



Başvuru Numarası: 41482/19
Recep Özdemir/Türkiye

Üçüncü Taraf Görüşü

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ DERNEĞİ (İFÖD)

Tarafından Sunulmuştur

26 Haziran, 2020

(İFÖD, ifade özgürlüğünü savunan ve destekleyen bağımsız bir sivil toplum kuruluşudur)

Giriş

1. İFÖD, Recep Özdemir/Türkiye (41482/19) davasına ilişkin bu üçüncü taraf görüşünde sosyal medya platformlarında ifade özgürlüğü konusunu ele alacaktır. Bu davada başvuru Facebook sosyal medya platformundaki faaliyetleri dolayısıyla terör propagandası yapmakla suçlanmaktadır. Yerel Mahkemeler başvuru Facebook aktivitelerini “*yasadışı örgüt PKK / KCK / YPG / YPJ’yi, bu örgütün baskı, şiddet ve tehdit yöntemlerini meşrulaştıracak, yüceltecek ve teşvik edecek şekilde propagandasını yapmak*” şeklinde değerlendirmiştir. Başvuru tutuklanmış, terör örgütü propagandası yapmak suçundan mahkûm edilmiş ve **dört yıl altı ay hapis cezasına çarptırılmıştır**. Başvuru, **Sözleşme'nin herhangi bir maddesini belirtmeden** tutuklanması, mahkûm edilmesi ve hapis cezası verilmesi dolayısıyla ifade özgürlüğünün ihlal edildiğinden şikayetçi olmuştur.
2. Başvuru, yetkililer tarafından özellikle aşağıdaki olaylarla suçlanmıştır:
 - a. “YPG (Suriye Demokratik Birliği Partisi'nin silahlı şubesi, Türk makamları tarafından yasadışı örgüt Kürdistan İşçi Partisi PKK'nın bir kolu olarak kabul edilmektedir) tarafından üretilen zırhlı araç” başlıklı iki zırhlı aracın bulunduğu fotoğrafın altına “Belli ki bir gün teknolojide daha güçlü olacağız, sonra Cizre, Sur, Silopi ve akla gelmeyen diğer katliamlar için hesap soracağız.” **şeklinde yorum yazmış olmak**;
 - b. **Aşağıdaki paylaşımlar için “beğen” butonuna basmış olmak**: “Türkiye Cumhuriyeti'nin bombaları Efrin'in her yerinde. Cinderes'te dün 200 ev bombalandı, mahalle tamamen yok oldu. Efrin merkezindeki tüm yerler bombalandı. Ama Allah'ın da planı var, Ey Erdoğan. Allaha karşı hesap vereceksin.” yorumu ile paylaşılmış bir fotoğraf; “Silah arkadaşlarımızın fotoğraflarını Efrin'e getirdim” yorumu ile paylaşılmış **yasa dışı örgüt üyeleri olduğu iddia edilen bir grup silahlı insanın fotoğrafı**; “Türk ordusuna ait bir askeri araç (...) YPJ gerillaları (Türk makamları tarafından PKK'nın bir kolu olarak görülen, sadece kadınlardan oluşan bir Kürt askeri örgütü) tarafından imha edildi, ölü sayısı bilinmiyor, YPJ tokadı” şeklindeki Facebook durumu; “Efrin bugün dünyaya tavrını ve direnişini göstermiştir. İşgalci Türk devleti, dünyadaki en barbar saldırılara karşı topraklarını ve kültürünü savunan halka boyun eğecek ve af dileyecektir.” şeklindeki Facebook durumu; “Afrin ve Kilis'te iki asker hayatını kaybederken, Türk Silahlı Kuvvetleri de PKK / KCK / PYD-YPG ve DAECH tarafından bir tankın vurulduğunu açıkladı. [Kısa kes] (...) gün içinde dört tankınız Kürt kurtuluş hareketi tarafından imha edildi” şeklindeki Facebook yorumu; “YPJ'nin diğer işgal hedeflerini vurmadığı bir gün yok” şeklindeki Facebook durumu.
 - c. **Yasadışı bir örgütten bir dağ ekibinin üyelerini gösteren bir video paylaşmış olmak**;
 - d. **Aşağıdaki Facebook durumlarını paylaşmış olmak**: “Devrimci istiyorsanız Rojova, Kerkük, Şengal, Amed, Dersim'e bakın. Özgür bir vatan için (...) düşmüş bir dizi devrimci kahraman göreceksiniz!”.
3. Dava dosyasından anlaşıldığına göre, yukarıda belirtilen içeriklerden hiçbiri başvuru tarafından üretilmemiş, ancak başka Facebook kullanıcıları tarafından oluşturulan içerikler kendisi tarafından paylaşılmış ya da beğenilmiştir. Başvuru tarafından üretilen tek içerik,

Facebook platformunun diğer kullanıcıları tarafından oluşturulan ve paylaşılan bir fotoğrafa eklediği bir yorumdur (bkz. yukarıda paragraf 1.a). Başvurucunun beğendiği veya paylaştığı Facebook paylaşımlarının içeriğine gelince, bunların tamamı Türk Ordusu'nun Suriye'nin kuzeyindeki askeri operasyonlarına yönelik eleştirilerle ilgilidir.

