



AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

İKİNCİ DAİRE

DİNK / TÜRKİYE

(Başvuru no. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09)

KARAR

STRAZBURG

14 Eylül 2010

KARARIN KESİNLEŞTİĞİ TARİH

14/12/2010

Bu karar, AİHS'nin 44 § 2 maddesinde belirtilen koşullar çerçevesinde kesinleşmiştir. Şekli düzeltmelere tabi olabilir.

Dink / Türkiye davasında,*Başkan*

Françoise Tulkens,

Yargıçlar

Ireneu Cabral Barreto,

Dragoljub Popovic,

Andras Sajo,

Nona Tsotsoria,

Işıl Karakaş,

ve *Daire Yazı İşleri Müdürü* Stanley Naismith'in katılımıyla oluşturulan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Dairesi) heyeti yapılan müzakereler sonrasında 6 Temmuz 2010 tarihinde aşağıdaki kararı vermiştir:

USUL

1. Türkiye Cumhuriyeti aleyhine açılan (no.2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09 no'lu) toplam beş adet dava, altı Türk vatandaşı Hrant Dink adıyla bilinen Fırat Dink (müteveffa), Rahil Dink, Delal Dink, Arat Dink, Sera Dink ve Hasrof Dink'in (başvuranlar), İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşme'nin (Sözleşme) 34. maddesi uyarınca yapmış oldukları başvurudan ibarettir. 2668/07 nolu başvuru Fırat Dink tarafından 11 Ocak 2007 tarihinde, diğer başvurular ise sırasıyla 18 Aralık 2007, 21 Mayıs 2008, 27 Kasım 2008 ve 22 Aralık 2008 tarihlerinde Rahil, Delal, Arat ve Sera Dink tarafından Fırat Dink'in ölümünden sonra yapılmıştır. Öte yandan 7072/09 nolu başvuruda ise Hasrof Dink başvuran olarak yer almaktadır.

2. Davada, başvuranlar, İstanbul'da görev yapan avukatlar F.Çetin, U.D.Tuna, A.Becerik ve H.Bakırcıoğlu tarafından temsil edilmektedirler. Türk Hükümeti ("Hükümet") ise kendi görevlisi tarafından temsil edilmektedir.

3. Başvuranlar özellikle, Ermeni kökenli bir Türk gazeteci olan Fırat Dink aleyhine, Türk Ceza Kanununun 301. maddesinde öngörülen bir suç olan "Türklüğü

aşağılamaktan¹ dolayı verilen mahkûmiyet kararı nedeniyle Sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiğini ve ulusal makamların Fırat Dink'in yaşamının korunması konusunda ihmal göstermeleri (Fırat Dink, Yargıtay kararının onamasından kısa bir süre sonra üçüncü bir kişi tarafından öldürülmüştür) nedeniyle Sözleşmenin 2. maddesinin de ihlal edildiğini ileri sürmektedirler.

4. AİHM, 26 Mayıs 2009 tarihinde, başvuruları birleştirmeye (İçtüzüğün 42. maddesinin 1. fıkrası) ve bunları Hükümet'e bildirmeye karar vermiştir. Ayrıca başvurunun kabul edilebilirliği ve esası hakkında birlikte karar vereceğini bildirmiştir.

5. Başvuranlar gibi Hükümet de yazılı ek görüşlerini sunmuştur (İçtüzüğün 59. maddesinin 1. fıkrası).

OLAY VE OLGULAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

6. Başvuranlar Fırat Dink (müteveffa), Rahil Dink, Delal Dink, Arat Dink, Sera Dink ve Hasrof Dink, Türk vatandaşları olup, sırasıyla 1954, 1959, 1978, 1979, 1986 ve 1957 doğumludurlar ve İstanbul'da ikamet etmektedirler. Birinci başvuran Fırat Dink, 19 Ocak 2007 tarihinde öldürülmüştür. Diğer başvuranlar ise Fırat ve Rahil Dink'in çocuklarıdır.

Fırat Dink tarafından yapılan 2668/07 nolu başvuru ile öteki başvurular Fırat Dink'in ölümünden sonra diğer başvuranlarca yapılmıştır. Öte yandan Hasrof Dink yalnızca 7072/09 nolu başvuruda başvuran olarak yer almaktadır.

7. İlk başvuran Fırat Dink, 1996 yılından beri İstanbul'da haftalık olarak iki dilde yayımlanan Türk-Ermeni *Agos* gazetesinin genel yayın yönetmeni ve başyazarıdır.

