

**P E N
N O R W A Y**

İddianame İnceleme Raporu

Demirel ve Mavioğlu

PEN Norveç Türkiye İddianame Projesi

Ezio Menzione

Yayımlanma Tarihi: 16 Eylül 2021

PEN Norveç Türkiye İddianame Projesi

PEN Norveç olarak, Türkiye'nin son 6 yılında gündeme gelen gazeteciler ve sivil toplum ile ilişkili davalar üzerinde çalışıyoruz ve bu çalışma kapsamında ilgili davaların kurucu belgesi olan iddianamelere odaklanıyoruz.

Ocak 2020'den bu yana, hakimler, avukatlar, araştırmacılardan oluşan uluslararası bir ekiple birlikte Cumhuriyet Gazetesi, Büyükada Davası ve Gezi Parkı da dahil olmak üzere öne çıkan birçok basın ve sivil toplum davalarına ilişkin iddianameleri incelemekteyiz.

Hazırlanan her rapor bir iddianameye odaklanıyor. Altı farklı ülkeden hukuk ve insan hakları uzmanlarından oluşan bir ekip, 2021 yılının sonuna dek 22 iddianameyi iç hukuka ilişkin düzenlemelere ve uluslararası standartlara uygunluğu yönü ile değerlendirmiş olacak.

Amacımız, Türkiye'deki hukuk devleti krizine ilişkin tartışmalara somut bir zemin sağlamak ve Türkiye'nin savcı ve hakimlerine iddianame yazım eğitimleri vererek bu alandaki standartları iyileştirmeye yönelik diyalogları desteklemektir. Bu güne dek yayınlanmış tüm rapor ve makalelerimizi (2020 yılına ilişkin final raporumuz da dahil olmak üzere) websitemizde bulabilirsiniz: norskpen.no.

PEN Norveç Türkiye Danışmanı olan Caroline Stockford bu projenin yürütücüsü olup, Avukat Şerife Ceren Uysal, iddianamelere ilişkin hazırlanan raporların süpervizörlüğü görevini yürütmektedir.

Türkiye İddianame Projesi Norveç Dış İşleri Bakanlığı ve İsveç İstanbul Konsolosluğu tarafından desteklenmektedir.

1.)Giriş

Bu değerlendirme raporu, PEN Norveç tarafından gerçekleştirilen Türkiye İddianame Projesi 2021 kapsamında hazırlanmıştır. Rapor, Çayan Demirel ve Ertuğrul Mavioğlu aleyhine düzenlenmiş iddianamenin bir analizini sunmaktadır.

2.)Olay Örgüsünün Özeti

1. Gazeteci Ertuğrul Mavioğlu ve belgeselci Çayan Demirel Türkiye'nin Güneydoğusunda, yani Türkiye'nin Kürt topraklarında faaliyet gösteren Kürdistan İşçi Partisi (PKK/KCK) üyelerinin yaşamından kareler içeren *Bakur* isimli belgeseli birlikte çekmiştir. Farklı mevsimleri kapsayan bir süreçte kişilerin yaşamlarını kayıt altına alan belgesel 2013'de çekilmiştir. Belgeselin galasınının 12.04.2015'de İstanbul Film Festivali'nde yapılması planlanmıştır ancak ilgili kayıt sicil belgesi için gereken başvuru yapılmadığından yetkililer tarafından bu gösterim engellenmiş ve söz konusu lisans da alınamamıştır. Belgesel daha sonra birçok yabancı festivalde yayınlanmış ve başarı elde ederek, tanınırlık kazanmıştır.

Belgesel, hala gerekli sicil belgesi yokken, ertesini ay (yani 06.05.2015 tarihinde) Suriye sınırına yakın bir konumda bulunan Batman ilindeki bir kültür merkezinde gösterilmiştir.

2. Bu gösterim raporumuzun odaklandığı yargısal sorunun başlangıcıdır. Batman Cumhuriyet Başsavcılığı iki yönetmen hakkında 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 7/2. maddesinin 1. ve 2. fıkraları uyarınca terör propagandası yaptıkları ve bu amaç doğrultusunda görsel-işitsel bir aracı (sinema) kullandıkları iddiası ile öngörülen cezanın arttırılması talebini içerir şekilde bir iddianame düzenlemiştir.

Coğrafi anlamda yargı yetkisine sahip olan mahkeme, iddianameyi kabul ederek davanın yargılamasına geçmeden önce, usuli nedenlerle iddianameyi iki kez reddetmiştir.

Maviođlu soruřturma safhasında dinlenmiřtir ve dűřünce ve ifade ۆzgűrlűđű hakkını hatırlatarak suçlamaları reddetmiřtir.

Demirel, mahkemede çok kısa bir beyanda bulunmuş olup, anayasal gűvence altında olan bir hakkını kullanmış olması nedeniyle suçlamayı reddetmiştir ve neden yargılandığını dahi anlamadığını belirtmiştir. Demirel, Mart 2015'ten bu yana ağır hasta olmasına, hareket etmekte ciddi sorunlar yaşamasına ve esasen hareket edememesine rağmen, yine de iki kez mahkeme huzuruna çıkmıştır.

İlk derece mahkemesindeki yargılama 18.07.2019'da iki sanık hakkında (ağırlaştırıcı nedenler bulunduğu tespitine dayanılarak asgari 3 yıl olan cezanın ۆst sınırdan verilmesi suretiyle) 4 yıl 6 ay hapis cezasına hűkmedilmesi ile sonuçlanmıştır.

Batman Mahkemesi'nin bu kararına karşı Gaziantep Bۆlge Adliye Mahkemesi'ne yapılmış olan istinaf başvurusunun incelemesi hala devam etmektedir.