4. Mahkeme taraflara, başvurunun Sözleşme'nin 5 §§ 1 ve 3 maddelerine aykırı olarak özgürlüğünden mahrum bırakılıp bırakılmadığını ve 10(1). madde kapsamında ifade özgürlüğüne müdahalede bulunulup bulunulmadığını, eğer müdahale varsa, müdahalenin madde 10(2) kapsamında yasayla öngörülüp görülmediğini sormuştur (*Faruk Temel/Türkiye*, no. 16853/05, §§ 53-57, 01.02.2011 ve *Belge/Türkiye*, no. 50171/09, §§ 31, 34 ve 35, 06.12.2016). Özellikle, başvurunun Facebook üzerinden yaptığı paylaşımların içeriği, bağlamları ve zarar verme kapasiteleri de göz önüne alındığında, yerel mahkemelerce, AİHM tarafından ifade özgürlüğü davalarında belirlenen ve uygulanan kriterler ışığında menfaatler arası dengelemenin yeterli bir şekilde yapılıp yapılmadığı sorulmuştur (*Gözel ve Özel/Türkiye*, no. 43453/04 ve 31098/05, § 64, 06.07.2010, ve *Mart ve Diğerleri/Türkiye*, no. 57031/10, § 32, 19.03.2019).
5. **İFÖD görüşünde yalnızca 10. madde ile ilgili konular değerlendirilecektir.**
6. Bu görüşte öncelikle ifade özgürlüğünün sınırlanmasına ve şiddete teşvike ilişkin Avrupa standartlarına yer verilecektir. Daha sonra, görüşte yerel hukukun ve uygulamanın bu standartlarla uyumlu olup olmadığını tartışacaktır. Bu bağlamda, ilgili mevzuat kapsamında terörizm kavramının geniş yorumlanması sorunu ele alınacaktır. İFÖD daha sonra, yerel mahkemelerin kararlarında AİHM tarafından ifade özgürlüğüne ilişkin davalarda belirlenen ve uygulanan kriterler ışığında yeterli bir inceleme ve başvurunun ifade özgürlüğü ile diğer menfaatler arasında makul bir dengeleme yapılıp yapılmadığı hususunu ele alacaktır. Bunun ardından, sosyal medya paylaşımlarına ilişkin hukuki sorunlar ve bu paylaşımların etkileri hakkında genel bir değerlendirme sunulacaktır. Bu nedenle İFÖD, önemli bir sorun olan sosyal medya platformlarında paylaşılan yorumların çoğunun niteliği itibariyle önemsiz olup olmadığı ve/veya Facebook gibi yarı kapalı sosyal medya platformlarında bu paylaşımların yayılımının çok sınırlı olup olmadığı değerlendirecektir. İFÖD, **üçüncü kişiler tarafından üretilen ve başvuru gibi başkaları tarafından sınırlı sayıda kullanıcıya sahip ve küçük bir Facebook grubunda paylaşılan içeriğin, özellikle başvurunun iddia edilen ifadelerin yazarı değil de küçük bir dağıtıcısı olduğu durumda, ana akım bir sitede yayımlanan ifadelerle aynı ağırlığı taşımadığını** ileri sürecektir. Son olarak, İFÖD, Sözleşme'nin 10. maddesiyle korunan ifade özgürlüğünün ceza davalarında ihlali iddialarına ilişkin olarak Avrupa Mahkemesinin karar verme sürecinde dikkate alınacak 'genel ilkeleri' tartışan bir usul inceleme modeli sunacaktır.

Terörle ilgili ifadelerin sınırlandırılmasına ilişkin Uluslararası Hukuki Çerçeve

7. İFÖD, uluslararası insan hakları yargı içtihatlarında ifade özgürlüğü ile ilgili tartışılan temel sorulardan bir tanesinin ifade özgürlüğü ile şiddet arasındaki bağlantının nasıl değerlendirileceği meselesi olduğu görüşündedir. Terörizm ile ilgili ifadelerin suç olarak nitelendirilmesi, **yasaklanması gereken ifadenin kendisi değil, ancak doğurduğu etkilerdir argümanına dayanmaktadır.** Uluslararası insan hakları belgelerinde güvence

altına alınan ifade özgürlüğü açısından bir konuşmanın sınırlandırılması sorunlu olduğundan, terör ile ilişkilendirilen bir ifadenin hangi şartlar altında sınırlandırılabilirliğinin belirlenmesine ihtiyaç vardır. Eski Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri tarafından belirtildiği gibi, şiddetin veya şiddet kullanma tehdidinin bir terör eyleminin temel bir bileşeni olduğu, unutulmamalıdır ve terörizmle mücadele amacıyla öngörülen insan haklarına yönelik sınırlamaların ‘olabildiğince kesin bir şekilde tanımlanması, hedeflenen amacı gerçekleştirmek için gerekli ve ölçülü olması’ gerekir.¹

- 8. Terör bağlantılı suçlarda iki temel sorun baş göstermektedir.** İlki, somut bir suç eylemi ile ilişkili olmayan genel ifadeler; ikincisi ise dolaylı olarak terörizmi teşvik eden ifadelerdir. Her iki durumda da ifade özgürlüğünü ihlal etmeden cezai yaptırım uygulanabilmesi için, şiddet eylemi ile ifade arasında ilişki kurulması gerekmektedir. Terör propagandası ve terörü teşvik, tehlike suçları olarak görüldüklerinden şiddet ile bağlantılarının olması için bir zarara yol açmaları gerekmez, bu tür eylemlerin gelecekte olası şiddet eylemlerini kışkırtacak veya teşvik edebilecek nitelikte olması yeterlidir. Bu da ifade özgürlüğü açısından uygulanması gereken testin, **beyan ile eylem arasındaki yakınlığını belirleyebilecek bir test olması gerektiği anlamına gelmektedir.** Devletlerin, ceza hukuku kapsamında bu konuyu düzenleme ve belirleme hususunda sınırsız bir takdir yetkisi yoktur.
- 9.** Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesinin 12. maddesi Sözleşme hükümlerinin uluslararası insan hakları hukukuna uygun olarak yorumlanmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla, terör propagandası suçu AHİS ve diğer uluslararası belgelere uygun olarak düzenlenmeli ve yorumlanmalıdır. Bu nedenle, propaganda fiillerinin yasaklanması her ne kadar terörizmle mücadele amacıyla meşru görülse de keyfi, ayrımcı, ırkçı ve orantısız sınırlamaların uluslararası hukuku ihlal edeceği açıktır.