A. Birinci başvuran tarafından kaleme alınan sekiz makalelik yazı dizisi

8. İlk başvuran, 7 Kasım 2003 ve 13 Şubat 2004 tarihleri arasında *Agos*'ta Ermeni kökenli Türk vatandaşlarının kimlik sorununa ilişkin görüşlerini sunduğu sekiz

¹Ceza Kanununun 301. maddesinde (eski 159. madde) yer alan "Türklük" ifadesi, kararda "*turcité*", bazı yazarlar tarafından ise "*turquitude*" olarak tercüme edilmiştir.

makalelik bir yazı dizisi yayımlamıştır. Söz konusu yazı dizisinde işlenen konular şu şekildedir:

9. “*Kuşaklara dair*” başlıklı birinci makalede, yazı dizisinin, kimlik sorunları hakkında Ermeni diasporasında tartışılan konulara ilişkin olarak Türkiye’de yaşayan Ermenileri bilgilendirme amacı taşıdığı belirtilmektedir.

10. “*Kilise’nin rolü*” başlıklı ikinci makale, Ermeni kimliği ve ulusunun oluşturulmasında Ermeni Kilisesi’nin rolünü ele almaktadır.

11. “*Kaç Vartan’ın Çocukları*” başlıklı üçüncü makale, “Vartanyanların” tarihi aracılığı ile dinin ve milliyetçiliğin Ermeni kimliği üzerindeki etkisini ve Sovyetler Birliği’nin çöküşünün ardından Ermeni kimliğinin gelişimini incelemektedir.

12. “*Pratik Kimliğin Teorisi*” başlıklı dördüncü makalede, ekonomik nedenlerle kısmen zorlama ve kısmen de kışkırtma neticesinde yaşanan 1915 tarihli göç olayının, Ermeni kimliğini bozduğu ve bu kimliği batılı değerlere uygun hale getirme çabalarının da söz konusu bozulmayı hızlandığı açıklanmaktadır.

13. “*Batı: Cennet ve Cehennem*” başlıklı beşinci makale, Batı ülkelerine yerleşen Ermeni Diasporasının mensuplarının, Ortadoğu ya da Müslüman ülkelerde bulunanlardan farklı olarak, kimliklerinin bozulduğunu ileri sürmektedir.

14. “*Ermeni’nin Türk’ü*” başlıklı altıncı makale, her diasporanın kendi kimliğini koruyabilmek için özel nedenlere ihtiyaç duyduğunu ve Ermenilerin soykırım mağduru olarak kabul edilmeleri konusundaki saplantının kendilerinin var olma sebebi haline gelmesi nedeniyle tıpkı Yahudi diasporasında olduğu gibi Ermeni diasporasının da geçmişinde soykırım izlerinin bulunduğunu ifade etmektedir. Nitekim soykırımın tanınmaması Ermeni kimliğinin bozulmasında da etken olmuştur. Başvuran, bu makalede ayrıca, Yahudi soykırımının Almanlar tarafından daha önce tanınmasının aksine, Ermenilerin de (soykırımın tanınması yönündeki) ihtiyaçları karşısında Türklerin duyarsızlık göstermeleri nedeniyle Ermenilerin yaşadığı travmanın halen devam ettiğini bildirmektedir. Bu makaleye göre, Türklerin ve Ermenilerin birbirlerine karşı olan bakış açıları Türklerin paranoya durumu ve Ermenilerin ise travma yaşamaları nedeniyle değişmiştir. Türklerin 1915 olaylarına ilişkin olarak empati göstermemekte ısrar etmeleri halinde, Ermeni kimliğinin tanımlanması konusundaki rahatsızlık devam edebilecektir. Makalede, Ermeni kimliğindeki Türk unsurunun aynı zamanda hem zehir hem de panzehir olduğu sonucuna varılmaktadır.

15. “*Türk’ten Kurtulmak*” başlıklı yedinci makale, Ermeni kimliğinin, bünyesindeki Türk bileşeninden iki yolla kurtulabileceğine işaret etmiştir: Kısa vadede gerçekleşmesi zor görünen ilk yol, Türklerin Ermenilere empati göstermesidir; daha olası görünen ikinci yol ise, tüm dünya ve Türkler tarafından 1915 olaylarına ilişkin kabul edilen nitelendirmeye karşılık Ermenilerin de bu konuya ilişkin kendi nitelendirmelerini ortaya koyarak bünyelerindeki Türk unsurundan kurtulmalarıdır. Bu bağlamda Dink, Ermenilere bu imkânın tanınmasının ya da tanınmamasının vicdan ve insanlık sorunu olduğunu ifade etmiştir. Soykırımı tanınmaları için Türklere baskı yapmak yerine, Ermenilerin, gayretlerini yeni Ermeni Devletinin varlığını sürdürmesine ve refahını sağlamaya yoğunlaştırmaları gerekmektedir.

