

# ARTICLE 19

**İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi**

Dava No. 2016/250

**Türkiye Cumhuriyeti**

*Davacı*

v.

**Erol Önderoğlu, Rasime Şebnem Korur ve Ahmet Nesin**

*Sanıklar*

---

**SANIKLAR VE BERAATLERİ LEHİNE  
ARTICLE 19 TARAFINDAN HAZIRLANAN  
ÜÇÜNCÜ TARAF MÜDAHİL GÖRÜŞLERİ**

---

## **ARTICLE 19**

Free Word Centre

60 Farringdon Road

London EC1R 3GA

United Kingdom/ Birleşik Krallık

Tel: +44 207 324 2500

Faks: +44 207 490 0566

Web: [www.article19.org](http://www.article19.org)

13 Mart 2017

## I. GİRİŞ

Bu *amicus curiae* görüşü, İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi'ne şu anda Mahkeme tarafından görülen Erol Önderoğlu, Rasime Şebnem Korur ve Ahmet Nesin davasını değerlendirmesinde yardımcı olmak üzere ARTICLE 19: Global Campaign for Free Expression ("ARTICLE 19") tarafından sunulmaktadır. İddianamede İnan Kızılkaya'nın adı da sanık olarak geçmekle birlikte, dosyasının bu davadan ayrıldığı anlaşılmaktadır.

ARTICLE 19, bu davada ifade özgürlüğü haklarını kullanmaları nedeniyle Türk kolluk birimlerinin sanıklara karşı yönelttikleri suçlamalarının meşruluğu konusunda endişe taşımaktadır. Davanın ifade özgürlüğü hakkı üzerinde hukuka uygun olmayan kısıtlamalar anlamına geldiğini ve sanıkların haklarındaki suçlamaların dayandırıldığı Türk Ceza Kanunu ve Terörle Mücadele Kanunu hükümlerinin uluslararası ve bölgesel insan hakları standartlarına uymadığını belirtmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ("AİHS") 10. Maddesi ile Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin ("UMSHS") 19. Maddesi kapsamında, Türkiye ifade özgürlüğüne getirilen kısıtlamaların, özellikle de medya özgürlüğü ile ilgili olanların, üç kısımdan oluşan bir kabul edilebilir sınırlamalar testine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür: Buna göre kısıtlamalar a) kanuna uygun olmalı, b) meşru bir amaca hizmet etmeli, ve c) demokratik bir toplumda gerekli olmalıdır. ARTICLE 19, Türk Ceza Kanunu ve Terörle Mücadele Kanunu'nun ilgili hükümlerinin bu testin gereklerini yerine getirmediğini tespit etmektedir. Buna bağlı olarak, söz konusu kişilere yöneltilen suçlamaların uluslararası insan hakları standartlarını ihlal ettiğini ve ifade özgürlüğü ile ilgili içtihadı aykırı olduğunu beyan ederiz. Her halükarda, Türkiye kamuoyunun alması gereken meşru haberler ile ilgili olmaları nedeniyle sanıklara karşı yöneltilen suçlamalar temelsizdir.

## II. ARTICLE 19'UN İLĞİ ALANLARI

ARTICLE 19, uluslararası ve bölgesel düzeyde ifade özgürlüğü ve bilgi edinme özgürlüğüne dair ilerici standartların geliştirilmesini ve bu standartların yerel hukuk sistemlerinde uygulanmasını savunan uluslararası bir sivil toplum örgütüdür. ARTICLE 19 Hukuk Programı, tahkir, bilgiye erişim ve yayıncılık düzenlemeleri benzeri alanlarda uluslararası ve karşılaştırmalı hukukun çerçevelerini ortaya koyan ve standartları belirleyen bir dizi yayın üretmektedir.

Bu yayınlar ve ARTICLE 19'un genel hukuki uzmanlığı temelinde, kuruluş her yıl bazı hukuki analizler yayınlamakta, yerel ve ulusal insan hakları davalarına müdahil olmakta ve ifade özgürlüğünü etkileyen mevcut kanunlarla yasa teklifleri üzerine yorumlar hazırlamaktadır. Dünya çapında olumlu hukuk reform çabalarının desteklenmesinin bir aracı olarak 1998'den bu yana yürütülen bu analitik çalışma, mevcut ya da önerilen yerel mevzuatlarda sık sık önemli iyileştirmelere yol açmaktadır.