AİHM’in Çok Unsurlu Teşvik Testi

- 10.** AİHM bir ifadenin cezalandırılmasının meşru olup olmadığını değerlendirmek için **kompleks bir dengeleme testi geliştirmiştir.** Test, farklı hukuk sistemlerinin değişen ihtiyaçlarını dikkate almakta ve hem AİHM’e hem taraf devletlere takdir marjı tanımaktadır. Bu yaklaşımın belirsizliğe yol açtığına dair argümanlar olsa da pek çok davada AİHM’in dengeleme testinin “açık yakın tehlike” testine benzer sonuçlar verdiğini söylemek mümkündür. AİHM’in konuşma ile şiddet arasındaki ilişkiyi tespit etmek için dengeleme testini uyguladığı Türkiye aleyhine verdiği 1999 kararlarında ve sonraki içtihadında konuşmayı yapan kişiyi ve kullanılan aracı dikkate almıştır. Bu dengeleme yaklaşımı, **“şiddeti kışkırttığı söylenemez veya şiddeti kışkırttığı şeklinde yorumlanamaz” formülüne dayanan üç unsurlu bir kümülatif test gerektirir:**
- Değerlendirme ifadenin kimin tarafından, hangi konuda ve hangi yollarla dile getirildiğini dikkate alıyor mu?
 - Şiddete teşvik var mı?
 - Bu ifadenin şiddete yol açma ihtimali var mı?
- 11.** Başka bir deyişle, bir ifadenin Sözleşme uyarınca hukuka uygun bir şekilde sınırlandırılabilmesi için, şiddete teşvik içermesi ve bu teşvikin sonucu olarak bir şiddet

¹ 10 Ocak 2012 tarihli Rapor (CommDH(2012)2), para. 69.

olayının vuku bulmasının muhtemel olması gerekmektedir. AİHM bu iki koşulun gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlemek için bir dizi etkeni inceler ve İFÖD Facebook platformundaki paylaşımlar gibi sosyal medya içeriklerinin şiddete teşvik sonucu doğurup doğurmayacağı ve terör propagandası olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini belirlemek için Çok Unsurlu Teşvik Testinin, önemli bir faktör olarak ilgili ifade ortamının potansiyel etkisi ile birlikte değerlendirilmesi gerektiğine inanmaktadır (*Murphy/İrlanda*, no.444179/98, § 69, AİHM 2003 IX).

Konuşmacı/İçeriğin Üreticisi / İçeriği Yayan

12. Sözleşmenin 10. maddesinin 2. paragrafı kapsamında siyasi ifadelerin ya da kamu yararını ilgilendiren konuşmaların sınırlandırılması çok istisnai hallerde mümkündür. İzin verilebilir eleştirinin sınırları hükümete ilişkin olarak, sıradan bir vatandaşa hatta politikacılara oranla çok daha geniştir. Buna ek olarak, hükümetin işgal ettiği hâkim konum, özellikle haksız saldırı ve eleştirilere yanıt verebilmek için başka araçların kullanılabileceği durumlarda cezai tedbirlere başvurmaktan kaçınmasını gerektirir. (*Erdoğdu ve İnce/Türkiye*, no. 25067/94, § 50, 8.7.1999; *Başkaya ve Okçuoğlu/Türkiye*, no. 23536/94, § 62, 08.7.1999; *Sürek/Türkiye* (no. 4), no. 24762/94, § 57, 08.7.1999; *Sürek/Türkiye* (no.2), no. 24122/94, § 34, 8.7.1999; *Yalçın Küçük/Türkiye*, no. 28493/95, § 38, 5.12.2002; *Erdoğdu/Türkiye*, no. 25723/94, §§ 61-62, 15.6.2000).
13. Bu bağlamda, çeşitli türlerdeki sosyal medya kullanıcıları arasında ayırım yapmak gerekmektedir ve her ne kadar konuşmayı yapan kişinin unvan ve konumu Mahkeme içtihadı uyarınca önemli olsa da farklı türlerde sosyal medya kullanıcıları bulunabilmektedir. Bu nedenle, aşağıda yer verilen sosyal medya kullanıcıları türleri arasında varsa cezai sorumluluğu belirleme açısından bir ayırma gidilmesi gerekmektedir:
 - a. **Konuşmacı**, içerik yaratan, üreten ve orijinal içeriğe sahip olan kişidir.
 - b. **Dağıtımçı**, orijinal içeriği beğenen ya da paylaşan kişidir.Castells kararında belirtildiği üzere, ulusal mahkemeler **hükümete yönelik eleştiriler** söz konusu olduğunda **cezai yaptırıma başvurmaktan kaçınmalıdırlar** (*Castells/İspanya*, no. 11798/85, § 46, 23.4.1992). Bu tür eleştiriler, sert bile olsalar, siyasi çoğulculuğun ve kişinin ifadesini açıklama özgürlüğünün parçası olarak değerlendirilmelidir.
14. Sosyal medyadaki paylaşım ve içerik nedeniyle **konuşmacı kategorisinin** sorumluluğu doğsa bile, **dağıtımın potansiyel etkilerinin** Mahkeme içtihatları kapsamında daha ayrıntılı değerlendirilmesi gerektiği için aşağıda açıklanacak sebeplerle bu tek başına sorumluluğun **dağıtımçı kategorisine** genişletilebileceği anlamına gelmemektedir. **İçeriğin Facebook Platformu Üzerindeki Paylaşımının Potansiyel Etkisi**
15. Sosyal medya platformları arasında ve kullanıcıların bu platformları nasıl kullanmayı tercih ettikleri konusunda azımsanamayacak farklılıklar bulunmaktadır. Örneğin, Twitter büyük ölçüde açık bir mikroblog platformu olarak kabul edilirken, Facebook genellikle yarı kapalı bir platform olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle, Mahkeme **başvurucunun Facebook isimli yarı kapalı sosyal medya platformunda beş ayrı siyasi içerikli paylaşımda bulunduğunu göz ardı etmemelidir**. Facebook kullanıcıları profillerinin herkese mi yoksa sadece aile ve arkadaşlara mı açık olacağı konusunda kendileri karar vermektedirler. Bu

nedenle, başvurucunun Facebook faaliyetleri tamamen herkese açık bir İnternet platformu, sitesi ya da bloğunda yer almamaktadır. (Karşılaştırınız *Savva Terentyev/Rusya*, no. 10692/09, 28.08.2018, § 79).

