

**TÜRK CEZA KANUNU 301. MADDESİ İLE İLGİLİ
AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İKİNCİ DAİRE’NİN
ALTUĞ TANER AKÇAM – TÜRKİYE KARARI**

(Başvuru no. 27520/07, Karar Tarihi: 25 Ekim 2011)

Çeviren: Arş. Gör. Tolga ŞİRİN*

Altuğ Taner Akçam v. Türkiye davasında,

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, aşağıda ismi sayılan üyelerden kurulu bir daire halinde (İkinci Daire) toplanarak,

Başkan Françoise Tulkens,
Yargıçlar Danutė Jočienė,
David Thór Björgvinsson,
Dragoljub Popović,
András Sajó,
Işıl Karakaş,
Guido Raimondi
ve *Yazışleri müdürü* Stanley Naismith,

89

4 Kasım 2011 tarihinde yapılan gizli müzakerede, metnin sonunda gösterilen tarihte kabul edilen aşağıdaki kararı vermiştir.

USUL

1. Dava, bir Türk ve Alman vatandaşı olan Bay Altuğ Taner Akçam’ın (Başvurucu), 21 Haziran 2007 tarihinde İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi’nin (Sözleşme) 34’üncü maddesi kapsamında, Türkiye Cumhuriyetine karşı yaptığı bir başvurudan (no. 27520/07) kaynaklanmıştır.

* Marmara Üniversitesi - Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi ve Köln Üniversitesi - Doğu Hukuku Enstitüsü Misafir Araştırmacı - tolgasirin@gmail.com (Karar çevirisi ilk defa <http://bianet.org/bianet/dunya/134448-aihmin-taner-akcam-karari-turkcede> sitesinde yayınlanmıştır, erişim tarihi: 27.12.2011)

2. Başvurucu, Kanada Montreal’de avukat olarak çalışan Bay P. Akhavan tarafından temsil edilmiştir. Türk hükümeti (Hükümet), vekilleri tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvurucu, **Türk Ceza Kanunu’nun 301’inci** maddesi hükmünün, Ermeni meselesi hakkındaki akademik çalışması ile bağlantılı olarak “Türklüğü” aşağılamaktan dolayı süregelen bir kovuşturma tehdidine yol açtığını iddia etmiştir. Sözleşme’nin 7, 10 ve 14’üncü maddelerinin ihlal edildiğinden şikâyetçidir.

4. 21 Ekim 2008 tarihinde Mahkeme, Hükümeti başvurudan haberdar etmiştir. Kabul edilebilirlik ve başvurunun esası hakkında aynı zamanda karar verilmiştir. (Madde 29 § 1)

DAVANIN ESASI

I. DAVA KONUSU OLAYLAR

A. Tarafların sunduğu şekliyle olaylar

5. Başvurucu, 1953 doğumludur ve Ankara’da yaşamaktadır.

6. Genellikle, Osmanlı İmparatorluğundaki Ermeni nüfusa ilişkin 1915 tarihsel olayları hakkında araştırma yapan ve yayımlarda bulunan bir tarih profesörüdür.

7. Başvurucu 6 Ekim 2006’da, Türkçe - Ermenice çift dilli bir gazete olan AGOS’ta “*Hrant Dink, 301 ve Bir Suç Duyurusu*” başlıklı bir başyazı yayımlamıştır. Bu başyazıda başvurucu, Türk Ceza Kanunu’nun 301’inci maddesi kapsamında “Türklüğü aşağılamak” suçundan dolayı AGOS’un eski editörü Hrant Dink aleyhine açılan davayı eleştirmiştir. Aynı zamanda bir dayanışma ifadesi olarak, Ermeni meselesi hakkındaki görüşlerinden dolayı aynı sebeple kovuşturulma talebinde bulunmuştur.

8.12 Ekim 2006 tarihinde bir müşteki, başvurucu aleyhine Eyüp Cumhuriyet Savcılığı’na şikâyette bulunmuştur. Müşteki R.A., başvurusunun Hrant Dink’i savunduğu AGOS’ta yayımlanan başyazısında, Türk Ceza Kanunu’nun 301’inci, 214’üncü (suç işlemeye tahrik), 215’inci (suçu ve suçluyu övme) ve 216’ıncı (halkı kin ve düşmanlığa tahrik) maddelerini ihlal ettiğini iddia etmiştir. Bu şikâyeti takiben başvurucu, ifade vermek üzere Şişli Cumhuriyet Savcılığı’na çağırılmıştır. Çağrıya uymaması halinde, Ceza Kanunu’nun 145 ve 146’ıncı maddeleri gereğince savcılık makamına zorla getirtileceği bildirilmiştir.

9. 5 Ocak 2007 tarihinde başvuru, aleyhine ileri sürülen şikâyet ile ilgili olarak ifadesini vermek üzere Şişli Cumhuriyet Savcılığı'na gitmiştir. Başvuru, iki avukatı eşliğinde, AGOS'ta yayımlanan söz konusu makaleyi gerçekten yazdığını ifade etmiştir. İttihad ve Terakki'nin* 1915 yılında Ermenilere yönelik politikasının, Birleşmiş Milletler'in 1948 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi anlamında kolaylıkla soykırım olarak tanımlanabilir olduğunu açıklamıştır. Ermeni meselesi hakkındaki görüşlerini ifade etmek için yazmış olduğu söz konusu makalenin basın özgürlüğü kapsamında olduğunu ileri sürmüştür. Yaklaşık 20 yıldır bu konu üzerine çalışan bir tarih profesörü olduğuna ve görüşünü çeşitli defalar kitaplarında ve makalelerinde açıkladığına dikkat çekmiştir. Karşı çıkılan makaleyi, herhangi bir kurum, organizasyon, ırk veya etnik gruba hizmet etmek için veya bir ulusu aşağılamak için yazmamıştır. Başvurucu'nun iki avukatı da başvuru ifadelerinin bir suçta neden olmadığını savunmuşlardır.

10. 30 Ocak 2007'de, başvuru görüşlerini açıkladığı ve 1915 ile 1919 arasındaki olayların soykırım olarak tanımlanabileceği yönündeki yayımları ve katıldığı bilimsel seminerleri kaydeden Şişli Cumhuriyet savcısı, başvuru aleyhine yürütülen soruşturmayı tamamlamıştır. Cumhuriyet savcısı, başvuru AGOS'ta yayımlanan makalesini inceleyerek, tarih profesörü sıfatı taşıyan başvuru beyanlarının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 10'uncu maddesi kapsamında korunan ifade özgürlüğü kapsamında olduğu ve bu nedenle Türklüğe hakaret oluşturmadığı sonucuna ulaşmıştır.

11. 6 Temmuz 2007'de müşteki R.A., yukarıda anılan takipsizlik kararına itiraz etmiştir.

12.30 Ekim 2007'de Beyoğlu 3. Ağır Ceza Mahkemesi, müştekinin itirazını reddetmiştir. Yapılan soruşturma ve Şişli cumhuriyet savcısı tarafından belirlenen gerekçeleri inceleyen Mahkeme, takipsizlik kararını usul ve yasaya uygun bulmuştur.

13.11 Ekim 2005'te Şişli Ceza Mahkemesi tarafından Arat Dink (AGOS'un editörü) ve Serkis Seropyan (AGOS'un sahibi) hakkında, Türk Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesi kapsamında, Türk milletini basın yoluyla soykırım ile suçlamaktan dolayı bir yıl hapis cezası kararı verilmiştir. Mahkeme, başvuru bu yargılamanın tarafı olmamasına

* İttihad ve Terakki, söz konusu tarihte, Osmanlı İmparatorluğu iktidar partisinin adıdır.

rağmen, re'sen, Şişli Cumhuriyet Savcısı'nın 30 Ocak 2007 tarihli başvuru hakkında soruşturmaya devam etmeme kararı ile hataya düştüğüne ve savcılık makamı tarafından konunun araştırılması gerektiğine karar vermiştir.

14.26 Kasım 2007'de A.P. tarafından, Şişli'deki Cumhuriyet Savcılığı'na, başvuru aleyhine başka bir şikâyette bulunulmuştur. Müşteki, başvurunun 6 Kasım 2006'da yayımlanan ifadelerinin Türk Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesini ihlal ettiğini iddia etmiştir.

15.28 Kasım 2007'de Şişli Cumhuriyet Savcısı, takipsizlik kararı vermiştir. Başka bir müşteri tarafından aynı şikâyetin incelendiği ve 30 Ocak 2007 tarihli takipsizlik kararı ile reddedildiğini kaydetmiştir.

16.10 Ocak 2008'de başvuru, ivedi olarak Mahkeme İçtüzüğü'nün 39'uncu maddesi kapsamında geçici tedbir kararı alınmasını istemiştir. Ayrıca İçtüzüğü'nün 40'inci maddesi uyarınca davalı devletin başvuru yapıldığından haberdar edilmesini ve İçtüzüğü'nün 41'inci maddesi kapsamında davaya öncelik tanınmasını talep etmiştir.