3. PKK, Tűrkiye'deki yargı sistemi, Avrupa ve ABD tarafından terۆr ۆrgűtű olarak tanımlanmakta, ancak BM tarafından bu řekilde tanımlanmamaktadır. 2013-2015 yılları arasında, Tűrkiye Cumhuriyeti Hűkűmeti ile silah bırakmayı ve Kűrtlerin idari ۆzerkliđi ve dolayısıyla da Tűrkler ile Kűrtler arasında barıř ile sonuçlanması beklenen bir sűreci bařlatmayı seçen ۆrgűt arasında gۆrűřmeler yapılmıřtır. Bu sűre - Dolmabahçe Mutabakatı - Tűrkiye Cumhuriyeti Hűkűmeti'nin tek taraflı kararının ardından 2015 yılının bařlarında aniden kesintiye uđramıřtır. Yařanan bu kesinti Tűrkiye'nin Kűrt bۆlgesinde yařayan siviller ۆzerinde son derece ađır yansımaları olan bir biçimde PKK ۆyelerine yۆnelik "avı" yeniden bařlatmıřtır.
4. Maviođlu ve Demirel hakkında genel olarak ifade ۆzgűrlűđű hakları açısından mahkumiyetlerine yol açan iddianameyi ۆncelikle Tűrkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin bir dizi kararı bađlamında Tűrkiye Cumhuriyetinin i hukuku ۆzerinden inceleyeceđiz. Ve akabinde iddianameyi uluslararası mevzuat bađlamında - daha spesifik olarak da 3713 sayılı Kanunun 7/2. maddesini birçok defa inceleyen AIHM tarafından ifade edilen ilkeler ekseninde ele alacađız.

3.) İddianamenin Değerlendirilmesi

3.1 Tűrkiye İ Hukuku Bađlamında İddianame:

5. 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 7/2. maddesinin 1. ve 2. fıkrası şu şekildedir:

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

"Suçu meşru gösteren, öven" veya "cebir, şiddet veya tehdit" içeren yöntemleri kullananlar ifadesi 30.04.2013 tarihli ve 6459 sayılı Kanun ile Terörle Mücadele Kanunu'nda yapılan değişikliğe dayanmaktadır ve söz konusu değişiklik AİHM'nin kanunun önceki ibaresinin ifade özgürlüğü hakkına aykırı olması nedeniyle Türkiye'yi kınadığı çeşitli kararları nedeniyle gerçekleşmiştir.

Söz konusu madde metni daha sonra 17.10.2019 tarih ve 7188 sayılı Kanunla bir kez daha değiştirilerek, hem 3713 sayılı Kanunun 7/2. maddesinin hem de TCK'nın 215. maddesinin sadece kamu düzenine açık ve yakın tehlike oluşturan eylemleri kapsayacağı biçimde düzenlenmiştir. Ayrıca haber verme sınırlarını aşmayan veya eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamalarının suç oluşturmadığını da belirtmek gerekmektedir.

Böylesi bir mevzuat değişikliğinin iddianamenin düzenlendiği ve ilgili ilk derece mahkemesinin kararının verildiği tarihte uygulanamayacağı aşikardır, zira her iki hukuki işlem de ilgili değişiklikten önce gerçekleşmiştir. Ancak kanunun son halinin sanığın lehine olması nedeniyle halen derdest olan istinaf safhasında kesinlikle uygulanması gerekmektedir. Bu bağlamda, en yalın haliyle bu konudaki genel ilkelerle uyumlu olacak şekilde, 2019'daki söz konusu yasa değişikliğine ilham veren ilkelerin ilk derece mahkemesi kararına da ilham vermesi gerektiğini görüyoruz.

6. Ayrıca "*herhangi bir kişi*" ifadesinin yazılma biçiminin lehine propaganda yapılan örgüte üye olmayanlar da dahil olmak üzere herkesi kapsadığını, 3713 sayılı Kanunun 7/1. maddesinde öngörülen diğer suçların ise, "*terör örgütünü kurmak, yönetmek veya üyesi olmak*" eylemlerini gerçekleştiren kişilere özgü olduğunu da not ediyoruz.

7. Son yıllarda, Türkiye'de 3713 sayılı Kanunun 7/2. maddesinin ihlalleri bağlamında çok sayıda dava açıldığı rapor edilmektedir:

2013'de 10.547

2014'de 15.815

2015'de 13.608

2016'da 15.913

2017'de 24.585

2018'de 17.077

2017 ve 2018 verilerinin 3173 Sayılı Kanunun tamamına yönelik ihlallere atıfta bulunduğunu lütfen not edin.¹

Bu veri, bu raporun konusu olan davada olduğu üzere gazetecilerin, siyasetçilerin, sanatçıların, öğretmenlerin, kanaat önderlerinin, blog yazarlarının, insan hakları ve sivil toplum savunucularının vb. dahil olduğu davaları içermektedir.²

8. İddianame, Türkiye'deki yargı sisteminde sıklıkla görüldüğü üzere düzinelerce, hatta yüzlerce sayfa uzunluğunda değil, aksine görece kısadır (iki sayfadan daha kısadır). İddianamelerin uzun olması suçlamayı destekleyen olguların kaybolmasına ve suçlanan kişilerin kendilerini hangi suçlamaya karşı savunmaları gerektiğini anlayamamalarına yol açmaktadır. Ancak iddianamenin kısalığından bağımsız olarak, söz konusu "propaganda" fiilinin nelerden oluştuğu ve bundan da öte, söz konusu filmin hangi bölümlerinin "propaganda" içerdiği iddianamede yine açık değildir.
9. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 170. maddesi bir iddianamenin içeriğinde nelerin yer alması gerektiğini belirtir - usule ve kimliğin tespitine ilişkin unsurların dışında, ilgili maddenin 3. fıkrasında şu unsurlar düzenlenmiştir:

"h) Yüklenen suç ve uygulanması gereken kanun maddeleri;

i) Yüklenen suçun işlendiği yer, tarih ve zaman dilimi;

j) Suçun delilleri."

ve akabinde altını çizmek istediğimiz 4. fıkra ise şu şekildedir:

¹ Cfr. Adalet Bakanlığı Adli Sicil İstatistikleri, 2018, sayfa 24.