16. Mahkeme ilgili **ifadenin dile getirildiği mecranın potansiyel etkisinin, bir müdahalenin orantılılığına ilişkin değerlendirmede dikkate alınması gereken önemli bir faktör olduğunu** tespit etmiştir (*Murphy/İrlanda*, no. 44179/98, § 69, AİHM 2003 IX (seçkiler)). Mahkemenin içtihadına göre, “**İnternette küçük bir okuyucu kitlesine erişen, dolayısıyla potansiyel etkisi bu okuyucu kitlesi ile sınırlı olan bir ifadenin etkisinin, ana akım ve çok ziyaret edilen bir web sayfasında yayınlanan bir ifadenin etkisi ile aynı olmadığı açıktır**” (*Savva Terentyev*, § 79). Bu nedenle İnternetteki bir yayının potansiyel etkisinin değerlendirilmesinde bu yayının halka ulaşma boyutunun da göz önünde bulundurulması gerekir. Benzer şekilde, *Tamiz/ Birleşik Krallık* (no. 3877/14, 19.09.2017) kabul edilebilirlik kararında AİHM, “Milyonlarca İnternet kullanıcısı her gün İnternet üzerinden milyonlarca yorum yapmakta ve bu kullanıcıların çoğunun ifadeleri incitici, hatta aşağılayıcı olarak değerlendirilebilecek niteliktedir. Bununla birlikte, **yorumların büyük çoğunluğu, niteliği itibariyle oldukça önemsiz sayılabilecek ve/veya yayınların erişme alanı çok sınırlı olup başka kişilerin ya da devlet kurumlarının itibarı üzerinde önemli bir zarara yol açma ihtimali çok sınırlı olacak** (§80-81) ve cezai kovuşturma ya da ihraç gibi başka bir yaptırıma tabi tutulmasını gerektirmeyecektir.
17. İfade Özgürlüğünün Geliştirilmesi ve Korunması Özel Raportörü Frank La Rue, İnsan Hakları Konseyinin 16/4, A/67/357 numaralı önergesi uyarınca hazırladığı 7 Eylül 2012 tarihli raporunda ayrıca “*küçük ve sınırlı sayıda kullanıcının bulunduğu bir Facebook grubunda bir kişi tarafından paylaşılan ifadelerin ana akım bir web sayfasında paylaşılan bir ifade ile aynı ağırlığa sahip olmayacağını*” (§ 46) belirtmiştir.
18. Tekrar belirtmek gerekir ki, mevcut başvuruda, başvurucunun beş farklı Facebook paylaşımını yaptığı ya da yargılandığı sırada kamuoyu tarafından tanınan ve etkili bir figür olmadığı bellidir (*Stomakhin/Rusya*, no. 52273/07, 09.05.2018, §131). Dahası, başvurucu hepsi Türkiye'nin Suriye'nin kuzeyindeki operasyonlarına yönelik eleştirilerden ibaret olduğundan siyasi nitelikte kabul edilmesi gereken Facebook içeriklerini paylaşmış ya da beğenmiştir ve bu paylaşımlarda ortaya konulan konular inkâr edilemez şekilde siyasi tartışmanın bir parçası ve genel ve kamusal yararı ilgilendiren konulardır. Üçüncü olarak, başvurucu paylaşılan içerikleri üretmemiş, yalnızca başkaları tarafından oluşturulan ve zaten platformda dolaşımda bulunan içerikleri paylaşmıştır. Dördüncü olarak, başvurucunun ifadelerinin kamuoyunun ilgisini çektiğini gösteren herhangi bir işaret bulunmamaktadır. Başvurucunun dosyasından görüleceği üzere, ne savcılık ne de mahkemeler başvurucunun Facebook platformundaki paylaşımlarının potansiyel etkisini değerlendirmemişlerdir. En nihayetinde başvurucunun içeriklerin yayılmasındaki rolü de önemsizdir.
19. Ayrıca önemle belirtmek gerekir ki, başvurucu yaptığı yorumlarla kamuoyunun ilgisini çekebilecek ve söz konusu ifadelerin etkisini artıracak (*Savva Terentyev*, § 81) tanınmış bir blogger ya da Youtuber (*Rebechenko/Rusya*, no. 10257/17, 16.04.2019, § 25) veya popüler bir sosyal medya kullanıcısı (*Magyar Helsinki Bizottság/ Macaristan [GK]*, no. 18030/11, § 168, AİHM 2016), ya da tek başına etkili bir kamusal figür de değildir (karşılaştırınız, *Osmani ve Diğerleri/ Eski Makedonya Yugoslav Cumhuriyeti* (karar), no. 50841/99,

11.10.2001; *Féret/Belçika*, no. 15615/07, §§ 75 ve 76) . Aslında, başvuruçunun paylaşımının takipçileri tarafından önemsenmediği ya da beğenilmediği veya paylaşılmadığı düşünüldüğünde etkisi çok düşük ya da önemsiz olarak değerlendirilmelidir. (*Stomakhin/Rusya*, no. 52273/07, 09.05.2018, §131).

20. İFÖD, bu hususların dikkate alınması gereken önemli unsurlar olduğu ve AİHM'in başvuruçunun başka kullanıcılar ya da içerik yaratıcıları tarafından üretilmiş bir içeriğin Facebook platformunda yayılması üzerindeki potansiyel etkisini dikkate alması gerektiği görüşündedir.