17.14 Ocak 2008'de başvurunun talebi, İçtüzüğü'nün 39, 40 ve 41'inci maddeleri kapsamında reddedilmiştir.

18. Hükümet, Mahkeme'ye 17 Şubat 2006'da Şişli Cumhuriyet Savcılığı makamı tarafından verilen takipsizlik kararını sunmuştur. Bu, başvurunun AGOS gazetesindeki 14 Kasım 2005 tarihli yazısı ile cumhuriyeti aşığılama ve Hrant Dink davasını etkilemeye teşebbüs ettiği iddiasıyla K.K. tarafından yapılan 21 Kasım 2005 tarihli suç duyurusu hakkında verilen kararın sonucudur. Şikâyeti inceleyen Cumhuriyet savcısı iddia edilen suçun zamanaşımına uğradığı sonucuna varmış ve bu nedenle takipsizlik kararı vermiştir.

19. Başvurunun temsilcileri tarafından 6 Mayıs 2008 tarihinde sağlanan bilgiye göre, Şişli Ceza Mahkemesi'nin 11 Kasım 2007 tarihli kararından sonra başvuru hakkında bundan başka bir soruşturma açılmamıştır.

B.Taraflarca sunulan belgeler

1. Başvuru tarafından yayımlanan kitapların listesi

20. Hükümet, başvuru tarafından yayımlanan 13 kitabın listesini sunmuştur. Kitapların Türkiye'de satıldığı ve temel olarak Ermeni sorununa yoğunlaştığı görünmektedir. Seçmeye dâhil olan kitaplar şu şekildedir:

–“Ermeni Meselesi Hallolunmuştur; Osmanlı Belgelerine Göre Savaş Yıllarında Ermenilere Yönelik Politikalar” 2008;

–“Türk Ulusal Kimliği ve Ermeni Sorunu: İttihad ve Terakki'den Kurtuluş Savaşına” , 2001;

–“Ermeni Tabusu Aralanırken: Diyalogdan Başka Çözüm var mı?” 2000;
ve

- “İnsan Hakları ve Ermeni Sorunu”, 1999.

21. Hükümet, başvuruçunun Ermeni meselesi hakkındaki araştırmalarını sürdürmesine engel olduğu yönündeki iddialarının aksine, kendisine Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü tarafından Devlet Arşivlerinde araştırma yapma izni verildiğini ayrıca kaydetmiştir. 27 Haziran 2006 ile 17 Temmuz 2007 arasında başvuruçunun kişisel olarak Osmanlı arşivlerini incelemiş ve 527 dökümanın fotokopisinin çekilmesi için kendisine ayrıca izin verilmiştir. “Ermeni Sorunu Hallolunmuştur” isimli kitabının 17’inci sayfasında başvuruçunun, araştırmasında yardımcı olduğu için Devlet Arşivlerine teşekkür etmiştir.

2. Hükümet tarafından sunulan örnek kararlar

22. Gözlemlerine ek olarak Hükümet, Cumhuriyet savcılarının takipsizlik kararlarının örnek kopyaları ile eski Ceza Kanunu’nun 159/1’inci maddesi ile yeni Ceza Kanunu’nun 301’inci maddesi kapsamındaki kovuşturmalara ilişkin, ceza mahkemeleri tarafından verilen beraat kararlarını sunmuştur. Şüpheliler, özellikle temel olarak askeri, emniyet teşkilatını, yargı organlarını ve Cumhuriyeti aşağılamak veya hakaret etmekten dolayı suçlanmışlardır.

23. 2005 ve 2008 arasında verilen bu karar ve hükümlerde soruşturma makamları, söz konusu suçun gerekli unsurlarının mevcut bulunmadığını dikkate alarak, şüpheliler aleyhine davaları geri almış veya kovuşturmaları, Adalet Bakanlığı’nın soruşturma iznini reddetmesine dayanılarak sonlandırmıştır. Şüpheliler beraat ettirilirken ceza mahkemeleri, Avrupa Mahkemesi’nin Sözleşme’nin 10’uncu maddesine ilişkin davalardaki içtihatlarına dayanmışlardır.

24. Hükümet tarafından sunulan yukarıda adı geçen belgeler, Beyoğlu ve Şişli Ceza Mahkemeleri tarafından, iki seçkin yazar, yani Elif Şafak ve Orhan Pamuk ile ilgili olarak verilen iki kararı de içermektedir.

25. Elif Şafak aleyhine ceza kovuşturmasında Beyoğlu Ceza Mahkemesi, Elif Şafak'ın "Baba ve Piç" (İngilizcesi "The Bastard of Istanbul") isimli kitabındaki Ermeni meselesi hakkındaki ifadeler yoluyla Türklüğü aşağıladığını iddia eden bir grup avukat ve İzmir Türk Dünyası ve Kültürü ve İnsan Hakları Derneği isimli bir dernek tarafından yapılan bir suç duyurusunu incelemiştir. 21 Eylül 2006 tarihli hükümde mahkeme, söz konusu kitabın kurgu olduğuna ve romandaki karakterlerin, karşı çıkılan ifadelerinin Türklüğü aşağılama suçunu oluşturamayacağına dayanarak, Elif Şafak'ı beraat ettirmiştir. Mahkeme, sanık tarafından yazılan romanı inceleyerek, kitabın bünyesindeki ifadelerin ifade özgürlüğü kapsamında incelenmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme, yasama organı tarafından "Türklük" kavramının sınırlarının belirlenmesi ve somut bir zemine dayandırılması gerektiğini gözlemlemiştir. Dahası, fikirlere sadece fikirlerle karşı çıkılabileceğine dikkat çekmiştir. Aksi halde, kişilerin düşünce ve ifade özgürlüğünden bahsedilemeyecek ve kişiler, tek tip düşünceleri kabul etmeye zorlanacaktır.

94
26. Orhan Pamuk aleyhine açılan davada Şişli Ceza Mahkemesi, yazarın, yurtdışında yaptığı bir konuşmada Türklüğü aşağıladığını iddia eden iki kişi tarafından yapılan şikâyeti incelemiştir. Mahkeme, 20 Ocak 2006 tarihli bir hükümde, Adalet Bakanlığı tarafından sanık aleyhine dava açılması yönündeki gerekli izin verilmediği için, kovuşturmayla son vermeye karar vermiştir. Bu bakımdan iznin bulunmamasının red olarak anlaşılmasına ve yargılamanın sonlanmasına hükmetmiştir.

3. 301'inci madde kapsamındaki kovuşturmalara ilişkin istatistiksel bilgi

27. Hükümet, 5 Kasım 2008'deki durumu gösteren istatistiksel bilgi sunmuştur. 8 Mayıs 2008 tarihinde Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesinde yapılan değişikliği takiben 301'inci madde kapsamındaki takibatlarda önemli bir azalma olduğunu kaydetmiştir. Bu bağlamda, cumhuriyet savcıları tarafından, 301'inci madde kapsamında cezai soruşturmaya başlamak için, yetmiş defa yetki talebinde bulunulmuş, Adalet Bakanlığı sadece üçüne izin vermiştir.

28. Hükümet, ayrıca 2003 ila 2007 arasında 301'inci madde (eski Ceza kanununun 159/1'inci maddesi) kapsamında başlatılan cezai takibat sayısının 1894 olduğuna dikkat çekmiştir. Bunlardan 744 dava mahkûmiyet ile, 1142'si beraat ile sonuçlanmıştır, 193 dava ise

Yargıtay'ın ilk derece mahkemelerinin hükümlerini bozma kararlarını takiben devam etmektedir.

29. 30 Kasım 2009 tarihli ek gözlemlerinde Hükümet, Adalet Bakanlığı'nın, 8 Mayıs 2008 ile 30 Eylül 2009 arasında, 301'inci madde kapsamında cezai soruşturmaya başlamak için 955 defa talep aldığını kaydetmiştir. Bakanlık, bu taleplerin 878'ini reddetmiş, 77'sini kabul etmiştir. Bu bağlamda Hükümet, Mahkeme'ye Adalet Bakanlığı'nın red kararlarının örnek kopyalarını sunmuştur. Bu kararlarda Adalet Bakanlığı'nın, cumhuriyet savılarının Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesi kapsamındaki cezai soruşturmaya izin taleplerini reddederken, yaygın şekilde Mahkeme'nin 10'uncu maddeye ilişkin davalardaki içtihatlarına dayandığı görülmektedir. Hükümet, ayrıca Adalet Bakanlığı'nın cezai soruşturma yetkisini reddettiği 244 davada, suç duyurusunun temel olarak basındaki yayımlara ilişkin olduğunu kaydetmiştir.