ARTICLE 19, Türkiye'deki yazarlar, gazeteciler ve medya organları ile dayanışmayı göstermek amacıyla, İstanbul'da 31 Ağustos ile 2 Eylül tarihleri arasında, sivil toplum örgütlerinden oluşan uluslararası bir heyetin başkanlığını yapmıştır. Heyet, Danimarka PEN, Avrupa Gazeteciler Federasyonu, Alman PEN, Index on Censorship, My Media, Norveç Basın Birliği, Norveç PEN, Uluslararası PEN, Sınır Tanımayan Muhabirler ve Galler PEN Cymru'dan oluşmaktaydı. *Amicus curiae* sıfatıyla sunulan bu hukuki görüş, bu heyet ziyareti sırasında yapılan görüşmeler ve gözlemler ile birlikte ARTICLE 19'un kapsamlı hukuki analizleri ve uzmanlığına dayanarak hazırlanmıştır.

### III. Geçerli uluslararası ve bölgesel insan hakları hukuku ve standartları

Uluslararası insan hakları hukuku Türk hukukunun bir parçasını oluşturmaktadır. Türkiye gerek Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'ne ("UMSHS") gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ("AİHS") taraftır ve söz konusu sözleşmelerde ele alınan haklar aynı zamanda Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda da inceliklerle işlenmektedir. Buna ek olarak, Anayasa, AİHS'te yer alan temel hak ve özgürlüklerden birinin kamu yetkililerince ihlal edilmesi halinde herkesin Anayasa Mahkemesi'ne başvuru hakkını teminat altına almaktadır (Madde 148).

Mevcut dava açısından özel önem taşıyan ifade özgürlüğü hakkı, gerek Anayasa'nın 26. Maddesinde gerekse UMSHS, 19. Maddede<sup>1</sup> ve AİHS 10. Maddede<sup>2</sup> teminat altına alınmaktadır.

Bunlara göre ifade özgürlüğü mutlak bir hak değil, belli koşulların yerine gelmesi halinde Devlet tarafından hukuka uygun olarak sınırlandırılabilen bir haktır. Söz konusu koşullar, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına dair her türlü önerinin tabi tutulması gereken üç kısımlı bir testten oluşmaktadır:

- **Sınırlama kanuna uygun mu?** Bu sınırlamanın, yurttaşların kanunun sonuçlarını anlayabilmelerini ve temaslarını buna göre sürdürmelerini sağlayacak netlikte kaleme alınmış, herkese açık ve erişilebilir bir kanunda yer alması anlamına gelir.<sup>3</sup>
- **Sınırlamanın meşru bir amacı var mı?** Meşru amaçlar, AİHS, 10. Maddesindeki 2. Fıkrasında ve UMSHS 19. Maddenin 3. Fıkrasında geniş kapsamlı ve ayrıntılı olarak ele alınmış amaçlardan ibarettir (Yukarıdakilere bakınız).
- **Sınırlama demokratik bir toplumda gerekli mi?** Bu gerek gereklilik ve orantılılığa dair ikili ilkeleri içermektedir. İlk olarak, önerilen sınırlamanın gerekli olup olmadığının değerlendirilmesini talep eder: Meşru amacın elde edilmesi için vazgeçilmez ve yeterli olup olmadığına bakılır. Yani, sınırlama

---

<sup>1</sup> UMSHS 19. Maddesine göre:

1. Herkes, kimsenin müdahalesi olmaksızın istediği düşünceye sahip olma hakkına sahiptir.
2. Herkes, düşüncelerini açıklama hakkına sahiptir; bu hak, herkesin, ülkesel sınırlara bağlı olmaksızın her çeşit bilgiyi ve fikri, sözlü, yazılı ya da basılı biçimde, sanat eserleri biçiminde ya da kendi seçeceği herhangi bir başka biçimde araştırma, edinme ve iletme özgürlüğünü de içerir.
3. Bu maddenin 2. fıkrasında öngörülen hakların kullanılması, özel bazı görev ve sorumlulukları da beraberinde getirir. Dolayısıyla, bunlara bazı sınırlamalar da konulabilir; ancak, bu sınırlamaların yasalarda öngörülmüş olması ve;  
(a) Başkalarının haklarına ve şöhretine saygı bakımından ve;  
(b) Ulusal güvenliğin, kamu düzeninin ya da kamu sağlığı ve genel ahlakın korunması bakımlarından gerekli olması zorunlu olmalıdır.

<sup>2</sup> AİHS, 10. Maddesine göre:

1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.
2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.

<sup>3</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ("AİHM"), *The Sunday Times – Birleşik Krallık Davası*, 26 Nisan 1979, Başvuru No. 6538/74.