² Detaylı bir biçimde inceleyeceklerimizin yanı sıra öne çıkan bazı davalar şu şekilde: *Özgür Gündem ana davası* (gazeteciler); *Eren Keskin davası* (gazeteci); *Selahattin Demirtaş davası* (HDP üyesi); *Figen Yüksekdağ davası* (HDP üyesi); *İdris Baluken* (HDP üyesi, hakkında 16 yıl hapis cezası verildi); diğer birçok dava arasında özellikle Türkiye'nin Güneydoğusundaki HDP yöneticileri ve milletvekillerine yönelik davalar; *İnsan Hakları Derneği* (İHD) üye ve yöneticilerine yönelik 225 dava; *Avesta Yayınlarına yönelik* davalar (yayıncı, 2001 ve 2015 arasında yayınlanan kitaplar için açılan davalar).

“İddianamede, yüklenen suçu oluşturan olaylar, mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanır (...)”,

ve son olarak, 5. fıkra şu şekildedir:

“İddianamenin sonuç kısmında, şüphelinin sadece aleyhine olan hususlar değil, lehine olan hususlar da ileri sürülür.” (alt çizilerek yapılan vurgu tarafımıza aittir).

Bu nedenle, 5. fıkra yüklenen suça ilişkin olguların tam olarak detaylandırılması gerektiğini belirtir.

Terör örgütü "*propagandası yapma*" suçu (3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 7/2. maddesinin değiştirilmiş haliyle) terör örgütü lehine, bu örgütün kullandığı cebir, şiddet veya sindirme veya tehdit teşkil eden yöntemlerinin meşru gösterilmesini ve bunların övülmesini veya bu yöntemlerin kullanılmasının teşvik edilmesini içerir.

Kolayca fark edilebileceği üzere propagandanın tanımı oldukça muğlaktır, zira şiddeti "*meşru gösterme*" ve "*övme*" en sade haliyle bu tür yöntemlerin meşruluğuna ilişkin bir görüşün ifadesi yoluyla da gerçekleşebilir.

"*Propaganda*" başkalarını bir örgüte bağlı kılmak esas amacını güderek (bu başarılı olsun ya da olmasın), bu kişileri bahse konu örgütün meşruluğuna ikna etme girişiminden oluşur. Böyle bir amacın olmadığı durumda bir kanaatin ifadesi veya özgür bir düşüncenin dile getirilmesi ile karşı karşıya oluruz.³

Mesele şu ki, ceza hukukunda suçlayıcı bir normun belirsizliği kabul edilmezdir veya en azından bu belirsizliğin minimumda tutulması gerekmektedir. Söz konusu iddianamede ileri sürülen norm yönüyle bu durum söz konusu değildir (3713 sayılı Kanunun 7/2. maddesi).

10. Daha spesifik olursak, suç teşkil eden unsurun (yani belgeselin) içeriği, iddianamenin 2. sayfasının sonuna doğru bir paragrafta incelenmektedir:

“ (...) PKK/KCK terör örgütü mensuplarının kırsal alandaki yaşamlarının ne şekilde sürdürdükleri, örgüt mensuplarının kırsal alanda yaptıkları faaliyetler, PKK/KCK terör örgütünün askeri ve siyasi ideolojisini yansıtacak diyaloglara yer verilmiş, PKK/KCK terör örgütünün üst yöneticilerinden Murat Karayılan'ın PKK/KCK terör örgütünün ideolojisi ve hedefi ile ilgili

³ Propaganda ve düşüncenin özgür ifadesi arasındaki bulanık sınırla ilgili olarak, - diğerlerinin yanı sıra - bkz. DUFFY vd., *Ayşe Çelik - Türkiye davasında Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'*ne sunulan Uzman Görüşü - başvuru no.2017/36722, s.22.

görüşleri kayda alınmış, görüntülerin tamamına yakın bölümünde ise örgüt mensupları ellerinde bulunan silahlarla görüntülenmiştir."

Dolayısıyla, belgesel aşağıda belirtilenlerin bir temsilidir:

- 1) terör örgütü üyelerinin yaşamları;
- 2) daha spesifik olarak, bu kişilerin kırsal alandaki faaliyetleri;
- 3) bu kişilerin askeri ve siyasi ideolojilerini yansıtan diyalogları;
- 4) üst düzey liderlerinden birinin görüşleri;
- 5) görüntülerin örgüt üyelerini neredeyse her sahnede ellerinde silahlarla gösteriyor olması olgusu.

Bu şekilde yapılan bir liste, belgeselin PKK/KCK üyelerinin yaşamlarını ve kendilerini örgütlenme biçimlerinin nasıl olduğunu -ne bir eksik ne bir fazla- olduğu gibi yansıttığını ortaya koymaktadır.

Sanki iki yönetmen bir belgesel çekmek yerine gazeteciliğe özgü habercilik yöntemini kullanmış, ancak nihayetinde ortaya çıkan ürün bir belgesel olmuş gibidir.

İddianamenin daha çok terör örgütünün ağırlıklı kadınlardan oluşan bir örgüte ve dolayısıyla bir kadın hareketine dönüştüğü olgusuna odaklandığı görülmektedir.

Bu bir olgudur. Belki siyasi de bir olgudur, ancak kendi içinde kesinlikle terörist bir organizasyona dair herhangi bir ipucu sunmamaktadır. Bu durum hiç değilse örgüt içerisindeki (erkek veya kadın olsun) her bir üyenin medeni haklarına ne denli dikkat edildiğini gösteren bir unsurdur.