İçeriklerin Bağlamı ve Şiddete Teşvik Gerekliliği

21. Türkiye aleyhine AİHM'in önüne giden 10. madde ihlali iddiaları farklı ceza hükümlerine dayansa da bunların hepsinin ortak yanı devleti ve toplumun genelini rahatsız eden, genellikle hükümetin terörle mücadele pratiklerini ve Kürt sorununa ilişkin politikasını eleştiren ve bazen bir örgütün eylemlerini ya da onun liderini öven ve meşrulaştıran ifadeler olmasıdır.
22. Bu tarz davalarda, AİHM sadece ifadenin kendisine dayanarak cezai yaptırım uygulanmasının kabul edilemez olduğunu belirtmektedir. 2005'ten sonra verilen pek çok kararında AİHM, ulusal mahkemeler tarafından herhangi bir inceleme yapılmadan sadece ifadenin devleti eleştirdiği, propaganda veya kin ve nefreti teşvik teşkil ettiği gerekçesiyle cezalandırıldığı durumlarda daha ileri bir değerlendirme yapmadan önceki kararlarına atıf yaparak arka arkaya ihlal bulmuştur (*Gözel ve Özer/Türkiye* (no. 43453/04 ve 31098/05); *İncal/Türkiye* (no. 22678/93)).
23. Son zamanlarda Mahkeme, yerel mahkemelerin başvuruçuları terör örgütü propagandası sebebiyle mahkum ederken iddia edilen eylemleri, kendi bağlamları ve zarar verme kapasiteleri dikkate alındığında, şiddete, silahlı direnişe, ayaklanmaya teşvik etme veya nefret söylemi içerdiğini göstermede başarısız olmasından dolayı ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir (*Mart ve Diğerleri/Türkiye*, no 57031/10, 19.03.2019, § 32; *Necdet Atalay/Türkiye* no. 76224/12, 19.11.2019, § 20, *Mehdi Tanrıkulu/Türkiye*, no. 9735/12, 05.05.2020, § 33).
24. Mahkeme, yerel makamlardan ve mahkemelerden iddia edilen eylemlerin kendi bağlamlarında okunduğunda neden terör örgütü tarafından kullanılan şiddeti meşrulaştırma ya da teşvik etme şeklinde yorumlanması gerektiği ve neden PKK ve güvenlik güçleri arasında yaşanan çatışmaya ilişkin kamusal yararı ilgilendiren bir tartışmaya katılma olarak değerlendirilemeyeceği konusunda yeterli açıklamanın sağlanmasını beklemektedir (*Mehdi Tanrıkulu/Türkiye*, no. 9735/12, 05.05.2020, § 32).
25. Bu nedenle, **bir ifadenin cezalandırılabilmesi için bu ifadenin şiddete çağrı ya da teşvik içermesi gerekmektedir.** AİHM şiddete çağrı veya teşvik olmadığı durumlarda bir insanın terör örgütünün amaçları ya da talimatları ile kesişiyor gibi görünen eylem ve açıklamaları nedeni ile cezalandırılmasının endişe verici olduğuna karar vermiştir (*Gülcü/Türkiye*, no. 17526/10, 19.1.2016, § 112). Bir ifadenin sadece hükümet hakkında sert ve eleştirel olması hatta tek taraflı olması şiddete teşvik ettiği anlamına gelmemektedir. Bu bağlamda, AİHM pek çok açıklamayı ifade özgürlüğü sınırları içerisinde değerlendirmiştir. Bunlardan bazıları: “*Kürdistan Türk devleti tarafından sömürge olarak istila edilmiştir*”; Türk devletinin “siyasi,

askeri ve ideolojik” açılardan “Kürdistan’a baskı uyguladığının iddia edilmesi; Kürtlerin karşı karşıya kalmış olduğu “ırkçı inkar” politikasının faşist bir hareketin” geliştirilmesinde araç olarak kullanılması (*Başkaya ve Okçuoğlu*, § 64); “şimdi hesapların kapanmasının zamanı geldi” gibi ifadelerle Kürt hareketinin amacının romantize edilmesi; Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin terörist bir devlet olarak tanımlanması (*Sürek* (no. 4), § 56); Devletin askeri operasyonlarının “Devletin gerilla ile kirli bir savaşa girdiği” ve “Kürt halkına bir savaş açıldığı” ifadelerini de içeren söylemlerle kınanması (*Erdoğdu*, § 62); “Kürdistan yanıyor” demek ve “olayları soykırım olarak nitelendirmek” (*Şener*, § 44); Devleti katliam yaptığını iddia etmek veya çatışmayı savaş olarak nitelendirmek (*Karkın/Türkiye*, no. 43928/98, 23.9.2003) şeklindeki ifadelerdir.