“acil bir toplumsal ihtiyacı” karşılamış mıdır? İkinci olarak, sınırlamanın orantılı olup olmadığı ortaya konulmalıdır: Amacın elde edilmesi için kullanılan araçlar amaç ile orantılı mıdır?<sup>4</sup>

Şüphe uyandıran bir tedbirin orantılılığının değerlendirilmesi, söz konusu vakanın özel olgularının dikkatle değerlendirilmesini gerektirir. Değerlendirmede, ifade özgürlüğünün -ve bu dava özelinde medya özgürlüğünün- demokratik bir toplumun sağlıklı işleyişi açısından temel ve kritik önemi<sup>5</sup> ile uluslararası insan hakları hukukunda teminat altına alınan diğer tüm hakların uygulanması kolaylaştırmadaki görevi her zaman bir başlangıç noktası olarak alınmalıdır.

Ayrıca, UMSHS, 20. Maddedeki 2. Fıkra açık biçimde “Ulusal, ırksal ya da dinsel nefretin ayrımcılık, düşmanlık ya da şiddete kışkırtma şeklini alacak biçimde savunulmasını” yasaklamaktadır. 2013 yılında, İnsan Hakları Yüksek Komiseri (OHCHR), bir yandan ifade özgürlüğü ve din özgürlüğü haklarına tutarlı bir koruma sağlarken diğer yandan şiddet, ayrımcılık ve düşmanlığa kışkırtmayı yasaklama konusunda devlet yükümlülüklerini açıklığa kavuşturmada önemli bir adımı temsil eden Rabat Eylem Planı’nı yayınlamıştır.<sup>6</sup>

Bu hükümler, elde edilmesi istenen meşru amacın terörle mücadele kapsamında ulusal güvenliğin ve kamu düzeninin devam ettirilmesi ile ilgili olduğu koşullarda özellikle önemlidir. Terörle mücadele adına ifade özgürlüğüne getirilen kısıtlamalar tarihsel olarak istismar edilegelmiş ve mahkemeler, yasaklanması istenen konuşma ile güvenliğe verilebilecek zarara dair risk arasında yakın bir bağlantı kurarak, güvenliğin sağlanması ile ifade özgürlüğü hakkı arasında uygun bir denge gözetmeye çalışmıştır. Buna göre, terörizme kışkırtmayı yasaklama ve önleme amacıyla uygun tedbirler -1624 sayılı BM Güvenlik Konseyi Kararı’nda<sup>7</sup> gerekli görüldüğü üzere- Devletler tarafından meşru olarak alınabilir, ancak uluslararası insan hakları yükümlülüklerine uyulması için **terörizmin önlenmesi dahil ulusal güvenlik gerekçesi ile ortaya atılan her türlü kısıtlama ancak kasten, doğrudan ve yakın biçimde şiddete kışkırtan ifadeler için geçerli olmalıdır.**

Bu nedenle, terörizmi kışkırtma şeklini aldığı gerekçesi ile bir ifadeyi suç haline getiren kanunlar ancak dar bir kapsamda yapılmaları ve yorumlanmaları halinde “demokratik bir toplumda gerekli” olacaktır. İfade özgürlüğüne getirilen ulusal güvenlikle ilgili kısıtlamalar bağlamında uluslararası insan hakları hukukunu yetkin bir biçimde yorumlayan Ulusal Güvenlik, İfade Özgürlüğü ve Bilgiye Erişim hakkında Johannesburg İlkeleri<sup>8</sup>, bir düşüncüyü ifade fiilinin ulusal güvenlik gerekçesi ile suç haline getirilmesinin ancak yakın tehlike niteliğinde şiddeti kışkırtma niyeti taşıması, bu türden şiddeti kışkırtma olasılığının bulunması ve konuşma ile söz konusu şiddetin olasılığı ya da meydana gelmesi arasında doğrudan ve yakın bir bağlantı bulunması şartına bağlamaktadır (ilke 6). BM Genel Sekreteri, “Kanunlar, ancak terörizme doğrudan kışkırtmanın, yani bir suçun işlenmesini doğrudan teşvik eden, suç fiili ile sonuçlanması niyetlenen ve suç fiili ile sonuçlanması olası olan bir konuşmanın ceza kovuşturmasına tabi tutulmasına izin vermelidir”<sup>9</sup> diyerek bu yorumu desteklemiştir.

<sup>4</sup> AİHM, *The Observer ve Guardian – Birleşik Krallık Davası*, 26 Kasım 1991, Başvuru No. 13585/88.

<sup>5</sup> AİHM, *Lingens – Avusturya Davası*, 8 Temmuz 1986, Başvuru No. 9815/82.

<sup>6</sup> OHCHR, *Ayrımcılık, Düşmanlık ya da Şiddete Kışkırtan Milliyet, Irk ya da Dini Temele Dayanan Nefret Savunuculuğunun Yasaklanmasına İlişkin Rabat Eylem Planı*, Şubat 2013, erişim için: <http://bit.ly/1zk6n2S>.