Yönetmenler önlerinde olan neyse onu aktarmışlardır ve belgeseli izleyen herhangi bir kişinin terör örgütüne üye olmaya ikna olabileceğini tahayyül etmek zordur: işte tam da bu zorluk röportaj/belgesel ile (yani düşüncenin özgür ifadesi ile) propaganda arasındaki ayrım çizgisini oluşturur.

11. İddianame belgeselin hangi bölümlerinin, açıklamalarının, yorumlarının, görüntülerinin, izleyenleri terör örgütüne üye olmaya teşvik etmek amacını taşıdığını belirtmeliydi.

12. 3713 sayılı Kanununun 7/2. maddesi, terör propagandasının kurucu unsurları olarak aşağıdaki koşulları düzenlemektedir:

- a) toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde, kimliklerini gizlemek amacıyla yüzün tamamen veya kısmen kapatılması;
- b) terör örgütüne ait amblem, resim veya işaretlerin asılması ya da taşınması, slogan atılması, ses cihazları ile yayın yapılması veya üniformasını giyilmesi.

Bunlar propagandanın spesifik hipotezleridir.

Belgeselin genellikle üniforma giyen veya slogan atan militanları gösterdiği doğrudur – ancak norm üniforma giyen veya slogan atan insanları filme çekenleri değil, bu eylemleri burada belirtilen şekilde yapanları cezalandırmayı amaçlamaktadır

Nitekim iddianamede de bu unsurlar terör örgütü propagandası yapıldığı iddiasını destekleyen deliller olarak dikkate alınmamaktadır. Dolayısıyla, iddianameyi hazırlayan kişinin, bu tür davranışları filme almanın bir propaganda fiilini oluşturmadığını açıkça belirttiği varsayılmalıdır.

Ancak mesele şu ki, bu belgeselin herhangi bir bölümünde, kısa dahi olsa, bir örgüte katılmaya teşvik veya örgüt lehine propaganda fiili olarak tespit edilebilecek, bu şekilde anlaşılabilir tek bir unsur bulunmamaktadır.

Ve işte, belgeselin yönetmenlerinin kendilerini savunabilecekleri bir ortamın sağlanabilmesi için bu unsurların iddianamede belirtilmesi gerekmektedir – bir iddianamenin içeriği tam olarak budur: sanıkları açıklama yapmaya ve kendilerini savunmaya çağırıldıkları her bir unsurdan haberdar etmek.

13. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 170. maddesinin, savcının dikkatinin sadece şüphelinin aleyhindeki olgularla sınırlanmamasını, aynı zamanda şüphelinin lehine olan olgulara da dikkat etmesini gerektirdiğini zaten belirtmiştik.

Bu bağlamda *Bakur* yargılamasında savcının iddianameyi hazırlarken göz önünde bulundurması gereken sanıklar lehine en az 3 olguya tekrar değinmenin önemli olduğu görülmektedir:

13a. Uluslararası toplumun tamamı PKK örgütünü bir terör örgütü olarak kabul etmek konusunda hemfikir değildir. Bu husus sadece Türkiye ve açık ki, Avrupa ve Amerika Birleşik Devletleri tarafından ilan edilmiş, ancak Birleşmiş Milletler tarafından ilan edilmemiştir;

13b. Belgesel, 2013 yazı ve sonbaharında çekilmiştir. Bu dönem, Türkiye Hükümeti ile etnopolitik Kürt topluluğu (PKK açık ki bu topluluğun bir parçasıdır) arasında ciddi uzlaşma görüşmelerinin yapıldığı bir dönemdir. O kadar ki liderleri olduğu kabul gören Öcalan'ın talebi üzerine Kürtler silah bırakmıştır.

13c. Belgeselin büyük bir bölümü - ve diğer medya araçları tarafından daha önce yapılan anlatılara kıyasla belgeselin yeniliği de burada yatmaktadır - en üst düzey ve liderlik kademesi de dahil olmak üzere kadınların PKK içinde üstlendiği role ayrılmıştır. İddianamede bunun bir suçlama olarak değil bir medeni hakkın tanınması olarak değerlendirilmesi gerekirdi.

Bu üç unsurun herbiri gerek ayrı ayrı gerekse bir bütün olarak, propaganda suçunun varlığını sorgulamayı mümkün kılmaktadır; bu nedenle iddianamede dikkate alınmaları gerekmektedir. Ancak aksine iddianamede bu hususlara değinilmemiştir.

İddianame bu üç unsurdan (13 a-b-c) hiç birini değerlendirme konusu etmemiştir. Aksine, kadınların örgüt içinde giderek artan rolüne işaret ettiği anlaşılan cümlelerden birisinin ("*PKK kadın hareketine dönüştü*") suçun bir unsuru veya belki de ağırlaştırıcı bir unsuru olarak ele alındığı anlaşılmaktadır.

Daha spesifik olarak, gazeteci Mavioğlu'nun duruşmada da altını çizdiği üzere, 13-b maddesine ilişkin savunmasına iddianamede şu şekilde yer verilmiştir: "*bu belgeseli 2013 yılında çektiklerini, çözüm ve barış sürecinin bu sürede devam ettiğini ve çözüm sürecini desteklemek için bu belgeseli çektiklerini...*"

Bu beyan iddianamede alıntılanmıştır ancak Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 170/5. maddesine uygun hareket edilmesi gerekmesine rağmen gerektiği gibi değerlendirilmemiş ve dahi hiç dikkate alınmamıştır.

3.2 Düşünce Özgürlüğü ve İfade Hakkı Bakımından İddianame ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası:

14. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, düşünce ve kanaat özgürlüğünü tanımaktadır. Anayasa'nın 25. maddesi şu şekildedir:

"Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz."

Ancak, düşünce ve kanaat özgürlüğünün ifade özgürlüğü olmadan bir hiç olduğunu çok iyi biliyoruz. Bu bağlamda Anayasa'nın 26. maddesi şu düzenlemeyi içermektedir:

"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet Resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar"

Bununla birlikte aynı madde, bir izin sistemi öngörmekte ve son olarak, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği veya ulusun bütünlüğü gibi gerekçelerle bu tür özgürlüklerin kısıtlanması olanağını sağlamaktadır.

