 sayılı yasa ile değiştirilmiştir.

⁹⁶ AİHM, *Belge v. Türkiye*, (Başvuru no. 50171/09), 06 Aralık 2016 tarihli kararı, para.29.

lehine propaganda yapmak olarak yorumlanmıştır. Ancak, AİHM, “şiddete teşvik” ya da “düşmanlığa teşvik” olgularının yorumlanması ve uygulanması bağlamında sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiği hükmüne varmıştır. Mahkeme, söz konusu ifadelerin şiddete, silahlı direnişe yada ayaklanmaya çağırısı yapmadığı veya düşmanlığı yaymadığı sürece 10. madde koruması altında olduğunu belirtmektedir.⁹⁷ Aynı şekilde, Türk ordusunun Kuzey Irak'a müdahalesinin olası sonuçlarını tartışan⁹⁸, Kürt sorunu konusundaki devlet politikalarını eleştiren⁹⁹ ya da PKK üyelerinin açıklamalarını yayınlayan gazete makalelerinin¹⁰⁰ şiddete teşvik ettiği kabul edilmemekte ve bu bağlamda bu ifadelerin suç olarak yargılanması demokratik bir toplumda gerekli ve haklı olarak kabul edilmemektedir. Öte yandan, örneğin *Taşdemir v. Türkiye* gibi md. 7/2 ile ilişkili bazı dosyalar kapsamında ise, belirli sloganların içerik ve bağlamı şiddet eylemleri ve terörizmle bağlantılı görülerek ifade özgürlüğü üzerindeki sınırlama haklı bulunmuştur.¹⁰¹ Bu nedenle, Mahkeme'nin içtihatlarından; yapılması gerekenin, yukarıda açıklanan etkenler ışığında her bir dosya bazında durumun titizlikle analiz edilmesini gerektirdiği açıktır.¹⁰²

65- AİHS md. 10 kapsamında yer alan usulü yükümlülükler uyarınca, yetkili makamlar tarafından ifade özgürlüğünün sınırlanmasını haklı göstermek için ileri sürülen gerekçelerin “konu ile ilgili ve yeterli”¹⁰³ olması gerekmektedir. Bu durum, olguların ve bağlamın her bir davada yargı makamları tarafından bütünsel olarak gözetilerek, gerekli ve uygun karşılığı belirleyebilmek için tüm etkenlerin yeterince değerlendirilmesini ve 10. maddeye müdahalenin “konu ile ilgili” ve “yeterli” bir şekilde gerekçelendirilmesini gerektirmektedir. Ancak, bu bölümde altı çizilen uluslararası endişeler de göstermektedir ki; Türkiye ile ilişkili bir çok davada, olguların incelenmesi yeterince yapılmamaktadır. Oysaki bu inceleme müdahalenin gerekliliği ve ölçülü olup olmadığının irdelenebilmesi ve uluslararası insan hakları ve ceza hukuku prensiplerine

⁹⁷ AİHM, *Yılmaz ve Kılıç* (n 68), *Kızılyaprak v. Türkiye*, (Başvuru no.27528/95), 2 Ekim 2003 tarihli kararı; *Feridun Yazar v. Türkiye* (Başvuru no: . 42713/98), 23 Eylül 2004 tarihli kararı; *Bahçeci ve Turan v Türkiye* (Başvuru no. 33340/03), 16 Haziran 2009 tarihli kararı, para. 30, 16 Haziran 2009 tarihli kararı; *Savgın v. Türkiye* (Başvuru, no. 13304/03), 2 Şubat 2010 tarihli kararı, para. 45, 2 Şubat 2010 tarihli kararı, *Faruk Temel v Türkiye* (Başvuru no. 16853/05), 1 Şubat 2011 tarihli kararı, para. 62; *Öner ve Türk v. Türkiye*, (Başvuru no. 51962/12), 31 Mart 2015 tarihli kararı, para. 24.

⁹⁸ AİHM, *Yıldız ve Taş v Türkiye* (Başvuru No. 77641/01), 19 Aralık 2006 tarihli kararı.

⁹⁹ AİHM, *Yıldız ve Taş* (no. 4) (Başvuru No. 3847/02), 19 Aralık 2006 tarihli kararı, para. 6, ve 35, 19 Aralık 2006.

¹⁰⁰ (n 17).

¹⁰¹ İşbu dosyanın konusu ifadelerin aksine, söz konusu dosyada başvuru “Biji Serok Apo, HPG cepheye misillemeye” şeklinde slogan atmıştır.

¹⁰² AİHM, *Taşdemir v. Türkiye* (dec.) (Başvuru No. , 38841/07), 23 Şubat 2010 tarihli kararı.

¹⁰³ Yakın tarihli örnek için bkn. AİHM, *Bédat v. İsviçre* [GC], no. 56925/08, 2016, para.46.

uygunluğun belirlenebilmesi için gereken asli ön şarttır.¹⁰⁴ Ayşe Çelik dosyasında benzer insan hakkı ihlallerinin yaşanmasının önüne geçilmesi açısından, Anayasa Mahkemesi'nin bu görüş içeriğinde yer alan ilke ve deneyimleri dikkate alacağı umulmaktadır.

Saygılarımızla;

Helen Duffy

Philip Leach

Senem Gürol

Türkiye İnsan Hakları Dava Destek Projesi adına

¹⁰⁴ Örnek olarak bkn. AİHM, *Gülcü v. Türkiye* (n 92).