<sup>7</sup> BM Güvenlik Konseyi Kararı No. 1624 (2005); erişim için: <http://bit.ly/1SMOH9r>.

<sup>8</sup> The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information (Ulusal Güvenlik, İfade Özgürlüğü ve Bilgiye Erişim hakkında Johannesburg İlkeleri), ARTICLE 19, 1996; erişim için: <http://bit.ly/2h8NStO>.

<sup>9</sup> A/63/337, paragraf 62.

Ayrıca, insan hakları ve terörizmle mücadele hakkında çalışan önceki Özel Raportör, terörizme kışkırtma ile ilgili kanunların uluslararası insan hakları hukukuna uygun olabilmeleri için geçilmesi gereken eşik değerleri açıklığa kavuşturmuş ve kanunların aşağıdaki koşulları yerine getirmesi gerektiğini belirtmiştir. Buna göre kanunlar:

- Doğası gereği tamamen terör amaçlı davranışa kışkırtma ile sınırlandırılmalıdır;
- İfade özgürlüğünü, ulusal güvenliğin, kamu düzeni ve güvenliğinin ya da kamu sağlığı veya ahlakının korunması için gerekli olandan fazla kısıtlamamalıdır;
- Açık bir dille koşulları ortaya koymalı ve terörü “övmek” ya da “yaymak” benzeri muğlak terimler kullanmaktan kaçınmalıdır;
- Kışkırtılan fiilin ifa edileceğine dair gerçek (nesnel) bir tehlike olması koşulunu içermelidir;
- Bir mesaj verme niyetine ve bu mesajın bir terör eyleminin gerçekleştirilmesine kışkırtma niyeti taşımasına açık bir biçimde göndermede bulunmalıdır; ve
- Terörizme “yasa dışı” kışkırtmaya göndermede bulunarak, ceza sorumluluğunun ortadan kalkmasına yol açan hukuki savunma ya da ilkelerin uygulanmasını muhafaza etmelidir.<sup>10</sup>

Terörizmi “övme” suçunu içeren kanunlara dair, BM İnsan Hakları Komitesi (İH Komitesi), bu türden suçların ifade özgürlüğüne gereksiz ya da orantısız müdahalelere neden olmaması için açık biçimde tanımlanmaları gerektiğine vurgu yapmaktadır.<sup>11</sup> **Ayrıca terörizmi veya herhangi bir şiddet biçimini övme ya da bunlarla ilgili diğer ifadeleri yasaklayan kanunlar, söz konusu davranışın doğrudan bu türden şiddeti teşvik ettiğine dair açık bir niyet taşıması gerektiği koşulunu getirmez ise insan hakları standartlarına uyumlu olmayacaktır.** Bir hükümet tarafından ulusal güvenliği tehdit ettiği ilan edilen bir örgütten ya da böyle bir örgüt hakkında yalnızca bilgi aktaran türde ifade kısıtlanmamalıdır.<sup>12</sup>

#### IV. Mevcut davada geçerli mevzuatın analizi

Mevcut davadaki sanıklar hakkında ikisi Türk Ceza Kanunu ve biri Terörle Mücadele Kanunu kapsamında üç ana suç ile birlikte Türk Ceza Kanunu ve Basın Kanunu kapsamında bir dizi tali suç isnadında bulunmaktadır. Aşağıda, asli suç hükümlerini önceki kısımda bahsi geçen insan hakları standartları doğrultusunda analiz etmekteyiz.

##### ***Türk Ceza Kanunu kapsamındaki suçlar***

Türk Ceza Kanunu kapsamındaki söz konusu iki suç, Toplumla Karşı Suçlar başlıklı III. Kısım'da yer alan Kamu Barışına Karşı Suçlar başlıklı Beşinci Bölümde yer almaktadır. İlgili hükümler:

##### **Suç işlemeye tahrik**

##### **Madde 214 (1)**

Suç işlemek için alenen tahrikte bulunan kişi, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

##### **Suç ve suçluyu övme**

<sup>10</sup> Terörizme tahrik suçuna dair model A/HRC/16/51, paragraf 29-32'de yer almaktadır. Ayrıca bkz. Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi, “Terör suçunun işlenmesine alenen tahrik” hakkında Madde 5; ve AGİT, “Preventing Terrorism and Countering Violent Extremism and Radicalization that lead to terrorism (Terörizmin Önlenmesi ve Şiddet İçeren Aşırılık ve Terörizme Yol Açan Köktencilik ile Mücadele),” a.g.e., s. 42.

<sup>11</sup> HRC, Genel Yorum 34, CCPR/C/GC/34, paragraf 46.