4. 301'inci madde kapsamındaki takibatlar hakkında başvuru tarafından sağlanan istatistikler ve diğer bilgiler

30. Avrupa Komisyonu'nun Türkiye hakkındaki 2008 İlerleme Raporu'nda şu ifade edilmiştir:*

95

301'inci Madde'de değişiklik yapılmasının ardından mahkemeler, Eylül ayı itibariyle 257 dosyayı ön izin için Adalet Bakanı'na havale etmişlerdir. Ön izin alma koşulu, soruşturma aşamasında ya da adli işlemleri başlayan davalar için uygulanmaktadır. Adalet Bakanı, Eylül ayı itibariyle 163 dosyayı incelemiş ve 126 dosya ile ilgili işlemlerinin başlatılmasına izin vermemiştir.

Ancak 301. Madde'nin içeriği büyük oranda aynı kalmış ve izin alma koşulu, Madde'nin siyasi amaçlarla kullanılabilmesi ihtimalini ortaya çıkarmıştır. Adalet Bakanı, bugüne kadar 37 dosya ile ilgili soruşturma işlemlerine devam edilmesi iznini vermiştir. Bu dosyalardan biri, Ermeni kökenli Türk gazeteci Hrant Dink'in öldürülmesinden kısa süre sonra Ermeni meselesi hakkında açıklamalar yapan bir Türk gazeteci hakkında açılan davaya aittir. Ayrıca, Türk Ceza Kanunu'nun daha önceki 159.

* Bkz. İlerleme raporunun 15-16'ncı sayfaları
http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/press_corner/keydocuments/reports_nov2008/turkey_progress_report_en.pdf (Belge 13, Ek). Raporun Türkçe metnine şu adresten ulaşılabilir (T.Ş.):
http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/turkiye_ilerleme_rap_2008.pdf

Maddesi kapsamında Adalet Bakanı'nın verdiği izinlere ilişkin yasal belirsizlik mevcuttur.

31. Bavurucu, 301'inci maddedeki değişiklik sonrasında, spesifik olarak Ermeni meselesi ile ilişkili dava örneklerine dikkat çekmiştir. Ekim 2008'de Adalet Bakanlığı'nın, Temel Demirer'in "Hrant Dink'in sadece Ermeni olduğu için değil, soykırım konusunu ileri sürdüğü için öldürüldüğü" yönündeki beyanından dolayı yargılandığı davanın devam ettirilmesine yetki verdiğini kaydetmiştir. Diğer örnek Ragıp Zarakolu'nun, George Jerjian tarafından yazılan "Gerçek Bizi Özgür Kılacak" isimli Ermeni soykırımı hakkındaki bir kitabı tercüme ettiği ve yayımladığı için, 18 Haziran 2007'de, 301'inci madde kapsamında suçlu bulunması ve 5 ay hapis cezasına (sonradan para cezasına çevrilmiştir) mahkûm edilmesidir.

32. Bundan başka, Birleşik Devletler Dışişleri Bakanlığı'nın 2008 Türkiye İnsan Hakları Raporu'na göre, Adalet Bakanı'nın (Ali Şahin) kendisi de, yargıya talimat olarak yorumlanabilecek bir beyanda bulunmuştur: "*Devletime 'katil' denmesine izin vermeyeceğim. Bu ifade özgürlüğü değildir. Bu açıkça, devletin kişiliğinin aşağılanması suçudur*"

33. Başvurucu, Bağımsız İletişim Ağı Medya Gözlem Masası tarafından, Temmuz-Ağustos-Eylül 2008 dönemi için yayımlanan bir raporu da sunmuştur. Bu rapora göre 73 ifade özgürlüğü davasında 77'si gazeteci olan toplam 116 kişi takibata uğramıştır.

5. Başvurucu ve başvurucunun tepkisine karşı korkutma kampanyası

(a) Başvurucunun vatan haini ve ajan olduğuna ilişkin medya ithamları

34. 10 ve 19 Kasım 2000, 5 Kasım 2000 ve 31 Aralık 2000 tarihli *Aydınlık* dergisinde başvurucunun Alman istihbarat servisinin maaşlı çalışanı olduğunu ve "Türk tarihinde şiddet", "Türk tarihinde işkence" konularında araştırma yapmak ve yazmak konusunda görevlendirildiğini iddia eden makaleler yayımlanmıştır.

35. 4 Ocak 2001 tarihli *Hürriyet* gazetesinde, başvurucunun çalışmalarının Alman istihbarat servisi tarafından belirlendiği ve finanse edildiği iddialarını içeren "*Alman İstihbarat Şefi ve Tessa Hoffmann çifti*" başlıklı bir makale yayımlanmıştır.

36. Hürriyet Gazetesi, 21, 22 ve 23 Haziran 2007 tarihli sayılarında, başvurucunun bütün kitap ve konuşmalarında Türkiye’ye ihanet eden ve Türkiye’ye nefret kusan bir kişi olarak tanımlayan makaleler yayımlamıştır.

(b) Başvurucu ve ailesinin medyadaki iddialara cevaben beyanları

37. Başvurucu ve ailesi, basın bülteni vasıtasıyla, *Hürriyet* gazetesi tarafından yayımlanan iddiaları kınamış ve gazeteyi özür dilemeye çağırmıştır. Hrant Dink’in ölümüne atıfta bulunmuşlar ve basının, bir kişiyi “vatan haini” olarak etiketleyen iddiaları içeren makaleleri yayımlarken, sorumluluk ve hassasiyetle hareket etmesi gerektiğini bildirmişlerdir. Ayrıca Türkiye’nin, basın yardımıyla yurttaşların linç edildiği bir ülke haline gelmesine karşı da uyarıda bulunmuşlardır.

(c) *Aydınlık* dergisine karşı açılan hakaret davası

38. Başvurucunun açtığı manevi tazminat davası, İstanbul ilk derece Hukuk Mahkemesi’nin 8 Kasım 2005 tarihli kararıyla reddedilmiştir. Mahkeme, her ne kadar davalı tarafından kullanılan kelimelerin ve iddiaların saldırgan olsa da, müsaade edilebilir eleştiri sınırları içinde kaldığına karar vermiştir. Bu karar, Yargıtay’ın 14 Mart 2007 tarihli kararı ile onaylanmıştır.

(d) *Hürriyet* gazetesine karşı dava

39. Başvurucu, 21, 22 ve 23 Ekim 2007 tarihinde yayımlanan saldırgan makalelere binaen bir düzeltme yazısı yayımlanması kararı verilmesi için, 26 Temmuz 2007’de Ankara ilk derece Hukuk Mahkemesi’nde bir dava açmıştır. Mahkeme, 30 Temmuz 2007 tarihinde verdiği kararla, başvurucunun istemini reddetmiştir. Her ne kadar dava konusu makaleler sert bir tonda olsa da çoğulcu bir demokraside basın tarafından kullanılan ifade özgürlüğü hakkı tarafından korunduğu sonucuna ulaşılmıştır.

40.24 Kasım 2007 tarihinde *Taraf* gazetesi, başvurucu aleyhine yürütülen medya kampanyasına yönelik yargının tutumunu eleştiren bir makale yayımlamıştır.

(e) Başvurucuya karşı nefret maili ve ölüm tehditleri

41. Başvurucu, bilinmeyen kişilerden nefret mailleri aldığını iddia etmiştir. Kendisini aşağılayan ve Ermeni meselesi hakkındaki görüşlerinin sonucunda ölümle tehdit eden bir kişi tarafından gönderilen bir e-mailin kopyası sunulmuştur.

(f) Başvurucu için medya desteği

42. 9 ve 23 Temmuz 2007 tarihleri arasında internet portalları ile dergi ve gazetelerde Başvurucuya karşı saldırıları eleştiren ve ona desteklerini ifade eden birçok makale yayımlanmıştır.

II. KONUYLA İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMA

43. Türk Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesinin önceki hali şu şekildedir:

1. Türklüğü, Cumhuriyeti veya Türkiye Büyük Millet Meclisini alenen aşağılayan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
2. Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini, Devletin yargı organlarını, askerî veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
3. Türklüğü aşağılamanın yabancı bir ülkede bir Türk vatandaşı tarafından işlenmesi hâlinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır.
4. Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.

44. Türk Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesinin 29 Nisan 2008'de değiştirilen yeni metni şu şekildedir:

1. Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ve Devletin yargı organlarını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
2. Devletin askeri veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi 1. fıkra hükmüne göre cezalandırılır. .
3. Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.
4. Bu suçtan dolayı soruşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır.

45. Hrant Dink aleyhine yapılan ceza yargılamasında (bkz. *Dink v. Türkiye*, nos. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, § 28, ECHR 2010-... (esaslar), Yargıtay Büyük Dairesi, Türklük terimini şu şekilde yorumlamıştır (*Yargıtay Ceza Genel Kurulu*, E. 2006/9-169, K. 2006/184, 11 Temmuz 2006 tarihli karar):

...Türklük kavramı devletin insan unsuruyla ilgili olup, bu kavramla Türk Milleti kastedilmektedir. Türklükten maksat, Türk milletini

oluşturan insani, dini, tarihi değerleri ile milli dil, milli duygular ve milli geleneklerden oluşan milli, manevi değerler bütünüdür.”