15. Ancak inceleme konusu olayda, düşünce özgürlüğünün yanı sıra Anayasa'nın 27. maddesi kapsamında düzenlenen bilim ve sanat özgürlüğü de söz konusudur. Bu bağlamda; sanat (özellikle de film sanatı) ve bilim (gazetecilik)⁴ alanlarını ele aldığımız konusunda bir şüphe yoktur.

Bu referans çerçevesi iddianamede dikkate alınmalıydı ve *Bakur*'un kanuna aykırılık iddiasının değerlendirileceği bağlam olarak düşünülmeliydi.

⁴ Aslında, bu çalışmada ele aldığımız belgeselden sonra yapılan hakkında yargılama başlatılan çok belgesel bulunmuyor. Tespit ettiklerimiz:

Veysi Altay – Dicle Anter Nuju belgeseli (afişinde YPG bayrağı olduğu için);

Kurbettin Cebe Roza – İki Şehrin Ülkesi belgeseli, kendisi 2020'de bu belgeselden dolayı 2 yıl 4 ay hapis cezasına çarptırıldı;

4 aktörle birlikte Yunus Ozan Korkut, Benim Varoş Hikayem (esasen belgeselden çok bir film), tüm sanıklar 2019'da beraat etti.

Savcının, açıkça olmasa da, belgeseli, "... milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği ve Cumhuriyetin temel niteliklerinin korunması" temelinde kısıtlanabilir bir ifade biçimi olarak değerlendirme kastı olduğu anlaşılmaktadır.

16. İddianame ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası hükümleri arasındaki ilişkiyi değerlendirmek için, Anayasa Mahkemesi'nin Barış İçin Akademisyenler (BAK) davasına dair yakın tarihli bir kararı ile karşılaştırmalı bir değerlendirme yapacağız.⁵

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin düşünce ve ifade özgürlüğü (Anayasa'nın 26. maddesi ile tanınan) ile Devletin kendisini siyasi saldırılar bilhassa terör grubu olarak kabul ettiği grupların aktif olduğu yerlerde meydana gelen olgu ve olaylar karşısında koruma ihtiyacı arasındaki dengeyi dikkate aldığı birçok dava bulunmaktadır.

Ancak BAK davası *Bakur* davası ile gerçekten birçok benzerlik taşımaktadır. İddianamenin dayandığı suç (3173 Sayılı Kanun'un 7/2. maddesi) ile suçlamanın üzerine inşa edildiği terörist grup (PKK) aynıdır.

Temel fark suçlamanın merkezindeki olguda yatmaktadır: *Bakur* davasında bir PKK biriminin yaşamını gösteren bir belgesel; diğer davada ise Türkiye'deki güvenlik güçlerinin 2015/2016 kışında Türkiye'nin Doğu ve Kuzey Doğusundaki şehirlerde, kasabalarda Kürt halkına karşı (ve sadece onlara karşı da değil) gerçekleştirdiği "katliamlar", "cinayetler" ve "işkenceler"e son verilmesini talep eden açıkça siyasi bir bildiri söz konusudur.

BAK bildirisinin siyasi etkisinin - ve dolayısıyla [yaratabileceği] tehlikenin (Türkiye Cumhuriyeti Hükümetinin bakış açısı bağlamında) - bir şeyi kışkırtmayı değil fakat daha ziyade PKK üyelerinin yaşamının sadece bir yönünü temsil etmeyi amaçlayan- bir belgeselden daha dikkate değer olduğu kesinlikle kabul edilmelidir.

Sonuç olarak Mahkeme, (yurt içi ve yurt dışından) 2.212 araştırmacı ve akademisyen tarafından imzalanan bildirin -içeriği ülkenin çoğunluğu

⁵ *Zübeyde Füsün Üstel ve Diğerleri v Türkiye*, başvuru no. 2018/17635 karar 26/7/19.

tarafından benimsenmese dahi- Anayasa'nın 26. maddesinde öngörülen ifade özgürlüğünün koruması altında olması gerektiğini tespit etmiştir. Bu konuya ilişkin görüş ayrılığının Anayasa Mahkemesi'nin verdiği karardaki bölünmeye de yansıdığı görülmektedir. İhlal kararına ilişkin oyların 8'i lehte ve 8'i aleyhtedir. Ancak buna rağmen, ifade özgürlüğünün sınırlanmasının - tam da Mahkemenin kararı aracılığıyla dile getirdiği üzere - "kabul edilemez" olduğunu düşünen Anayasa Mahkemesi başkanının ihlal olduğu yönünde oy vermesiyle başvuruçuların lehine karar verilmiştir. BAK bildirisi ifade özgürlüğünün sınırları içinde kalmaktadır: her ne kadar bildirinin imzacıları yetkilileri sert, suçlayıcı ve tek taraflı bir dille ağır bir şekilde eleştirmişlerse de, insanları yasadışı eylemler gerçekleştirmeleri yönünde şiddete teşvik eden veya topluma, Devlete ve demokratik siyasi düzene tehdit oluşturan bir niteliği söz konusu değildir. Ancak, gerçekten de bu davalarda "*benzer bir tepkinin halkın çoğunluğunun bakış açısı dışında özellikle önemli gerçekler hakkında bilgilendirilme hakkına katı bir sınır koyacağı*" akılda tutularak "*bu tür ifadeler hukuki bir tepki gösterilirken çok dikkatli olunmalıdır.*" Demokratik çoğulculuğun bir gereği olarak "*daha yüksek düzeydeki bir tolerans*" gösterilmesi bir zorunluluktur.⁶ Mahkeme, bu gerekli ihtiyadın zorunlu olduğunu, zira normun bir ihlal söz konusu olduğunda kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakmayı öngördüğünü ve bu nedenle bu tür bir normun kısıtlayıcı bir şekilde yorumlanamayacağını eklemektedir.