<sup>12</sup> Johannesburg İlkeleri, a.g.e., ilke 8.

**Madde 215** (1) İşlenmiş olan bir suççu veya işlemiş olduğu suçtan dolayı bir kişiyi alenen öven kimse, bu nedenle kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması hâlinde, iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

“Suç” terimi Türk Ceza Kanunu’nda tanımlanmamaktadır; bu itibarla 214. ve 215. Maddelerde bahsedilen “suç” Kanun’da sıralanan herhangi bir suçta karşılık gelmektedir. Ancak ilgili hükümlerin Kamu Barışına Karşı Suçlar başlıklı bir kısımda yer alması ve aynı kısımda terör örgütlerinin kurulması ile ilgili suçların da bulunması dikkate alınarak 214. ve 215. Maddelerin asıl amacının terörizm ile ilgili bir suçun övülmesi ve bu konuda tahrikin suç haline getirilmesi olduğu sonucu çıkarılabilir.

“Tahrik” ya da “kışkırtma” ve “övme” terimlerinin her ikisi de Türk Ceza Kanunu tarafından tanımsız bırakılmıştır. Ne var ki, “kışkırtma” genelde “yasadışı davranışın tahrik edilmesi eylemi” olarak tanımlanırken “övme” genellikle “içten onaylama ya da hayranlık ifade etme” olarak tanımlanmaktadır.

Her iki hüküm de AİHS 10. Maddesi ve UMSHS 19. Maddesinde izin verilen sınırlamalara dair insan hakları hukuku gereklerini açıkça yerine getirmemektedir. Her ne kadar alenen erişilebilir mevzuatta yer alıyor olsalar da, “övme”, “açık ve yakın tehlike” ve “kamu düzeni” benzeri Kanun’da tanımlanmayan muğlak terimlerin kullanılması hükümlerin fazlasıyla geniş tutulmasına ve yanlış uygulama ve suiistimale açık hale gelmesine neden olmaktadır. Açıkça tanımlanmış bir dilin kullanılmaması, bireylerin ifade eylemlerinin hangi hallerde hükümler kapsamında cezaya çarptırılacağını kestirebilmelerini engellemektedir.

Ayrıca, hükümler izin verilebilir sınırlamalar testinin üçüncü gereğini, yani kanunların elde edilmek istenen amaç açısından kesinlikle gerekli ve orantılı olması gereğini karşılamamaktadır. Johannesburg ilkelerinden 6. İlke açık olarak gereklilik ve orantılılık ilkelerini karşılamak için bu tür kanunların içermesi gereken unsurları aşağıdaki gibi ortaya koymaktadır:

- Fiil yakın şiddet tehlikesini kışkırtma niyeti taşımalıdır;
- Fiilin bu türden şiddeti kışkırtma olasılığı bulunmalıdır; ve
- Konuşma ve bu türden şiddetin meydana gelmesi veya olasılığı arasında doğrudan ve yakın bir bağlantı söz konusudur.

214. Madde bu gerekleri karşılama konusunda birkaç noktada yetersiz kalmaktadır: Suç, şiddet içeren suçlara tahrik ile sınırlandırılmamaktadır. Hükümde *mens rea* (manevi unsur) gereği bulunmamaktadır; suçlunun şiddete tahrik etme kastının bulunması zorunlu değildir. Yasadışı bir fiilin söz konusu olması için tahrik edilen suçun meydana gelmesi koşulu bulunmamaktadır. Aynı zamanda madde zaman unsurunu içermemektedir; şiddet içeren suçun alenen tahrik sonucu doğrudan ve hemen meydana gelmiş olmasına dair bir hüküm yoktur.

215. Madde de aynı derecede yetersizdir. Her ne kadar hükümde alenen övme ile “kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması” arasında bir bağ öngörülse de, *mens rea*’nın ortaya konulması gereği bulunmamaktadır. Uluslararası hukuk, kanunun ilgili davranışın doğrudan bu türden fiili tahrik etme kastını açıkça ortaya koyması koşulunu belirtmemesi halinde, terörizm ya da herhangi bir şiddet biçimi ile ilgili övgü, yüceltme ya da diğer ifadeleri yasaklayan kanunların açık bir biçimde insan hakları standartları ile uyumsuz olacağını bildirmektedir. “Övme” teriminin muhtemel geniş yorumu ve kastın ortaya konmasının zorunlu olmaması dikkate alındığında, 215. Madde, Johannesburg ilkelerinin 8. Maddesine aykırı olarak, bir suç ya da suçlu hakkında ya da bunlardan bilgi aktaran bir ifadeyi suç haline getirecek şekilde kolaylıkla yanlış yorumlanabilecektir.