III. İLGİLİ ULUSLARARASI BELGELER

46.Avrupa Komisyonu 2009 Türkiye İlerleme Raporu, ifade özgürlüğüne ilişkin meselelerde Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesinin kullanımına dair şunları belirtmektedir:

Türkiye'deki yasal çerçeve ifade özgürlüğünü kullanmak için yeterli garantiler sağlamayı hala başaramamaktadır. Bunun neticesinde yasal çerçeve hakim ve savcılar tarafından kısıtlayıcı bir şekilde yorumlanmaktadır. Hala 301'nci madde kapsamında yürütülen bazı soruşturmalar ve verilen hükümler vardır*.

47. Avrupa Komisyonu 2010 Türkiye İlerleme Raporu, konu ile ilgili olarak şunları beyan etmektedir:

(...) İfade özgürlüğü konusunda, Kürt meselesi, azınlık hakları, Ermeni meselesi ve ordunun rolü gibi hassas addedilen konularda giderek daha açık ve serbest hale gelen tartışmalar medya ve toplumda geniş ölçekte sürmüştür.

Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) Mayıs 2008'de değiştirilmesi sonrasında Kanun'un 301'inci maddesine dayanılarak açılan az sayıda dava bulunmaktadır.

Adalet Bakanlığı'na göre, Türk Ceza Kanunu'nun 301. maddesine getirilen değişikliğin ardından açılan davaların sayısında bir düşüş gözlemlenmiştir. Aşağıdaki sayılar, 1 Ocak 2010-31 Temmuz 2010 tarihleri arasında tamamlanan incelemeleri kapsamaktadır: İncelenen dosyaların sayısı 369'dur. Dava açılmasına izin verilmeyen dosyaların sayısı 270, izin verilen dosyaların sayısı 10 olup, toplam dosyalar içinde % 3,57'ye tekabül etmektedir (...)[†]

48. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Thomas Hammarberg, 12 Temmuz 2011 tarihli raporunda şunları beyan etmiştir:

* Raporun Türkçe tam metni için bkz. (T.Ş.):
http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/turkiye_ilerleme_rap_2009.pdf

† Raporun Türkçe tam metni için bkz. (T.Ş.):
http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/turkiye_ilerleme_rap_2010.pdf

17. Komiser 2009 yılında Türkiye’yi ziyaretini müteakiben, 2008 yılında yapılan ve söz konusu madde kapsamında açılan davaların sayısında azalmaya neden olan bir yasa değişikliğine rağmen, 301’inci madde ile ilgili kaygılarını dile getirmiştir. Mahkeme 14 Eylül 2010 tarihinde Dink-Türkiye davasıyla ilgili kararını açıklamış, bu karara göre, Hrant Dink’in 301. Madde kapsamında hüküm giymesi nedeniyle İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 10. Maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme, Hrant Dink’in öldürülmesinden önce Türklüğe hakaret nedeniyle hüküm giymesinin demokratik bir toplumda bir kişinin ifade özgürlüğüne müdahale edilmesini haklı kılacak en önemli şartlardan biri olan herhangi bir “acil toplumsal ihtiyaç” teşkil etmediğine hükmetmiştir. Komiser, 2008 yılında kabul edilen ve savcılığın her bir dava için Adalet Bakanlığından ayrıca izin almasını gerektiren değişikliğin kalıcı bir çözüm olmadığı, benzer ihlallerin önlenmesi için tek çözümün İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin ilgili standartlarının Türk hukuk sistemiyle bütünleştirilmesi olduğu kanısındadır*

KARAR

I. HÜKÜMET’İN İLK İTİRAZI

49. Hükümet, başvuruçunun Sözleşme’nin 34’üncü maddesi anlamında mağdur statüsünün bulunmadığını ileri sürmüştür. Soruşturma makamlarının hiçbir zaman başvuruçuyu aleyhine Ceza Kanunu’nun 301’inci maddesi kapsamında cezai takibata başlamadıklarını kaydetmişlerdir. Aksine, başvuruçuyu aleyhine yapılan suç duyurusuna ilişkin, başvuruçunun görüşlerinin Sözleşme’nin 10’uncu maddesi kapsamında ifade özgürlüğü tarafından korunduğuna dayanılarak takipsizlik kararı verilmiştir.

50. Başvuruçuyu, soruşturmaya maruz kaldığından ve görüşlerini ifade ettiği için kovuşturma ile tehdit edildiğinden dolayı, Sözleşme’nin 34’üncü maddesi kapsamında mağdur niteliği taşıdığını iddia etmiştir. Bu görüşlerini ifade ettiği için 301’inci maddenin ve Türk Ceza Kanunu’nun diğer hükümlerinin doğrudan etkide bulunması riski altında olduğunu ileri sürmüştür.

51. Mahkeme, Hükümetin başvuruçunun mağdur statüsüne ilişkin itirazı ile başvuruçunun 10’uncu madde kapsamındaki ifade özgürlüğü hakkına

* Raporun Türkçe tam metni için bkz. (T.Ş.):
<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1884640&SecMode=1&DocId=1765920&Usage=2>

bir müdahalenin bulunup bulunmadığı sorununun incelenmesi arasında ayrılamaz bir bağlantı olduğu fikrindedir. Bu nedenle Mahkeme, bu sorunu esasla birlikte ele alarak, Sözleşme'nin 10'uncu maddesi kapsamında inceleyecektir. (Bkz. yukarıdaki *Dink*, § 100).

52. Mahkeme, başvurunun Sözleşme'nin 35 § 3 anlamında açıkça temelden yoksun olmadığını veya diğer başkaca sebeplerle kabul edilemez olmadığını kaydeder. Bu nedenle kabuledilebilirlik deklare edilmelidir.

II. SÖZLEŞMENİN 10'UNCU MADDESİNİN İHLALİ İDDİASI

53. Başvurucu, Türk Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesinin varlığının ifade özgürlüğüne müdahale oluşturduğundan şikâyetçidir. Başvurucu, bu hüküm kapsamında, Ermeni meselesi hakkında bilimsel araştırmalarından dolayı potansiyel olarak soruşturma açılabilir olmasının, kendisinde büyük strese, endişeye ve soruşturma korkusuna neden olduğunu ve Sözleşme'nin aşağıda ifade edilen 10'uncu maddesi kapsamındaki haklarını doğrudan ve devam eden bir şekilde ihlal ettiğini savunmaktadır:

“1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ulusal sınırlarla kısıtlanmaksızın, bir görüşe sahip olma, haber ve düşünceleri elde etme ve bunları ulaştırma özgürlüğünü de içerir. Bu madde Devletin radyo yayıncılığını, televizyon ve sinema işletmeciliğini izne bağlamasına engel değildir.

2. Bu özgürlükleri kullanırken ödev ve sorumluluk içinde hareket edilmesi gerektiğinden, ulusal güvenlik, ülke bütünlüğü veya kamu güvenliği, suçun veya düzensizliğin önlenmesi (...) amacıyla, demokratik bir toplumda gerekli bulunan ve hukukun öngördüğü formalitelere, şartlara, yasalara ve yaptırımlara tabi tutulabilir.

54. Hükümet bu sava karşı çıkmaktadır.

A. Başvurucunun ifade özgürlüğü hakkına yönelik bir müdahalenin bulunup bulunmadığı

1. Tarafların beyanları

(a) Başvurucu

55. Başvurucu, sonuç itibarıyla takipsizlikle sonuçlanmasına rağmen, aleyhine açılan soruşturmadan doğrudan doğruya etkilendiği için 10'uncu madde kapsamındaki haklarına bir müdahalenin bulunduğunu ve

Sözleşme kapsamındaki haklarının ihlalinin mağduru olduğunu ileri sürebileceğini iddia etmiştir. Ermeni meselesi hakkındaki görüşlerinden dolayı 301'inci madde kapsamında başka soruşturma veya kovuşturmalara tabi olabileceği yönündeki süregelen riskten halen etkilenmektedir.

56. Başvurucu, geçmişte birçok kişinin, Ermenilerin toplu katliamını “soykırım” olarak ifade etmelerinden dolayı 301'inci madde ve Türk Ceza Kanunu'nun diğer hükümleri kapsamında takibata uğradığını savunmuştur. Hükümet, başvurusunun gelecekte bu görüşü ifade etmesinden dolayı, 301'inci madde veya diğer hükümler kapsamında soruşturma tacizi veya kovuşturma tehdidi ile karşı karşıya kalmayacağı güvencesini verememektedir.