26. AHİM’e göre her ne kadar her iki tarafa yönelik eleştirel ifadeler şiddete teşvik olmadığını gösterse de ifadelerin tek taraflı olması tek başına cezalandırılması için gerekçe olamaz (*Sürek ve Özdemir*, § 61). Tam aksine, ulusal yetkililerin ne kadar hoşla gitmeyen fikir ve görüşler olursa olsun, halkın güneydoğudaki duruma ilişkin farklı bir perspektiften bilgi alma hakkına gereken önemi verme yükümlülükleri vardır. (*Şener*, § 45). İfadenin önyargılı ya da abartılı olması, gerçeği saptırması veya provokatif ve Devlete yönelik hakaret içeriyor olması tek başına o ifadelerin cezalandırılabilmesi için yeterli değildir (*Özgür Gündem/Türkiye*, no. 23144/93, § 60, 16.3.2000).
27. Sözleşme bir bütün olarak okunduğunda, doğal olarak yaşam hakkı ve işkence yasağı gibi temel ilkeleri koruma kapasitesine sahip sert ifadelere daha fazla tolerans gösterilmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır. Baskıcı ortamlarda gerçeğin ortaya çıkarılmasının ne kadar zor olduğu düşünüldüğünde devlet görevlilerinin bu temel hakları ihlal eden davranışlarının açığa çıkartılması daha özel bir önem taşımaktadır. Bu eylemleri açığa çıkararak ve bunları halka açıklayan insanların cezai yargılamalara maruz kalması sözleşmenin ruhuna aykırı olacaktır çünkü bu önlemler etkili bir soruşturma yürütülmesi açısından önemli bir fırsattır (*Yavuz ve Yaylalı/Türkiye*, no. 12606/11, § 54, 17.12.2013).
28. AİHM doğrudan ve dolaylı şiddet arasında çok açık bir ayırım yapmamaktadır.² Ancak, ifadenin açıkça şiddeti teşvik etmediği durumlarda Mahkeme tarafından uygulanan testin şartlarını sağlamak oldukça zordur. Özellikle, sanığın açıkça gösterdiğinden başka niyetleri olduğunun iddia edildiği durumlarda, yetkililerin somut delil sunma yükümlülüğü vardır (*Yağmurdereli/Türkiye*, § 53). Yalnızca terör örgütünün de benzer ifadelerde bulunduğu ileri sürülmesi somut delil olarak sayılmayacaktır.
29. Mahkeme, *Gözel ve Özer/Türkiye* yarı pilot kararında, (no. 43453/04 ve 31098/05, 06.07.2010) kışkırtmanın olup olmadığı belirlenirken ifadenin şiddete neden olma olasılığının dikkate alınması gerektiğini açıkça gösteren bir formülü özetlemektedir: “Bir ifade şiddete teşvik içermiyorsa, terör eylemlerini veya destekçilerinin amaçlarını meşrulaştırmıyorsa ve bazı insanlara karşı derin ve anlamsız nefrete dayalı bir şiddeti teşvik etmiyorsa yalnızca terörist örgüt tarafından dile getirildiği ya da onun hakkında olduğu için yasaklanamaz.” *Gül ve Diğerleri/Türkiye* davasında, atılan bazı sloganların (mesela “Siyasi iktidar silahın namlusundan çıkar”, “Bunun hesabını soracak olan silahın namlusudur”) şiddet içerikli tonu olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte, bunların iyi bilinen klişeleşmiş

² Howard Davis, “Lessons from Turkey: Anti-Terrorism Legislation and the Protection of Free Speech” [2005] E.H.R.L.R. 75.

solcu sloganlar olduğu ve hukuka uygun gösteriler sırasında atıldığı düşünüldüğünde-“kamu güvenliği” ve “kamu düzeni” üzerindeki etkisini sınırlamıştır- bunlar şiddete ya da ayaklanmaya çağrı olarak yorumlanamayacaklardır.” (§ 41). *Yağmurdereli* davasında, başvurusunun sözlü olarak ifade ettiği sert söylemlerin, çatışma bölgesinden kilometrelerce uzakta İstanbul’da dile getirilmiş olması, Mahkemenin ihlal bulmasında önemli bir rol oynamıştır (§ 54).

30. Mahkeme bu nedenle, başvuru tarafından paylaşılan içeriklerin bağlamını dikkate almalı ve paylaşılan içeriklerin şiddete teşvik etme anlamına gelip gelmediğini veya bu içeriklerin kabul edilebilir eleştiri sınırları içerisinde kalıp kalmadığını değerlendirmelidir.

Facebook Paylaşımlarının İçeriği Siyasi Söylem Teşkil Eder

31. Tüm dosyanın ve ilgili kararların incelenmesinden anlaşılmaktadır ki, yerel mahkemeler ilgili ifadelerin **PKK’nın eylemlerini övme ve güvenlik güçlerinin operasyonlarını kötüleme teşkil ettiğini belirtmek dışında başvuru tarafından Facebook’ta paylaşılan içeriğin doğasını tam olarak değerlendirmemiştir.**
32. Yerel mahkemeler ilgili ifadeyi “**tartışmanın kendi bağlamında ve hangi fikri vermek istediğini bulmak için**” (*Savva Terentyev*, § 82) bir inceleme yapmak yerine **yalnızca ifadenin biçimine ve tonuna odaklanmıştır.** Mahkemenin *Terentyev /Rusya* kararında haklı olarak belirttiği üzere, yerel mahkemeler söz konusu beyanların “ifade edildikleri sosyal ve siyasal bağlam ve eriştiği kitlenin boyutunu dikkate alarak zararlı bir sonuca teşvik etme potansiyelini değerlendirme girişiminde bulunmamışlardır.” (*Savva Terentyev*, § 82).
33. Aksine, yerel mahkemeler söz konusu ifadelerin dar ve geniş bağlamını dikkate alarak adil bir şekilde değerlendirildiğinde, doğrudan veya dolaylı olarak şiddet çağrısı veya şiddetin nefretin ve hoşgörüsüzlüğün meşrulaştırılması olup olmadığını da değerlendirmiş olmaları gerekir (diğerlerinin yanında bkz. *Incal/Türkiye*, 09.06.1998, § 50, Raporlar 1998-IV; *Özgür Gündem/ Türkiye*, no. 23144/93, § 64, ECHR 2000-III; *Gündüz/Türkiye*, no. 35071/97, §§ 48 ve 51, AHİM 2003-XI; *Hizb ut-Tahrir ve Diğerleri/Almanya* (karar), no. 31098/08, § 73, 12.06.2012; *Fáber/Macaristan*, no. 40721/08, §§ 52 ve 56-58, 24.07.2012; ve *Vona/Macaristan*, no. 35943/10, §§ 64-67, AHİM 2013).
34. Mahkeme, saldırgan ifadelerin kasten aşağılama içermesi halinde ifade özgürlüğü koruması kapsamı dışında kalabileceğini belirtmektedir; ancak kaba ifadelerin kullanılması tek başına bir ifadenin saldırgan olarak nitelendirilmesinde belirleyici değildir zira bu sadece bir üslup meselesi olabilir. Mahkemeye göre üslup ifadenin şekli olarak iletişimin bir parçasını oluşturur ve ifade edilen fikir ve bilgilerin içeriği ile birlikte korunur *Gül ve Diğerleri/Türkiye*, no. 4870/02, § 41, 08.06.2010; *Grebneva ve Alisimchi/Rusya*, no. 8918/05, § 52, 22.11.2016; *Savva Terentyev/Rusya*, no. 10692/09, § 68, 28.08.2018). Mahkeme, belirli kişiler tarafından rahatsız edici veya hakaret olarak algılanabilecek her ifadeye yaptırım uygulanmasının meşrulaştırılamayacağını belirtmektedir. Yalnızca rahatsız edici, incitici ve saldırgan kelimelerin kullanıldığı bağlamın dikkatli bir şekilde incelenmesiyle, Sözleşmenin 10. maddesi altında korunan şok edici ve incitici ifadeler ile demokratik bir toplumda hoş görülemeyecek saldırgan ifadeler arasındaki ayrım yapılabilir (*Vajnai/Macaristan*, no.