## **Terörle Mücadele Kanunu maddesi**

Davalıların haklarındaki suçlamanın dayandırıldığı Terörle mücadele Kanunu maddesi:

### **Madde 7(2)<sup>13</sup>**

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. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır. Ayrıca, basın ve yayın organlarının suçun işlenmesine iştirak etmemiş olan yayın sorumluları hakkında da bin günden beş bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.

Türk Ceza Kanunu'nda olduğu üzere, ARTICLE 19, Terörle Mücadele Kanunu'nun da "meşru gösterme, övme ya da propaganda yapmanın" ne anlama geldiğine dair herhangi bir tanımlama ya da açıklama yapmayarak hükmün tam anlamıyla suçun kapsamında yer almayan bir dizi eyleme geniş biçimde uygulanabilir olduğunu tespit etmektedir. 7(2). Madde de suçlunun şiddetin "meşrulaştırılması" ya da "övülmesi" için tahrikte bulunma kastını taşıması gereği yer almamaktadır; başka bir deyişle fiilin şiddet içeren fiil ile kasten doğrudan ve yakın bir bağlantısının olması gerektiği belirtilmemektedir. Bu ihmal hükmü AİHS 10. Maddesi ve UMSHS 19. Maddesinin öngördüğü gereklilik ve orantılılık açısından yetersiz kılmaktadır.

## **V. Sanıkların dosyası hakkında ARTICLE 19 tarafından Mahkeme'ye sunulan hukuki görüşler**

Sanıkların dosyası hakkında, ARTICLE 19 aşağıdaki görüşleri sunmaktadır:

### **1. Davalıların haklarında suçlamada bulunulan hükümler AİHS 10. Maddesi ile UMSHS 19. Maddesinin gereklerini karşılamamaktadır.**

Türk Ceza Kanunu'nun 214 ve 215. Maddeleri ile Terörle Mücadele Kanunu'nun 7(2). Maddesi uluslararası hukukun yani AİHS 10. Maddesinin gereklerine aykırıdır. Hükümler orantılı uygulanabilmeleri için gerekli teminat ve nitelikleri içermemektedir; özellikle de *mens rea* olması zorunluluğu bulunmamakta ve ifade eylemi ile şiddet içeren fiil arasında doğrudan ve yakın bir bağlantı bulunması gerekmemektedir. Ayrıca "tahrik", "övme" ve "propaganda" benzeri terimlerin çok geniş biçimde tanımlanmasından dolayı, bu hükümler sadece terör faaliyetleri ya da suçları hakkında haber yapmaları nedeniyle gazetecilerin kovuşturulmasına yol açmaktadır.

ARTICLE 19, Mahkeme'nin dava hakkında karara varırken bu hükümlerin uluslararası hukuka ve iyi uygulamalara (örneğin, Johannesburg İlkeleri'nden 6. ve 8. İlkeler) uygunluğu konusunu değerlendirmesi gerektiğine inanmaktadır. Bizim görüşümüze göre, bahsedilen nedenlerden dolayı, bu türden hükümlerin uygulanması Türkiye'nin AİHS 10. Maddesi ve UMSHS 19. Maddesi kapsamındaki yükümlülüklerinin ihlali ile neticelenecektir.

### **2. Her durumda, sanıkların davranışları haklarında suçlama yapılan Türk Ceza Kanunu ve Terörle Mücadele Kanunu hükümlerine aykırı değildir.**

<sup>13</sup> Terörle Mücadele Kanunu, Türkçe metne erişim için: <http://bit.ly/2hWE2el>.

Davalılar hakkındaki suçlamalar aşağıdaki “suç unsurlarını” içeren materyallerin yayınlanmasına dayandırılmaktadır:

- Ağır kayıplar ve ilgili yetkililerin eleştirilmesi dahil Nisebin’deki şiddetli çatışmaları anlatan “Savaş Sarsıyor” ve “Akar’a JÖH isyanı” başlıklı yazının yayınlanması;
- Devlet güçlerine karşı yerel direnişi anlatan ve devlet güçlerinin “soykırım saldırıları” başlattığını belirten “Nisebin’de JÖH-PÖH Çatlağı Büyüyor” başlıklı yazının yayınlanması;
- “Tank, Top, Obüs Şirnex’ten Geçemiyor” başlıklı bir yazıda Şirnex’teki YPS/YPS-Jin direnişinin anlatılması;
- KCK genel Başkanlık Konseyi üyesi bir kişinin Nusaybin’de devam eden çatışmalar hakkında değerlendirmesinin ve konuyla ilgili fotoğrafların “Nisebin Düşmanı Yerle Bir Etti” başlıklı yazıda “düşman” ile Türk Hükümeti’nin kastedilerek yayınlanması;
- Çaldıran’daki çatışmalar hakkında HPG tarafından yapılan bir açıklamanın ilgili fotoğrafla birlikte yayınlanması;
- Gazetenin Bınevş adlı ekinde silahlı çatışmada ölen bir kadın savaşçının portesini çizen bir yazının yayınlanması;
- Bınevş adlı ekte PYD üyeleri ve silahlı grupların Suriye’deki eylemleri hakkında bir yazının yayınlanması;
- Mehmet Tunç’un ele geçirilmesi hakkında “Seninle Gurur Duyuyoruz” başlıklı bir yazının yayınlanması;
- Silahlı çatışmada öldürülmüş olan üst kademedeki bir YPG/YPJ üyesi hakkında haber yayınlanması;
- YPS’nin eylemlerini anlatan “Mücadele Zafere Taşınacaktır” başlıklı haberin elinde silah tutan YPS üyelerinin fotoğrafları ile birlikte yayınlanması.

ARTICLE 19, yayınlanan materyalin Türkiye’nin güneydoğusundaki çatışmanın meşru biçimde haberleştirilmesi olduğu ve Türk Ceza Kanunu ya da Terörle Mücadele Kanunu’nun hükümlerinde bahsedilen biçimde şiddet içerikli eylemleri tahrik, övme ya da meşrulaştırma amacını gütmeye sonucuna varmıştır. Bu materyal aynı zamanda uluslararası hukuka göre meşru olarak kısıtlanabilecek “şiddeti kışkırtma” amacı taşımamaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin daha önce Kürt meselesi hakkında haber yapmaları nedeniyle gazetecilerin ve medya mensuplarının Türkiye tarafından hukuka aykırı olarak cezaya çarptırılmasına dair çok sayıda davaya baktığını hatırlamaktayız. AİHM bu davalarda mükerreren Güneydoğudaki çatışmalar hakkındaki haberlerin kamu yararı taşıdığını ve kasten ve doğrudan şiddete tahrik bulunmaması nedeniyle bunların Türkiye tarafından kısıtlanmaması gerektiğini tespit etmiştir. *Özgür Gündem – Türkiye* davasında,<sup>14</sup> AİHM şunları belirtmiştir:

Bu görüş açıları yetkililere hoş gelmeseyse de, halk güneydoğudaki durumla ilgili farklı bakış açılarından bilgi edinme hakkına sahiptir. Mahkeme, bölgedeki ciddi rahatsızlıklara karşın, ayrı bir Kürt varlığı fikrini savunduğu görülen ifadelerin durumu şiddetlendirdiği konusunda ikna olmamıştır. Makalelerden birçoğunun yetkilileri eleştirmesine ve güvenlik güçlerinin yasadışı işler yaptığını alçaltıcı terimlerle belirtmesine rağmen, Mahkeme, yine de bunların şiddet kullanılmasını savunduğu ve tahrik edici olduğu görüşünde değildir.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> AİHM, 16 Mart 2000 tarihli karar, Başvuru no. 23144/93.

<sup>15</sup> A.g.e., paragraf [70].



Sanıkların eylemlerinin şiddeti tahrik ettiği iddialarına ilişkin olarak, ARTICLE 19 uluslararası hukuk kapsamında şiddetin kışkırtılmasının yasaklanabileceğini, ancak kısıtlamaların üç kısımlı teste uygun olması gerektiğini ve ayrıca UMSHS 20. Maddesinin 2. Fıkrasındaki başlıca unsurların bulunması gerektiğini kaydetmektedir. UMSHS 20. Maddesinin 2. Fıkrasındaki yasaklama şunları içermektedir:

- *Konuşmacının davranışı:* Konuşmacı alenen halka seslenmeli ve ifadelerinde aşağıdakiler bulunmalıdır:
  - Koruma altındaki özelliklerinden dolayı koruma altındaki bir grubu hedef gösteren; ve
  - Diğerlerinin yanı sıra şiddeti kışkırtma niteliğinde olan savunuculuk
- *Konuşmacının niyeti:* Konuşmacı özellikle şiddet savunuculuğu yapma niyeti taşımalı ve dinleyenlerin şiddete kışkırtılma olasılığı bilgisine sahip olmalı ya da bu niyetle konuşma yapmalıdır;
- Dinleyenlerin gerçek anlamda şiddete kışkırtılmaları konusunda *olası ve yakın bir tehlikenin bulunması.*

ARTICLE 19, Mahkeme'nin kışkırtma tehlikesinin kısıtlamayı gerektirip gerektirmediğini ölçmeye yardımcı olması için altı kısımdan oluşan "ciddiyet eşiği" testini ortaya koyan Rabat Eylem Planı'nı dikkate almasını önermektedir.<sup>16</sup>