57. Görülen davada somut soruşturma korkusu, başvurusunun profesyonel faaliyetlerinin üzerinde bir gölge yaratmakla kalmamakta, aynı zamanda başvurusunun hatırı sayılır ölçüde stres ve endişe taşımasına neden olmakta ve faaliyetlerini ciddi ölçüde sınırlamaktadır. Gerçekten de, mevcut başvurunun yapıldığı Haziran 2007'den bu yana başvuru, Ermeni meselesi üzerine etkili biçimde yazmayı durdurmuştur. Karşı karşıya olduğu baskılar, Ermeni katliamı hakkındaki görüşlerinden dolayı takibata uğrayan ve 301'inci madde kapsamında mahkûm edilen meslektaş ve yakın arkadaşı Hrant Dink'in, bir aşırı milliyetçi tarafından öldürülmüş olması dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Hrant Dink'in, “Türklüğe hakaret” mahkûmiyetine bağlı olarak damgalanmasından dolayı aşırı uçların hedefi haline geldiği yönünde genel bir kabul vardır.

58. Hükümet, her ne kadar değerlendirmelerinde takibat riskinin zayıf olduğunu göstermeye çalışsa da, süregelen bir riskin varlığını inkâr etmemiştir. Bu değerlendirme, tamamen cumhuriyet savcıları ve/veya Adalet Bakanlığı'nın 301'inci madde kapsamındaki takibatlar konusundaki uygulamaları ve takdirlerine bağlıdır. 301'inci maddede Mayıs 2008'de yapılan değişikliğe rağmen, halen Ermeni “soykırımını” ileri sürenler hakkındaki hukuki takibatlar hafiflememiştir. Ermeni katliamının bu şekilde nitelendirilmesini yasaklamak konusundaki Hükümet politikasında maddi bir değişiklik yoktur ve bu yönde belirli bir gelecek de kestirilememektedir.

59. Başvurucu, Mahkeme'nin özellikle *Campbell and Cosans v. Birleşik Krallık* (25 Şubat 1982, Series A no. 48), *Times Newspapers Ltd v. Birleşik Krallık* (nos. 1 and 2), (nos. 3002/03 ve 23676/03, ECHR

2009-...), *Marckx v. Belçika* (13 June 1979, § 330, Series A no. 31), *Norris v. İrlanda* (26 Ekim 1988, Series A no. 142), *Bowman v. Birleşik Krallık* (no. 24839/94, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I) davalarındaki kararlarına dayanarak, doğrudan etki doğurma riski taşınması halinde madde 34'ün bireylere, haklarını ihlal eden ve uygulanmalarında tikel bir önlem bulunmayan bir yasaya karşı başvuru hakkı tanıdığını ileri sürmüştür. Başvurucu, adı geçen davalardaki ihlal kararının, potansiyel bir gelecekteki ihlale değil, başvuru zamanında var olan duruma dayandığına dikkat çekmiştir. Her bir davada, iç hukuk hükümlerinin varlıkları dahi başvuru sahiplerini doğrudan etkilemiş ve bundan dolayı başvuru sahiplerinin ifade özgürlüğü ile özel yaşam haklarını ihlal etmiştir.

(b) Hükümet

60. Hükümet, başvuru sahibinin mağdur niteliği bulunmadığı için, başvurusunun *actio popularis* anlamına geldiğini, başvuru sahibinin haklarına yönelik Sözleşme'nin 10'uncu maddesi kapsamında bir müdahale olmadığını öne sürmüştür.

61. Öncelikle karşı çıkılan yasa hükmünün, yani Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesinin, başvurucuya hiçbir zaman uygulanmadığını kaydetmişlerdir. İkinci olarak, söz konusu dava kamu savcısı tarafından değil, bir kişinin suç duyurusunun sonucunda başlamıştır. Üçüncü olarak, söz konusu takibat, kesin takipsizlik kararı ile sonlandırılmıştır. Dördüncü olarak, adı geçen kararda da başvuru sahibinin görüşlerinin Sözleşme'nin 10'uncu maddesi kapsamında korunduğu açıkça belirtilmiştir. Son olarak, başvuru sahibinin gelecekte zarar göreceğine ilişkin bir ihtimal yoktur çünkü 301'inci maddede, Sözleşme'nin 10'uncu maddesi kapsamındaki ifade özgürlüğü hakkı ile uyumlu takibatları güvencelemek adına yapılan değişiklikten bu yana bir takım güvenceler sağlanmıştır.

62. Hükümet, bir yasanın Sözleşme ile bağdaşmazlığının iddia edilmesini *in abstracto* içeren bir başvurunun Sözleşme sisteminde kabul edilemez olduğunu; çünkü bunun *actio popularis* anlamına geleceğini tartışmıştır. (bkz. *Noël Narvii Tauira and 18 others v. France*, no. 28204/95, Commission decision of 4 December 1995, *Decisions and Reports* (DR). 83-A, p. 130) Söz konusu olayda başvuru sahibi, Mahkeme'nin Türk Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesi hakkında bir inceleme gerçekleştirmesini *in abstracto* talep etmiştir. Başvuru sahibinin “ 301'inci madde konu ile ilgili

kısmı Türkiye'nin, Sözleşme'nin 7, 10 ve 14'üncü maddeleri kapsamındaki ödevlerinin ihlalidir" şeklindeki ilkesel istemi, *actio popularis* kavramına dayanan bir şekilde biçimlendirilmiştir.

63.Hükümet, mağdur statüsü koşulunun Sözleşme'nin denetim sisteminin yardımcı/ikincil (subsidiary) doğası ile yakından bağlantılı olduğunu kaydeder. Bireysel başvuru hakkının uygulanması Sözleşmenin potansiyel olarak ihlalini önlemek için kullanılamaz: Teorik olarak Sözleşme sistemi, ortaya çıkmış bir ihlalden *a posteriori* başka türlü bir ihlalin incelenmesine –eğer kabul edilebilir bulunmuşsa, sonuçlandırılmasına- izin vermez. (Bkz. *Noël Narvii Tauira ve diğer 18 kişi, yukarıdaki Federation Chrétienne des Témoins de Jehovah v. Fransa* (dec.), no. 53430/99, 6 Kasım 2001; ve *Décision Est Video Communication SA and others v. Fransa* (dec.), no. 66286/01, 8 Ekim 2002). Her ne kadar Mahkeme bu kuralın istisnalarının olabileceğini kabul etse de, başvurucunun durumu anılan istisnalara girmemektedir. Başvurucu, kişisel olarak kendisini etkileyen benzer bir ihlalin ortaya çıkma ihtimaline yönelik makul ve ikna edici deliller göstermemiştir; bu bakımdan sadece şüphe ve tahmin yeterli değildir. (Bkz. *Ada Rossi ve diğerleri v. İtalya* (dec.), nos. 55185/08, 55483/08, 55516/08, 55519/08, 56010/08, 56278/08, 58420/08 ve 58424/08, ECHR 2008-... , ve *Arabadjiev ve Stavrev v. Bulgaristan* (dec.), no. 7380/02, 14 Şubat 2006).

64. Son olarak Hükümet, başvurucunun mağduriyetinin, Mahkeme önündeki yargılama sırasında sürmesi gerektiğini iddia etmiştir. Başka bir deyişle Mahkeme, başvurucuya yönelik ulusal bir karara dayanan bir müdahalenin varlığını aramaktadır. (see *Ahmet Kenan Er v. Türkiye* (dec.), no. 21377, 18 Kasım 2008, and *Selahattin Humartaş v. Türkiye* (dec.), no. 38714/04, 18 Kasım 2008). Buna karşın, görülen davada başvurucu hiçbir zaman mağdur statüsüne sahip olmamıştır.

2. Mahkeme'nin Değerlendirmesi

65. Mahkeme, başvurucunun iddia ettiği ifade özgürlüğüne ilişkin müdahale sorununun, öncelikle başvurucuyu Sözleşme'nin 10'uncu maddesi kapsamındaki haklarının ihlalinden dolayı mağdur hale getiren bir önlemden etkilenip etkilenmediğinin tespitine bağlı olduğunu kaydeder.

66. Bu bağlamda Mahkeme, bir ihlalin mağduru olmak için, bir kişinin karşı çıkılan müdahaleden doğrudan etkilenmesi gerektiği yönündeki yerleşik içtihadını tekrarlar. (Bkz. *İrlanda v. Birleşik Krallık*, 18 Ocak

1978, §§ 239-240, Series A, no. 25; yukarıda bahsedilen *Eckle*; ve *Klass ve Diğerleri v. Almanya*, 6 Eylül 1978, § 33, Series A no. 28). Sözleşme, bireylere, doğrudan ektilenmiş olmaksızın, Sözleşmede düzenlenen hakların yorumlanması için veya ulusal yasa hükümlerinin Sözleşmeye aykırı olabilecekleri düşüncesiyle şikâyet edilmesine izin veren bir *actio popularis* açma yetkisi sağlamaz. (Bkz. yukarıda bahsedilen *Norris*, § 31).