33629/06, §§ 53 ve 57, AİHM 2008). Bu bağlamda Mahkeme, başvuruçunun kullandığı dili ya da sözlerin ağırlığını tasvip etmemekle birlikte, “*Her Rus kentinin ortasında, şehir merkezinde... Auschwitz’de olduğu gibi bir fırın olsaydı ve her gün, daha da iyisi günde iki kez (örneğin öğleyin ve gece yarısı) yolsuz polisler törensel olarak yakılsaydı harika olurdu. İnsanlar onları yakabilirdi. Bu toplumu serseri polis pislüğünden temizlemenin ilk adımı olabilirdi.*” gibi sert ifadeleri dahi başvuruçunun yolsuzluk yapan ve yetkilerini kötüye kullanan polislerin (yozlaşmış) “temizlendiğini” görme arzusunu yansıtan kışkırtıcı bir metafor olarak değerlendirmiş ve başvuruçunun durumun iyileştirilmesi amacıyla önlemler alınması için duygusal bir çağrısı şeklinde yorumlamıştır (Terentyev, § 72).

35. Bu nedenle İFÖD bağlam analizinin yanında, bu ve ileride sosyal medya içerikleri ile ilgili gelebilecek benzer başvurular açısından içerik analizinin de değerlendirme açısından önemli bir unsur olduğunu düşünmektedir.

10. Maddenin Usule İlişkin Yükümlülükleri

36. Mahkeme, 10. maddenin Sözleşmeciler taraflara usuli yükümlülükler yüklediğini ve Mahkemenin görevinin iddia edilen müdahaleye davanın ışığında bir bütün olarak bakmak ve müdahalenin “güdülen meşru amaçla orantılı” olup olmadığını, ulusal makamlar tarafından ileri sürülen gerekçelerin “ilgili ve yeterli” olup olmadığını saptamak olduğunu belirtmektedir. Bunu yaparken, Mahkeme, ulusal makamların 10. maddede yer alan ilkelere uygun standartları uyguladıklarından ve ayrıca ilgili olayların kabul edilebilir bir değerlendirmesine dayandıklarından emin olmalıdır. Mahkeme, yargulamaların adil yürümesinin ve başvurana tanınan usuli güvencelerin, 10. madde ile güvence altına alınan ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahalenin orantılılığını değerlendirirken dikkate alınması gereken faktörler olduğunu vurgulamıştır (Baka/Macaristan [GK], no. 20261/12, § 161, 23.06.2016; Kula/Türkiye, no. 20233/06, §§ 45 ve 46, 19.06.2018).
37. Bu bağlamda Mahkeme, tarafların iddialarının dinlendiğini göstermesi, karara karşı itiraz ve temyiz yollarına başvurma imkânı vermesi ve ayrıca yargı kararlarının haklı olduğunu kamuoyuna göstermesi açısından yargı kararlarının gerekçelendirilmesi yükümlülüğünün Sözleşmenin 6§1 maddesi uyarınca temel bir usuli güvence olduğunu belirtmektedir. Bu genel kural, ayrıca, yerel mahkemelerin bir müdahale için “ilgili” ve “yeterli” gerekçeler sunmasını zorunlu kılarak, Sözleşmenin 10 ve 11. Maddeleri kapsamındaki özel yükümlülükler dönüşmektedir. Bu yükümlülük, diğer şeylerin yanı sıra, bireylerin ifade özgürlüklerini veya toplanma özgürlüklerini kısıtlayan bir mahkeme kararının arkasındaki nedenleri öğrenmelerine ve bunlara itiraz etmelerine olanak tanır ve böylece Sözleşme’nin 10. ve 11. maddeleri kapsamında korunan haklara keyfi müdahaleye karşı önemli bir usuli güvence sunar (Lindon, Otchakovsky-Laurens ve July/Fransa [GK], no. 21279/02 ve 36448/02, § 45, ECHR 2007-IV; Obukhova/Rusya, no. 34736/03, § 25, 08.01.2009; Sapan/Türkiye, no. 44102/04, §§ 40-42, 08.06.2010; Cumhuriyet Vakfı ve Diğerleri v. Türkiye, no. 28255/07, §§ 67-68, 08.10.2013; Gülcü/Türkiye, no.17526/10, § 114, 19.01.2016).
38. İFÖD, Anayasa Mahkemesi de dahil olmak üzere yerel mahkemelerin, bir sosyal medya paylaşımına yaptırım uygularken, Avrupa Mahkemesi tarafından geliştirilen çok unsurlu

tahrik testi ışığında değerlendirmemesi ve ilgili ve yeterli gerekçe sunmamasının devletin 10. Madde kapsamındaki usuli yükümlülüğünü ihlal ettiği görüşündedir. Avrupa Mahkemesinin içtihadının gerektirdiği bu inceleme ve değerlendirmelere yerel mahkemelerin kararında yer verilmemiştir. Diğer bir deyişle, yerel mahkemeler “**10. maddede belirtilen ilkelere uygun standartları uygulamamışlardır**” (bkz *Terentyev/Rusya*, no. 25147/09, § 24, 26.01.2017; *Kommersant ve Diğerleri/Rusya*, no. 37482/10 ve 37486/10, § 23, 23.06.2020). Mahkeme, yerel mahkemelerin yukarıda açıklanan ilgili tüm unsurları dikkate alarak gerekçeli bir karar verip vermediğini dikkate almalıdır.