Buna ek olarak, ARTICLE 19 uluslararası hukuk kapsamında devletlerin terör faaliyetlerine kışkırtmanın yasaklamalarının UMSHS 19. Maddesinin 3. Fıkrasında belirtilen üç kısımlı teste uyması gerektiğini hatırlatır. Johannesburg İlkeleri, devletin ancak aşağıdakileri ispat etmesi halinde ifadeyi ulusal güvenlik tehdidi olarak sınırlayabileceğini belirtmektedir:

- İfade yakın şiddet tehlikesini kışkırtma niyeti taşımalıdır;
- Fiilin bu türden şiddeti kışkırtma olasılığı bulunmalıdır;
- İfade ve bu türden şiddetin meydana gelmesi veya olasılığı arasında doğrudan ve yakın bir bağlantı söz konusudur.<sup>17</sup>

Mahkemenin dosyayı değerlendirirken bu standartları dikkate alması gerektiğine inanmaktayız. Bizim görüşümüze göre, *Özgür Gündem* tarafından yayınlanan materyaller, sanıklarının yüz yüze bulunduğu mevcut suçlamalar açısından, halkın haberdar edilmesi gereken meşru gazetecilik faaliyetidir. Bu nedenle Türk Ceza Kanunu ve Terörle Mücadele Kanunu'nun ilgili hükümlerine aykırılık söz konusu değildir.

### 3. **Sanıklar aleyhindeki suçlamaların düşürülmemesi, Türk Hükümeti'nin sivil toplum, insan hakları savunucuları ve medya aleyhinde başlattığı taciz kampanyasını onaylanması olacaktır.**

Sanıklar hakkındaki suçlamalar, Türkiye'de medya, insan hakları savunucuları ve sivil topluma karşı yürütülen daha geniş bir taciz programının bir parçasıdır.

Türkiye'deki insan hakları savunucularının haklarının ihlal edilmesi ve ülkenin güneydoğusundaki duruma dair endişeler aynı zamanda Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri<sup>18</sup> ve OHCHR<sup>19</sup> tarafından da gündeme getirilmiştir.

<sup>16</sup> Rabat Eylem Planı, a.g.e.

<sup>17</sup> Johannesburg İlkeleri, a.g.e., İlke 6.

<sup>18</sup> Nils Muižnieks, Türkiye'de İnsan Hakları, Euronews, 10 Mart 2017, erişim için: <http://bit.ly/2mVXDBo>.

Mevcut davada davalıların eylemleri bölgedeki insan hakları ihlallerinin belgelenmesi, mağdurlar ile dayanışmanın ifade edilmesi ve uluslararası insan hakları organlarının çıkarımlarının yansıtılmasıdır.

Bu nedenle, Mahkeme'nin sanıkları suçlu bulması halinde, bunun sadece söz konusu kişilerin ifade özgürlüğünü ihlal etmiş olmayacağına, aynı zamanda Türkiye'deki insanları bilgiye erişmekten mahrum bırakacağına inanmaktayız. Davanın ve insan hakları savunucuları, sivil toplum, gazeteciler ve medya çalışanlarına karşı alınan yukarıda bahsi geçen tedbirlerin Türkiye'deki insanların mevcut olaylar hakkında bilgi edinme haklarını engellediğini düşünmekte ve bu konuda hükümeti sorumlu görmekteyiz. Ayrıca, bu saydıklarımız Türkiye'nin insan hakları hukuku kapsamındaki yükümlülüklerine aykırı bulunmaktadır.

## VII. Sonuç

Yukarıda anlatılanlar ışığında, ARTICLE 19, davalılar hakkındaki suçlamaların ve bu suçlamaların dayandırıldığı mevzuatın Türkiye'nin başta ifade özgürlüğü hakkı olmak üzere insan hakları hukuku kapsamındaki yükümlülüklerine uymadığını saygıyla belirtir. ARTICLE 19, Mahkeme'nin halihazırda önünde bulunan davayı değerlendirirken ilgili standartları dikkate almasını önermektedir.

Barbora Bukovska, Hukuk Doktoru

Hukuk ve Politika Kıdemli Direktörü

**ARTICLE 19: Global Campaign for Free Expression**

---

<sup>19</sup> OHCHR, BM raporu Temmuz 2015'ten bu yana Türkiye'nin Güneydoğusundaki kapsamlı yıkım ve ağır insan hakları ihlallerini ayrıntıları ile ortaya koymaktadır, 10 Mart 2017; erişim için: <http://bit.ly/2mox0n>.