67. Buna karşılık Mahkeme, bir başvurusunun, başvurusunu desteklemek için somut bir müdahaleye tabi olduğunu ileri sürmese dahi “Sözleşme’nin ihlalinin mağduru olduğunu (ileri sürmeye)” yetkili olduğu sonucuna varmıştır. (Bkz. *mutatis mutandis*, yukarıda bahsedilen *Klass ve Diğerleri*, § 38). Böyle durumlarda, başvurusunun gerçekten de Sözleşme’nin herhangi bir ihlalinin mağduru olup olmadığı sorunu, karşı çıkılan mevzuatın kendisinin, Sözleşme hükümleri ile uyumlu olup olmadığına saptanmasını gerektirir. (Türk Ceza Kanunu’nun 301’inci maddesinin uygunluğu için aşağıda B kısmına bakınız) Her ne kadar görülen dava, birisinin izlendiğini bilmenin zorluklarının mağdur statüsünün belirlenmesinde dikkate alınan bir faktör olduğu *Klass ve diğerleri* davasındaki gibi izlemeye değil, ifade özgürlüğüne dayanıyor olsa da, başvuru kamusal bir sorun (1915 olaylarının soykırım olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği sorunu) ile gerçekten de alakalı olduğunu ve 301’inci maddenin hedefindeki malzemenin üretimi işinin içinde olduğunu kanıtlamıştır.

68. Ayrıca bir kişi, kovuşturma riskinden dolayı davranışlarını değiştirmişse (bkz. *Dudgeon v. Birleşik Krallık*, 22 Kasım 1981, § 41, Series A no. 45; yukarıda bahsedilen *Norris*, § 31, ve yukarıda bahsedilen *Bowman*) veya mevzuat tarafından doğrudan etkilenme riski olan bir kişi grubunun üyesi ise (Bkz. *Johnston ve diğerleri v. İrlanda*, 18 Aralık 1986, § 42, Series A no. 112, ve *Open Door ve Dublin Well Woman v. İrlanda*, 29 October 1992, Series A no. 246-A) -tikel bir icrai tedbirin yokluğunda dahi- bir yasanın, haklarını ihlal ettiğini ileri sürmesi serbesttir. Mahkeme, ayrıca, bir kişiyi gelecekte benzer beyanlarda bulunmaktan vazgeçirebilecek böyle bir korku ihtimalini dikkate alarak, netice itibariyle beraat verilse dahi, ifade özgürlüğünün kullanımında yaptırım korkusunun dondurucu etkisini kaydeder. (Bkz. *mutatis mutandis*, *Lombardo ve diğerleri v. Malta*, no. 7333/06, § 61, 24 Nisan 2007; *Association Ekin v. Fransa* (dec.), no. 39288/98, 18 Ocak 2000 ve *Aktan v. Türkiye*, no. 20863/02, §§ 27-28, 23 Eylül 2008).

69. Görülen davaya dönülecek olursa Mahkeme, başvurunun aleyhine açılan soruşturmadan doğrudan etkilendiği ve Ermeni meselesi hakkındaki görüşlerinden dolayı 301'inci madde kapsamında ileride soruşturma veya kovuşturmaya tabi olmak konusunda süregelen bir risk taşıdığı iddiasını kaydeder. Hükümet, kendi tarafından, söz konusu soruşturmanın yerel cumhuriyet savcısı tarafından takipsizlik kararı ile sonuçlandığını ve 2008'de 301'inci madde metninde yapılan yasal değişiklik dikkate alındığında, başvurunun, dayandığı türden görüşlerin ifadesinden dolayı kovuşturulma riskinin olmadığını öne sürmüştür.

70. Mahkeme, yukarıdaki görüşü göz önünde tutarak, Ermeni meselesi hakkındaki fikirlerinden dolayı başvuru aleyhine soruşturma başlatılmasının ve süregeldiği iddia edilen Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesi kapsamında soruşturma tehdidinin, mevcut dava koşullarında bir müdahale oluşturup oluşturmadığını belirlemek zorundadır.

71. Mahkeme, başvurunun, araştırma alanı Ermeni nüfusu ile ilişkili 1915 tarihsel olayların olan bir tarih profesörü olduğunu gözlemektedir. Bu nedenle, başvurunun görüşlerinden dolayı rencide olan aşırı milleyetçi gruplara mensup kişiler tarafından yapılan suç duyurularının bir sonucu olarak başvuru, Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesi kapsamında soruşturma veya takibata tabi olan bir kişi topluluğunun mensubudur ve anılan konu hakkındaki görüşlerinden dolayı kolaylıkla damgalanmaktadır. (Bkz., *mutatis mutandis*, yukarıda bahsedilen *Johnston ve diğerleri*, § 42).

72. Görülen davada, gerçekten de başvuru aleyhine, AGOS gazetesindeki başyazıda Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesindeki Türklüğü aşağılama suçunun işlendiğini iddia eden bir kişinin suç duyurusunun sonucu olarak soruşturma açılmıştır. (bkz. yukarıdaki 8'inci paragraf). Başvuru, yerel cumhuriyet savcılığına çağırılmış ve kendisinden, aleyhine yapılan suç duyurusuna yanıt vermesi istenmiştir. (bkz. yukarıdaki 9'uncu paragraf). Her ne kadar soruşturmadan sorumlu cumhuriyet savcısı, başvurunun görüşlerinin Madde 10 kapsamında korunduğu kanısıyla takipsizlik kararı vermiş olsa da bu, zorunlu olarak, başvurunun gelecekte bundan başka benzer bir soruşturma tehlikesi altında olmadığı anlamına gelmemektedir. Başvuru aleyhine, AGOS gazetesindeki makaleleri yoluyla 301'inci madde kapsamında Türklüğü aşağıladığını iddia eden kişilerce başkaca iki suç duyurusu yapıldığı ve bu soruşturmaların yerel Cumhuriyet savcısının takipsizlik kararı ile

sonuçlandırıldığı görülmektedir. (Bkz. yukarıdaki 14, 15 ve 18’inci paragraflar).

73. Mahkeme, ilk başvurusunun uç bir topluluk tarafından yapılan bir suç duyurusunu takiben takibata uğradığı ve Ermeni meselesi hakkındaki görüşlerinden dolayı Türklüğe hakaret ettiği için 301’inci madde kapsamında mahkûm edildiği (yukarıda atıf yapılan) *Dink* kararındaki sonuçlara atıf yapar. Kamuoyunun ve özellikle aşırı milliyetçi grupların gözünde, Bay Dink’in kovuşturulması ve mahkûmiyeti, Türk kökenli bütün kişilerin aşağılandığına delalet etmiştir. Kendisine yüklenen algı ve damganın sonucu olarak Bay Dink, daha sonra aşırı milliyetçi bir kişi tarafından öldürülmüştür. (Bkz. yukarıda atıf yapılan *Dink*, § 107).

74. Mahkeme, başvurunun, tıpkı Bay Dink vakasında olduğu gibi, Ermeni konusundaki araştırmaları ve yayınlarından dolayı kamuoyunda “vatan haini” veya “ajan” olarak gösterildiği bir gözdağı kampanyasının hedefi olduğunu kaydeder. (Bkz. yukarıdaki 34-36’ıncı paragraflar). Bu kampanyayı takiben başvuru, kendisine hakaret eden ve ölüm tehditlerinde bulunan birkaç kişiden nefret meilleri almıştır. (Bkz. yukarıdaki 41’inci paragraf).

75. Bu bağlamda Mahkeme, başvurunun 301’inci madde kapsamındaki suçtan dolayı kovuşturulmamasına veya mahkûm edilmemesine rağmen, Ermeni meselesi hakkındaki görüşlerinden dolayı aşırı uçlar tarafından aleyhine yapılan suç duyurularının bir taciz kampanyasına dönüştüğünü ve başvuruycuyu bu hüküm kapsamında yanıt vermek zorunda bıraktığını göz önünde tutar. Bu nedenle, her ne kadar karşı çıkılan hüküm, henüz başvuruycuya zarar vermek için kullanılmamış olsa da, sadece gelecekte potansiyel olarak aleyhine soruşturma açılacak olmasının, onda stres, endişe ve soruşturma korkusuna neden olduğu kabul edilebilir. Bu durum, başvuruycuyu 301’inci madde kapsamında kovuşturma riskine girmemek için akademik çalışmalarında kendi kendini sınırlamaya ve davranışlarını değiştirmeye zorlamıştır. (see, *mutatis mutandis*, yukarıda bahsedilen *Norris*, § 31 ve yukarıda bahsedilen *Bowman*).