Cezanın Orantılılığı

39. Terörle Mücadele Kanunu’nun 7/2. maddesi terör örgütü lehine propaganda yapanların bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmasını düzenlenmektedir. Mevcut davada ağır ceza mahkemesinin temel cezayı alt sınırdan uzaklaşarak iki yıl olarak belirlediği ve suçun basın yoluyla işlendiği gerekçesiyle cezayı yarı oranında arttırdığı ve ayrıca suçun mükerrer işlendiği gerekçesiyle yine yarı oranında arttırdığı gözlemlenmektedir. Her ne kadar terör örgütü propagandası suçunun alt limiti bir yıl hapis cezası da olsa **mahkeme temel cezayı iki yıl hapis cezası olarak belirlemiştir**. Bu durum mahkemenin başvuru eylemini ağır bir suç olarak değerlendirdiği anlamına gelmektedir. Mahkeme aynı zamanda Facebook platformunu ana akım medya gibi değerlendirmiş başvuru eylemine konu içeriğin yayılmasına olan katkısını göz önüne almadan yarı oranında arttırmıştır. Dahası, Mahkeme başvuru eyleminin her paylaşımını ayrı suç eylemi olarak değerlendirmiş ve bu nedenle ikinci kez artırım yoluna giderek cezayı tekrar yarı oranında arttırmıştır. Sonuç olarak başvuru eylemi her hangi bir indirim yapılmaksızın dört yıl, altı ay hapis cezasına çarptırılmıştır. İFÖD, Mahkemenin başvurucuya eylemleri nedeni ile verilen cezanın orantılı olup olmadığını da değerlendirmesi gerektiği görüşündedir.

Sonuç

40. Yukarıda değinilen tüm faktörler göz önüne alındığında İFÖD başvuru eyleminin münferit bir olay olmadığını, tam tersine Türkiye’de ifade özgürlüğünde kötüye giden durumun ve eleştirel seslerin bastırılmasının bir yansıması olduğunu vurgulamak ister. Bu durum göstermektedir ki sınırlı bir etki alanı olan önemsiz Facebook paylaşımları da dahil olmak üzere herhangi birinden gelen herhangi bir eleştirel tutum kamu otoriteleri tarafından sert bir biçimde karşılanmaktadır.
41. AHİM pek çok başvuruda Türkiye’de Terörle Mücadele Kanunu’nun 7/2 maddesi uyarınca verilen hapis cezalarının Sözleşmenin 10. maddesinin ihlalini teşkil ettiğine karar vermiş ve bu kararların icrası Bakanlar Komitesi tarafından Öner ve Türk grubu davalar altında nitelikli usulle izlenmektedir (bkz. İFÖD’ün ilgili Rule 9.2 Görüşü <https://rm.coe.int/native/09000016809a463a>). Her ne kadar Sözleşme standartları ile uyumlu hale getirmek için ilgili hükümde pek çok değişiklik yapılmış olsa da uygulamadaki durum iyileşmemiş, aksine daha kötüye gitmiştir. Son yıllarda yargılama ve mahkumiyetlerin sayısı



önemli ölçüde artmıştır. 2014 yılında Terörle Mücadele Kanunu'nun 7/2. Maddesi uyarınca yalnızca 669 kişi mahkum edilmişken 2017 yılında 6.162 kişi mahkûm edilmiştir.

42. Dahası, 2018'de İçişleri Bakanlığı tarafından pek çok sosyal medya hesabı hakkında terör propagandası yapma ve bu örgütleri övme, terör örgütü sempatanlığının kamusal olarak açıklanması, kişileri kin ve düşmanlığa teşvik, kamu görevlilerini aşağılama, devletin bölünmez bütünlüğüne karşı hareket etmek ve ulusun güvenliğini tehdit etmek ile nefret suçları ile bağlantılı inceleme başlatılmıştır. Sonuç olarak, 42.406 sosyal medya hesabı incelenmiş, 18.376 sosyal medya hesabına ilişkin yasal işlem başlatılmıştır. O zamandan beri bu tür soruşturma ve yargılamalar devam etmektedir.
43. Genel olarak, İFÖD'ün sunumu göstermektedir ki, farklı sosyal medya kullanıcıları arasındaki farkı (**Konuşmacı/Üretici ile İçeriği Yayan**) ve içeriğin Facebook platformu veya herhangi bir sosyal medya platformunda yayılma etkisini de göz önünde bulunduran AHİM'in **Çok Unsurlu Teşvik Testi** Sözleşmenin 10. Maddesine konu olan bu başvuruda değerlendirilmelidir.

26.06.2020

İfade Özgürlüğü Derneği-İFÖD (Türkiye)

Web: <https://ifade.org.tr> Twitter: @ifadeorgtr

İfade Özgürlüğü Derneği resmi olarak ifade ve düşünce özgürlüğünün korunması ve geliştirilmesi için Ağustos 2017'de kurulmuştur. Yeni Dernek, herkesin düşünce ve ifade özgürlüğünden ve bilgi ve bilgiye erişim ve bilgi yayma hakkından yararlandığı bir toplum öngörmektedir.