BAK bildirisi ile ilgili bunları ifade ettikten sonra, *Bakur* belgeselinin en az iki ana nedenden ötürü, Devlet güvenliği için daha da geniş ve daha zararsız bir bağlamla çerçevelenmiş olduğu kolaylıkla görülebilmektedir:

- a. Belgesel gerçekten de Türkiye Cumhuriyet Hükümeti'ne karşı eleştirel unsurlar içermekte, ancak herhangi bir kışkırtma içermemektedir.
- b. BAK bildirisi bir siyasi-askeri krizin ortasında hazırlanmışken (bildiriyi meşru kılan da bu olgudur), *Bakur*; Hükümet ile PKK arasındaki barış görüşmelerinin silahların bırakılmasına zemin yarattığı ve yakında bir barış anlaşmasının gerçekleşmesinin beklendiği bir dönemde planlanmış ve çekilmiştir.

⁶ Tırnak içindeki ifadeler DUFFY vd.

17. *Bakur* ile benzerlikleri olan bir başka dava ise Anayasa Mahkemesi tarafından incelenen - çok tipik bir ifade özgürlüğü davası olan - *Ayşe Çelik v. Türkiye* davasıdır.⁷ Bu dava 08 Ocak 2016 tarihinde bir televizyon programına bağlanan Ayşe Çelik'in gerek Hükümetin askeri tedbirleri sonucunda ülkenin Güneydoğusunda yaşananlar gerekse Hükümet tarafından uygulanan sokağa çıkma yasağı dolayısıyla orada yaşayan çocukların ve annelerin durumları hakkında seyircilerin "*sessiz kalmamalarını*" istediği açıklamaları etrafında şekillenmektedir.

Burada *Bakur* belgesinden daha sert olduğu kesin olan eleştirel ve yürekten gelen bir siyasi beyan söz konusudur. 3713 sayılı Kanun'un 7/2. maddesini ihlalden ötürü 1 yıl 3 ay hapis cezasına çarptırılan sanık sırasıyla Bölge Adliye Mahkemesi'ne ve AİHS'nin ifade özgürlüğünü düzenlediği 10. maddesine atıf yaparak Yargıtay'a başvurmuştur. Ancak, Ayşe Çelik'in daha sonraki bir tarihte gerçekleştirdiği başvurusu üzerine, onun ifade özgürlüğü hakkını 09.05.19 tarihli kararıyla tanıyan sadece Anayasa Mahkemesi olmuştur.

3.3 Uuslararası Mevzuat Bakımından *Bakur* davası:

18. A. İddianame her şeyden önce BM Savcılarının Rolüne İlişkin Kılavuz İlkeleri (İlke 10 ila 20) ışığında incelenmelidir. Bu normların iddianamenin hukuka uygunluğunun sağlanmasında savcılara aktif bir rol öngördüğü ileri sürülebilir.

Daha spesifik olarak, Kılavuz İlkelerin 12. İlkesi şu şekildedir:

"Savcılar görevlerini hukuka uygun olarak, adil, sürekli ve süratli bir biçimde, insan onuruna saygı gösterip koruyarak, insan haklarının yanında yer alarak yürütürler ve bu suretle adil yargılamanın gerçekleştirilmesine ve ceza adaleti sisteminin düzgün işlemesine katkıda bulunurlar."

Yani bunun anlamı; soruşturma aşamasındaki savcılardan delillerin hukuka uygunluğu konusunda titiz olmaları, makul şüpheyi gözetmeleri ve sanık lehine olan delilleri de dikkate almaları beklenmektedir.

⁷ *Ayşe Celik v Türkiye*, başvuru 2017/36722 karar 9/5/19.

Son olarak, 18. Kılavuz İlke iddiaların asılsız olması durumunda savcıların soruşturmaya son vermesi gerektiğini vurgulamaktadır.

18. B. Bu nokta, savcının iddianame hazırlayıp hazırlamayacağını değerlendirmek için hareket etmesi gereken bağlama işaret etmekle birlikte, tekil bir davada aranması gereken meşruiyet kriteri ile ilişkilidir. Bu bağlamda AİHM, Türkiye hakkında çok uzun bir süre boyunca birçok kez karar açıklamış ve Türkiye Cumhuriyeti Devletini terörle mücadele kanunu kuralları ve daha da spesifik olarak terör propagandasına ilişkin düzenlemeleri nedeniyle neredeyse her zaman ve sürekli olarak eleştirmiştir (o kadar ki, görüldüğü üzere Türkiye, 3173 sayılı Kanunun 7/2. maddesine defalarca ve önemli ölçüde müdahale etmek zorunda kalmıştır)⁸.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi, davalının "*kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeni hakkında derhal [...] ve ayrıntılı olarak bilgilendirilmesi*" ihtiyacının altını çizmektedir. Ancak buradaki belirlemenin aksine, daha önce tespit ettiğimiz üzere, incelenen iddianame son derece geneldir. Sadece "propaganda" suçunun kendi içinde genel olması ve (varsayılan) cezai sorumluluğun (Latinlerin dediği gibi, *nullum crimen sine lege*) temelinde yer alan hukuki kesinlik kriterini karşılamaması değil - fakat aynı zamanda, bu incelediğimiz dava özelinde de, belgeselin hangi bölümlerinin (görüntüler, cümleler veya ikisinin birleşimi) propaganda unsuru olarak, yani terör örgütüne üye olmaya teşvik olarak kabul edilebileceği hiçbir

⁸ Yukarıda bahsedilen BAK ve Çelik davalarına ek olarak, diğerlerinin yanı sıra şu davaları hatırlıyoruz:

Halis Doğan v Türkiye – başvuru no. 71984/01 – karar 25/7/06

Özgür Gündem v Türkiye – başvuru no. 23144/93 – karar 16/3/2000

Sürek v Türkiye – başvuru no. 24735/94 – karar 8/7/99

Sürek v Türkiye – başvuru no. 26682/95 – karar 8/7/99

Gerger v Türkiye – başvuru no. 24919/94 – karar 8/7/99 (Büyük Daire)

Karataş v Türkiye – başvuru no. 23168/94 – karar 8/7/99

Ceylan v Türkiye – başvuru no. 23556/94 – karar 8/7/99

Belek v Türkiye – başvuru numaraları. 36827/06, 36828/06, 36829/06 – karar 20/11/12

Gündüz v Türkiye – başvuru no. 35071/97 – karar 4/12/03

Öztürk v Türkiye – başvuru no. 22479/93 - karar 28/9/99 (Büyük Daire)

İmret v Türkiye – başvuru no. 57316/10 – karar 10/7/18

Zana v Türkiye – başvuru no. 18954/91 – karar 25/11/97

Yalçınkaya ve diğerleri v Türkiye – başvuru no. 5497 – karar 24/6/14

Güzel ve Özer v Türkiye – başvuru no. 4870/02 – karar 8/6/10

Yılmaz ve Kılıç v Türkiye – başvuru no. 68514/01 – karar 17/7/08

aşamada belirtilmemiş, *Bakur* belgeseline sadece genel bir atıfta bulunulmuştur.

18. C. 1995 yılında BM genel merkezinde kurulan (ve dolayısıyla Türkiye'yi de bağlayan) Uluslararası Savcılar Birliği tüm adalet sistemlerinde "*cezai suçların adil, etkili, tarafsız ve verimli kovuşturulmasını sağlamak için standartların*" güvence altına alınması çağrısında bulunur. Bu standartlara göre, bir savcı ancak "*bir davanın makul olarak güvenilir ve kabul edilebilir olduğuna inanılan delillere dayanması*" durumunda cezai takibat başlatmalı ve "*bu tür delillerin yokluğunda kovuşturmaya devam edilmemelidir.*"

3.4 3713 Sayılı Kanunun 7/2. Maddesi ve Uluslararası Düzenlemeler:

19. İddianamenin hazırlandığı tarihte 3713 sayılı Kanunun 7/2. maddesi şu şekilde idi:

"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."

"Meşru göstermek"ten "sindirme"ye kadarki ifadeler AİHM içtihatlarında - bilhassa AİHM'in Türkiye ile ilgili olan içtihatlarında- çerçevesi çizilen "propaganda" suçunun somut unsurlarının ifade özgürlüğü ilkeleri ile uyumlu olarak belirlenmesi amacıyla 30.04.2013 tarihinde yapılan bir değişiklik ile getirilmiştir. Bu nedenle, 7/2. maddenin AİHM tarafından formüle edildiği üzere ifade özgürlüğü ilkeleri doğrultusunda uygulanması zorunlu olacaktır.

19.1 - Bunlar "propaganda" teriminin ceza normlarının karakteristiği olan kesin ve somut olma ilkesinden yoksun olduğunu da içerir;

19.2 – Şüphe söz konusu olduğunda *in malam partem* yani sanık aleyhine kıyas yolu ile 7/2. maddenin uygulanması mümkün değildir;

19.3 – Beraberinde, suçun psikolojik unsuru meselesi ortaya çıkacaktır: kişinin kastı siyasi veya sosyal meseleler hakkında bir görüş belirtmek mi (ki bu meşrudur), yoksa şiddete teşvik etmek mi (ki bu meşru değildir) sorusu sorulacaktır.

19.4 - Fiiller (kelimeler veya görüntüler) ile kastedilen meşru amaç (teşvik) arasındaki bağlantının derecesi nedir? AİHM "ifade özgürlüğüne getirilen kısıtlamaların haklı gösterilmesi için kelimeler ve şiddet arasında açık ve doğrudan bağlantı" olması gerekir diyerek bu konuda net bir pozisyon açıklar. AİHM, Çamyar ve Berktaş v. Türkiye (başvuru no. 41959/02, karar 15/2/11). *Gül ve diğerleri v Türkiye* kararlarına bakılabilir.

19.5 – Raporun konusu davada, ülke bütünlüğüne zarar verme kastına atıfta bulunmaktadır. Ancak *Bakur* bakımından durum böyle değildir, zira tam da belgesel çekilirken Türkiye ve PKK anlaşmaya varmak üzeredir ve barışın tesisi için görüşmeler yapılmaktadır. Bu nedenle belgesel sadece Türkiye Hükümeti'nin muhatabının gerçekçi bir temsilini ifade etmektedir.

20. 3173 sayılı Kanununun 7/2. maddesinde atıfta bulunulan suç, aynı zamanda TCK'nın 220. maddesi aracılığı ile açıklığa kavuşturulabilir. Özellikle de şaşırtıcı olmayan bir biçimde suç örgütü lehine propaganda yapma eyleminin spesifik olması gerektiğini ve hepsinden önemlisi "*bilerek ve isteyerek*" yapılması gerektiğini düzenleyen aynı maddenin 6, 7 ve 8. fıkraları (c.6) aracılığı ile bu açıklık sağlanabilir.

Bunun da ötesinde, bu düzenleme 1 ila 3 yıl arasında bir ceza öngörürken, anti-terör yasasında aynı ceza 1 ila 5 yıl arasında değişmektedir (söz konusu davada olduğu üzere, diğer basın araçları da dahil medya araçlarının kullanımı suçun ağırlaştırıcı unsuru olarak kabul edilmektedir). Bahsedilen bu durum büyük bir farka işaret etmektedir. Tam bir netlik olmadığı durumlarda ifade özgürlüğü hakkının feda edilmesi, ancak daha ağır bir yaptırımın değil – örneğin 7 yıl 6 ay kadar ağır bir yaptırım söz konusu olduğunda değil - , aksine daha hafif bir yaptırımın söz konusu olduğu durumlarda haklı görülebilir.