76. Kovuşturma riskine ilişkin olarak Hükümet, bu hüküm kapsamındaki takibatları önemli ölçüde azaltan 301’inci maddedeki değişikliğin yürürlüğe girmesinden dolayı, başvurunun gelecekte zarar göreceği önyargısının muhtemel olmadığını ileri sürmüştür. Bu bakımdan, cumhuriyet savılarının 301’inci madde kapsamında takibata başlamaları için Adalet Bakanlığı tarafından izin almaları gerekliliğine büyük bir

önem atfetmiştir. Hükümet, istatistiksel bilgilere atıfla, bu taleplerin büyük çoğunluğunun, Mahkeme'nin 10'uncu madde davalarındaki içtihatlarındaki yerleşik ilkeleri uygulayan Adalet Bakanlığı tarafından reddedilmesi üzerinde durmuştur. (Bkz. yukarıdaki 27-29'uncü paragraflar).

77. Ancak Mahkeme'nin görüşü, Hükümet tarafından kabul edilen tedbirlerin, 301'inci madde kapsamındaki genel keyfiyeti veya haksız takibatları önlemek için yeterli güvenceyi sağlıyor görünmediği yönündedir. Hükümet'in sağladığı istatistiksel bilgilerden, hala Cumhuriyet savcıları tarafından 301'inci madde kapsamında açılmış önemli sayıda soruşturmanın bulunduğu ve Adalet Bakanlığı'nın çok sayıda vakada soruşturma izni verdiği görülmektedir: Hükümet'in görüşüne göre Adalet Bakanlığı, 8 Mayıs 2008 ile 30 Ekim 2009 arasında, 301'inci madde kapsamında cezai takibata başlamak için 1,025 defa izin talebi almış ve 80 vakada ön izin vermiştir. (Bütün taleplerin yaklaşık %8'i) Mahkeme, Hükümet'in, Adalet Bakanlığı'nca izin verilen vakaların doğası veya konusunu açıklamadığını kaydeder. Buna karşın, başvuru tarafından sağlanan istatistiksel bilgiler, Adalet Bakanlığı tarafından verilen ön-izin yüzdesinin daha yüksek olduğunu ve bu davaların ifade özgürlüğü vakalarındaki gazetecilerin takibatına ilişkin olduğunu göstermektedir. (Bkz. yukarıdaki 30-33'üncü paragraflar). Üstelik Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'nin kaydettiği üzere, benzer Sözleşme ihlallerini önlemek adına, her davada Adalet Bakanlığı'ndan ön-izin alınması sistemi, Sözleşme'nin ilgili standartlarının Türk hukuk sistemi ve pratiği ile uyumunu sağlayacak kalıcı bir çözüm değildir. (Bkz. yukarıdaki 48'inci paragraf).

78. Adalet Bakanlığının 301'inci madde kapsamındaki cezai soruşturmalarda bir ön denetim yapmasına ve madde, dikkate değer bir zaman zarfı için bu tarz davalarda uygulanmamasına rağmen Mahkeme, her halükarda, eğer örneğin mevcut hükümetin veya yeni kurulacak bir hükümetin siyasi iradesinin değişmesi halinde, bu maddenin gelecekte bu tarz vakalarda yeniden uygulanabileceğini göz önünde bulundurur. (Bkz., *mutatis mutandis*, yukarıda bahsedilen *Norris*, § 33). Bu nedenle, başvuru konusunun söz konusu hükümden doğrudan etkilenme riskinin geçerli olduğu söylenebilir.

79. Diğer taraftan Mahkeme, 301'inci madde kapsamındaki kovuşturma riskini değerlendirirken, Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarının dikkate alınmasının zorunluluk taşıdığını da gözlemler. Bu bağlamda Mahkeme,

özellikle “Türk” veya “Türk milleti” kavramlarının yorumu ile ilgili olarak *Dink* kararındaki (yukarıda bahsedilen, § 132) eleştirilerini tekrarlar. Bu davada Mahkeme, Yargıtay’ın Ermeni meselesindeki resmi tezi eleştiren herhangi bir görüşe yaptırım uyguladığı sonucuna ulaşmıştır. Özellikle, devlet kurumları tarafından reddedilen 1915 olaylarına dair soykırım iddiaların reddedilmesi, “Türklüğe” ve “Türk milletine” hakaret ve iftira olarak yorumlanmıştır. (*ibid.*).

80. Aynı şekilde, Şişli Ceza Mahkemesi’nin, AGOS gazetesinin editörünü ve sahibini, Türk ulusunu soykırım ile suçladığı gerekçesiyle Türk Ceza Kanunu’nun 301’inci maddesi kapsamındaki suçtan dolayı mahkûm etmesi, yargının durumunu teyit etmektedir. (bkz. yukarıdaki 13’üncü paragraf)

81. Mahkeme ayrıca, kamusal meselelerdeki fikir ve düşüncelerin hassas bir yapısı olduğunu gözlemler. Bu nedenle resmi yetkililerin veya yeterli denetime tabi olmadan yahut resmi yetkililerin desteği ile hareket eden özel kişilerin müdahale olasılığı, düşüncelerin özgürce oluşumu ile demokratik tartışmanın üzerine ağır bir yük getirir ve dondurucu bir etkiye sahiptir.

82. Mahkeme, yukarıdaki yaklaşımla, başvuru aleyhine yapılan suç duyurusunun ve Türk ceza mahkemelerinin, Ceza Kanunu’nun 301’inci maddesini uygularken sahip oldukları Ermeni meselesi hakkındaki bakış açısının ve soruşturma ile ilgili olarak başvuru aleyhine yürütülen kamuoyu kampanyasının, bu konuda “sakıncalı” görüşleri ifade eden kişilerin hatırı sayılır ölçüde takibat riski ile yüz yüze olduğunu doğruladığı ve gerçekten de başvuru üzerinde süregelen bir tehdidin bulunduğu sonucuna ulaşmıştır. (Bkz. yukarıda bahsedilen *Dudgeon*, § 41). Bu koşullarda Mahkeme, başvurunun Sözleşme’nin 10’uncu maddesi kapsamındaki ifade özgürlüğü hakkını kullanımına yönelik bir müdahale bulunduğu kanaatindedir.

83. Yukarıdaki sebeplerle Mahkeme, başvurunun mağdur statüsünün olmadığı yönündeki Hükümetin ön itirazını reddeder.

84. Bu müdahale, eğer 10’uncu maddenin 2’inci paragrafının koşullarını karşılamıyorsa, Sözleşme’yi ihlal edecektir. Bu nedenle bir sonraki adımda, müdahalenin “hukuken öngörülmüş” olup olmadığının saptanması gereklidir.

B. Müdahalenin hukuken öngörülüp öngörülmediği

85. Başvurucu, Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesinin yeterli açıklığı sağlamadığını ve keyfi müdahaleye karşı elverişli koruma sağlamadığını iddia etmiştir.

86. Hükümet, mevcut davada bir müdahale bulunmadığı fikrinde olduğu için bu noktayı değerlendirmemiştir. Buna karşın, “Türklük” ve “Türk milleti” kavramlarına ilişkin açıklamaları temin etmiştir. 301'inci maddenin metindeki değişikliği takiben “Türk milleti”nin, “Türk” kavramının yerini aldığını ileri sürmüştür. Bu kavramlar halihazırda herhangi bir ırksal veya etnik çağrışıma sahip değildir. Bunlar, Anayasa'nın 66'ncı maddesinde tanımlanan Türk yurttaşlığına atıf yapar şekilde anlaşılmalıdır.

87. Mahkeme, konu ile ilgili ulusal hukukunun, ilgili kişilerin –eğer ihtiyaç varsa uygun bir hukuki destek ile beraber- belli bir hareketin neden olduğu sonuçları, belli bir durumda makul ölçüde öngörmesine olanak vermesi için, yeterli kesinlikle biçimlendirilesinin zorunlu olduğunu yineler. (Bkz, birçok diğer hüküm arasında, *Grigoriades v. Greece*, 25 Kasım 1997) Bu sonuçların, mutlak kesinlikle –ki tecrübeler bunun erişilmez olduğunu göstermiştir- öngörülmesi gerekmez. Kesinlik, büyük ölçüde arzu edilir olsa da bu, aşırı katılık gerektirir, ne var ki hukuk, değişen koşullara ayak uydurmak zorundadır. Bu nedenle çoğu yasa, kaçınılmaz olarak, yorumlanması ve uygulaması pratik bir sorun yaratan az veya çok belirsiz terimlerle ifade edilir. (Bkz. *Sunday Times v. Birleşik Krallık (no. 1)*, 26 Nisan 1979, § 49, Series A no. 30, ve *Flinkkilä ve diğerleri v. Finlandiya*, no. 25576/04, § 65, 6 Nisan 2010).

88. Mahkeme, yukarıda ifade edilen *Dink* kararında sorunun, “Türklük” terimini içeren hukuki normların, başvuru için yeterli derecede ulaşılabilir ve öngörülebilir olup olmadığı noktasında ortaya çıktığını kaydeder. Mahkeme, bu sorun ilişkin bazı şüphelerini ifade etmekle beraber, söz konusu davada koşullarında bunu incelememeyi tercih etmiştir. (Bkz. yukarıda bahsedilen *Dink*, § 116).

89. Buna karşın Mahkeme, mevcut davada bu sorunun incelenmesi gerektiği kanaatindedir. Mahkeme, 1926 yılında, ilk Türk Ceza Kanunu'nun kabulünden itibaren Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesinin –ve önceki Ceza Kanunu'nun 159'uncu maddesinin- bir kaç değişikliğe tabi olduğunu kaydeder. Karşı çıkılan madde metnindeki son

değişikliğin, Elif Şafak, Orhan Pamuk, Hrant Dink gibi önde gelen yazar ve gazetecilerin hassas konulardaki sakıncalı görüşlerinden dolayı (Bkz. 25 ve 26'ncı paragraflar) aleyhlerinde açılan bir kaç tartışmalı dava ve cezai soruşturmadan sonra yürürlüğe girdiği görünmektedir. Nitekim yargıçların bu hükmü taciz edici veya keyfi olarak uygulaması, Hükümeti, söz konusu maddeyi - Sözleşme'nin Mahkeme tarafından yorumlanan şekliyle 10'uncu maddesinin gerekliliklerine uygun hale getirilmesi amacıyla- gözden geçirmeye zorlamıştır.

90. Sonuç itibariyle, 301'inci madde metninde üç büyük değişiklik yürürlüğe konulmuştur. Öncelikle, “Türklük” ve “Cumhuriyet” terimleri “Türk milleti” ve Türkiye Cumhuriyeti Devleti” ile değiştirilmiştir. İkinci olarak, suçlu bulunulması halinde uygulanabilecek hapis cezasının üst sınırı azaltılmış ve ağırlaştırıcı hal sebepleri maddeden çıkartılmıştır. Üçüncü ve son olarak metne, bu hükümde ifade edilen bir suç kapsamında herhangi bir soruşturmaya başlanması için, Adalet Bakanlığı'nın iznini gerekli kılan ek bir güvence kaydı eklenmiştir. (Bkz. yukarıdaki 43 ve 44'üncü paragraflar). Yasama organının, bu son değişiklikle, bu hüküm kapsamındaki keyfi takibatları önleme amacının olduğu açıktır.

91. Her ne olursa olsun Mahkeme, maddenin değiştirilmiş halinin, bir kişinin davranışlarını düzenleyebilmesi ve belli bir eylemin sonuçlarını, somut koşullarda makul bir şekilde öngörebilmesine yeterince açık bir şekilde izin verip vermediğini tespit etmek zorundadır. (Bkz. yukarıda bahsedilen *Grigoriades*, § 37).

92. Bu bağlamda Mahkeme, “Türklük” terimi “Türk milleti” ile değiştirilmiş olmasına rağmen, bu kavramların yorumunda bir değişiklik veya büyük bir farklılık görünmediğini, çünkü bu kavramların Yargıtay tarafından aynı şekilde anlaşıldığını kaydeder. (bkz. yukarıdaki 45'inci paragraf). Bu nedenle, yasama organının “Türklük” teriminin anlamını açıklığa kavuşturmak için madde lafzında yaptığı değişikliğin maddi bir farklılaşma getirmediğini veya ifade özgürlüğünün genişlemesine katkıda bulunmadığını kaydeder.

93. Mahkeme'nin görüşüne göre yasama organının amacı, Devlet kurumlarını kamusal iftirallardan korumak ve değerleri muhafaza etmek olsa da, Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesi kapsamındaki terimlerin kapsamı, yargı organlarının yorumladığı üzere, çok geniş ve belirsizdir ve bu nedenle madde, ifade özgürlüğü hakkının kullanımına yönelik

süregelen bir tehdit oluşturmaktadır. Başka bir ifadeyle madde lafzı, kişilerin eylemlerini düzene koyma ve hareketlerinin sonuçlarını öngörme olanağı vermemektedir. Bu hüküm kapsamında birçok soruşturma ve kovuşturma (bk. 28-33'üncü paragraflar ile 47'inci paragraf) açıldığı açık olduğu gibi, incitici, şoke edici, rahatsız edici olarak görülen fikir veya düşünceler, cumhuriyet savılarınca kolaylıkla cezai soruşturmaya tabi tutulmaktadır.

94. Yukarıda kaydedildiği gibi, 301'inci maddenin yargı organları tarafından keyfi kullanımının önlenmesi için yasama organınca kayıtlamalar getirilmesi, güvenilir ve sürekli bir güvence sağlamamaktadır veya doğrudan etkilenilme riskini ortadan kaldırmamaktadır, çünkü ilerleyen zamanda herhangi bir siyasal değişiklik, Adalet Bakanlığı'nın yorumlayıcı tutumunu etkileyebilir ve keyfi takibatların yolunu açabilir. (Bkz. 75-77'inci paragraflar).

95. Bu nedenle, Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesinin, Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarının gerektirdiği "yasa niteliği" ile buluşmadığı anlaşılmıştır, çünkü kabul edilemez genişlikteki terimler, bunların etkilerinin öngörülebilir olmaması sonucunu doğurmaktadır (Bkz. *Amann v. İsviçre* [GC], no. 27798/95, § 50, ECHR 2000-II; ve *Vajnai v. Hungary*, no. 33629/06, § 46,8 Temmuz 2008).

96. Yukarıdaki düşünceler, Mahkeme'nin söz konusu müdahalenin hukuken öngörülebilir olmadığı sonucuna ulaşabilmesi için yeterlidir.

Bundan dolayı Sözleşme'nin 10'uncu maddesinin ihlali mevcuttur.

III. SÖZLEŞMENİN DİĞER İHLALİ İDDİALARI

97. Son olarak başvuru, Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesinin lafzının, bir kişinin hangi eylem veya ihmallerinin cezai sorumlulukla sonuçlanabileceğinin ayırt edemeyeceği şekilde belirsiz ve geniş olmasının Sözleşme'nin 7'inci maddesini ihlal ettiğini iddia etmiştir. Nihayet başvuru karşı çıkılan hükmün, büyük ölçüde ayrımcı sonuçlarından dolayı, Sözleşme'nin 14'üncü maddesini de ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

98. Ulaştığı bütün materyaller ışığında Mahkeme, başvuru tarafından ileri sürülenlerin, Sözleşme'de veya Protokollerinde düzenlenen hak ve özgürlüklerin ihlal etmediği kararına varmıştır. Başvurunun bu kısmı, Sözleşme'nin 35 §§ 3 ve 4'üncü maddesine göre açıkça asılsız olarak kabul edilmek zorundadır.

IV. SÖZLEŞMENİN 41'İNCİ MADDESİNİN UYGULANMASI

99. Sözleşme'nin 42'inci maddesine göre:

“Mahkeme, Sözleşmenin veya Protokollerin ihlal edildiğini tespit ederse, ve ilgili Sözleşmeci Devletin iç hukuku bu ihlali ancak kısmen giderme imkanı veriyorsa, Mahkeme gerekli görürse zarara uğrayan tarafa adil bir karşılık verilmesine hükmeder.”

Zarar

100. Başvurucu maddi zararları için 11,200 Euro (EUR), manevi zararları için 75,000 Euro talep etmiştir.

101. Hükümet, Mahkemeden, başvurunun talebini destekleyen herhangi bir delil sunmadığını dikkate alarak, herhangi bir maddi tazminata karar vermemesini istemiştir.

102. Mahkeme, zararın belirlenmesi ve hesaplanması için başvuru tarafından herhangi bir delil sunulmadığını gözlemlemektedir, bu nedenle bu talep reddedilmiştir.

103. Başvurucunun manevi zarar talebi hakkında Mahkeme, bir ihlal bulunmasının mevcut vakadaki koşullarda yeterince tatmin edici olduğu fikrindedir.

104. Hukuki harcama ve masraflar konusunda herhangi bir miktar talebi olmadığı için Mahkeme, tazminata karar vermemiştir.

MAHKEME BU GEREKÇELERLE OYBİRLİĞİ İLE

1. Hükümetin, Başvurucunun mağdur statüsüne ilişkin itirazının, davanın esası ile birleştirilerek *reddine*,

2. Başvurucunun Sözleşme'nin 10'uncu maddesi uyarınca şikâyetinin kabuledilebilir olduğuna ve başvurudaki geri kalan ihlal iddialarının *kabuledilebilir olmadığına*;

3. Sözleşme'nin 10'uncu maddesinin *ihlaline*;

4. Mevcut dava koşullarında, ihlal bulunmasının yeterli adil karşılık sağladığına;

5. Başvurucunun geri kalan adil karşılık isteminin *reddine*

KARAR VERMİŞTİR.

İngilizce kaleme alınmış ve yazılı olarak 25 Ekim 2011 tarihinde İçtüzüğü'nün 77 §§ 2 ve 3'üncü maddelerine uygun olarak yayımlanmıştır.

Stanley Naismith
Yazışleri Müdürü

Françoise Tulkens
Başkan