21. Düşünce özgürlüğünün kısıtlanmasının gerekçeleri değerlendirilirken 1 ila 5 yıla ilişkin düzenlemenin karakteristiği, kriterleri ve sınırları dikkate alınarak "bir bağlama oturtulması ve bu gerekçeler yeterli" olması zorunludur. Ayşe Çelik - Türkiye davasında (başvuru no. No. 2017/36722) Helen Duffy ve Diğerleri tarafından Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'ne sunmak üzere hazırlanan "Uzman Görüşü"nde çok yerinde bir şekilde belirtildiği üzere; yapılacak değerlendirme, iddianamenin kesinliğini, manevi unsuru (zarar verme veya kasıt, genel veya spesifik), suçu temsil eden eylemlerin hangi koşullarda gerçekleştirildiğini ve cezanın miktarını göz ardı etmeyen "bütünsel" bir değerlendirme olmalıdır. Tüm bu unsurlar ve yanısıra birçok başka unsur, savcı

tarafından hazırlanan iddianamenin hukukiliğini ve dolayısıyla düzenlenip düzenlenemeyeceğini tespit etmeye imkan sunacaktır.

4.) Sonuç ve Öneriler

22. İddianamenin hukuka aykırılıklarına dair (Türkiye'deki kanunun esası; Türkiye'deki usul düzenlemeleri ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin içtihatları ile beraberinde uluslararası düzenlemelerle ilişkili olarak) ifade ettiğimiz tüm argümanlar iki ana başlıkta özetlenebilir:

- A) iddianame genel ve muğlaktır; "propaganda yapma" olarak değerlendirilebilecek ve sanığın kendisini savunmak zorunda olduğu veya savunabileceği spesifik olgulara yönelik (belgeselin içeriğinde yer alan açıklamalar, yorumlar, sahneler) hiçbir atıf içermemektedir;
- B) Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 26. maddesi, AİHS'in 10. ve 11. maddeleri ve MSHUS'un 19. ve 21. maddeleri ile düzenlenen ifade özgürlüğü ile bir ihtilaf söz konusudur.

Belgeselin bir olgunun (somut olayda bir takım PKK yapılanmalarının) bir temsili olduğunu, ancak belgesel ile temsil edilen özne ile özdeşleşmediğini tekrarlamak gerekmektedir. Belgesel, bahsi geçen olguları, düzeyi değişken bir sempati veya aksine isteksizlik ile sunabilir. Ancak bu noktada bile, "propaganda" için temsil edileni övmek üzere açık bir kasta sahip olmalı ve temsil edilen örgüte siyasi ve hatta olgusal bir bağlılık yaratabilme amacını taşımalıdır. Yani; Suçun maddi ve manevi unsurları veya suç işleme kastı söz konusu olmalıdır. Sanık olması amaçlanan şüphelinin kendini savunabilmesi için her iki unsurun da açık ve net bir şekilde iddianamede ileri sürülmesi gerekir.

İddianamenin genelliği olgusu, hazırlanan metnin bir siyasi deklerasyondan türediğinin ve kendisini de bununla sınırladığının bir göstergesidir. Bu tür bir

metin teknik bir savunmaya olanak tanımayacağı gibi, salt siyasi bir deklarasyon da teknik anlamda suç isnadı için yeterli değildir.

İddianamelerin sayfalarca uzunlukta olduğu ve bu uzun sayfalardan hangisinin şüphelinin sorumlu tutulduğu olguları içerdiğinin net olmadığı diğer birçok davanın aksine, bu spesifik davada iddianame - olması gerektiği gibi - oldukça kısadır. Ancak hala ceza kanununun ihlalini oluşturan olgulara dair açık bir referans içermekten yoksundur.

Bu çok daha ciddi bir soruna işaret etmektedir. Zira norm (yani propaganda kavramı) çok bulanık sınırlara sahiptir ve bu muğlaklık sıklıkla ifade hakkının ve hatta düşünce özgürlüğünün ihlaline yol açmaktadır.

Bu noktada iki öneride bulunmanın gerekli olduğunu düşünüyoruz:

A) Savcılar iddianame düzenlerken, cezai sorumsuzluğu ortaya koyan hususları da gözardı etmeksizin, suçlamanın ardındaki olgulara sıkı sıkıya bağlı kalmalı ve kendilerini asla siyasi bir duruşla sınırlamamalıdır.

B) Türkiye'deki siyasi otorite 3713 sayılı Kanunun 7/2. maddesini "propaganda yapma" ifadesi yönü ile yeniden değerlendirmelidir: 2013 ve 2019 yıllarında yapılan değişikliklere rağmen bu terim hala uluslararası düzenlemelerin gerektirdiği ölçüde kesin ve somut değildir.

Yazar Hakkında

Ezio Menzione ceza hukuku alanında uzman bir avukat olup, birçok defa Pisa Ceza Hukukçuları Birliği'nin başkanlığını üstlenmiştir. Kendisi Ceza Hukukçuları Birliği Konseyi'nin üyesi olup, ulusal anlamda önem taşıyan çok sayıda yargılamada savunma avukatı olarak görev almıştır.

Menzione, cinsel yönelim konusu başta olmak üzere azınlık tüm meslek yaşamı boyunca azınlık hakları ile ilgilenmiştir. Bu konu ile ilgili olarak çok sayıda makale ve deneme yayımlamış olup, yanı sıra 1996 senesinde "Homoseksüellerin Hakları" başlıklı bir kitap da yayımlamıştır. Kendisi sıklıkla azınlıkların sorunlarının ele alındığı konferans ve seminerlere katılım göstermektedir.