16. “*Ermenistan’la Tanışmak*” başlıklı sekizinci makede, başvuran, yazı dizisindeki mantığı izleyerek şu cümleyi kullanmıştır: “*Türk’ten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan, Ermeni’nin Ermenistan’la kuracağı asil damarında mevcuttur, yeter ki Ermeni bu mevcudiyetin farkında olsun*”. Dink, Ermeni makamların, diaspora ile ülke arasındaki bağları güçlendirmek için daha aktif şekilde çalışmaları gerektiği zira, bunun ulusal kimliğin daha sağlıklı oluşmasına imkan sağlayacağı kanaatine varmıştır.

17. Bu arada, *Agos* gazetesi, 2004 yılının Şubat ayında, Türkiye’de modern kadının sembolü ve ünlü pilot, Atatürk’ün evlatlık kızı S.G.’nin, Ermeni kökenli olduğunu belirten bir makale yayımlamıştır. Bu durum, ilgili makede Atatürk imgesinin zedelenmesine yönelik bir girişimin söz konusu olduğunu gören aşırı ulusalcı gruplara üye olan kişilerin, protestolar ve tehdit mektupları gibi reaksiyonlar göstermelerine neden olmuştur. Bu tepkilerin bazıları da yetkililerin bilgisine sunulmuştur. İstanbul Vali Yardımcısı, başvuran Fırat Dink’i bu tepkilerin neden olduğu güvenlik sorunları hakkında görüşmek için bürosuna davet etmiştir. Bu görüşme sırasında, Fırat Dink, kendi gazetesinde bu tür tepkilere neden olacak makaleleri yayımlamaya devam etmesi halinde, güvenlik güçlerince güvenliğinin sağlanamayacağı konusunda uyarılmıştır.

B. Fırat Dink hakkında açılan ceza davası

18. Aşırı ulusalcı bir gruba üye militanlar, 27 Şubat 2004 tarihinde, *Agos* gazetesi binası önünde başvurana karşı tepkilerini göstermek amacıyla gösteri yapmışlardır. Aynı gün, bu grup üyelerinden biri olan Avukat M.S., başvuranın “*Türk’ten boşalacak*

o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan, Ermeni'nin Ermenistan'la kuracağı asil damarında mevcuttur" cümlesiyle Türklere hakaret ettiğini ileri sürerek, ilgili hakkında Şişli Başsavcılığı'na (İstanbul) şikayette bulunmuştur. Ayrıca M.S., Ermenileri yabancı güçlerin etkisiyle Türklere karşı isyan ve ihanet etmeye kışkırtmakla suçlamıştır.

19. Şişli Başsavcılığı (İstanbul) 16 Nisan 2004 tarihinde, "Türklüğü" tahkir suçunun cezalandırılmasını öngören Türk Ceza Kanununun 159. maddesi gereğince Şişli Asliye Ceza Mahkemesi'nde başvuran aleyhine ceza davası açmıştır. Savcı, başvurunu "*Ermenistan'la Tanışmak*" makalesinde "*Türk'ten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan, Ermeni'nin Ermenistan'la kuracağı asil damarında mevcuttur*" cümlesini kullanmakla suçlamıştır.

20. Şişli Asliye Ceza Mahkemesi'ndeki yargılama boyunca, duruşmaların öncesinde ve sonrasında birçok ulusalcı grup üyesi, Fırat Dink aleyhine gösteriler yapmışlardır. Bu grubun bazı üyeleri, avukatlar, siyasi parti veya dernek üyeleri, Dink'in Türk kanını "zehir" olarak nitelendiren söylemlerinden dolayı Türk olmaları hasebiyle saldırıya uğradıkları gerekçesiyle mahkemede davaya müdahil olma talebinde bulunmuşlardır. Başvuranın avukatları, davaya söz konusu aşırı ulusalcı kişilerin katılmasına izin verilmesinin, davayı ayırım gözeten bir dava haline getireceği gerekçesiyle (Ermeni asıllı bir vatandaşın söylemlerinden mağdur olan Türk asıllı vatandaşlar sıfatıyla) bu taleplere itiraz etmişlerdir. Buna rağmen, Asliye Ceza Mahkemesi söz konusu kişilerin müdahillik taleplerini kabul etmiştir.

21. Mahkeme, 14 Aralık 2004 tarihinde ceza hukuku alanında uzman üç öğretim üyesini, başvuran tarafından kaleme alınan ihtilaf konusu yazı dizisini incelemek üzere bilirkişi olarak görevlendirmiştir. Bilirkişiler raporlarını, 15 Mayıs 2005 tarihinde sunmuşlardır. Bilirkişiler raporlarında öncelikle, tahkir suçunu oluşturan unsurları ve bu suçun Sözleşme sistemi ile güvence altına alınan ve korunan ifade özgürlüğü kapsamına girdiğini hatırlatmışlardır. Bilirkişiler, söz konusu sekiz makalenin tümünü inceledikten sonra, başvuranın "zehir" kelimesi ile nitelendirdiği şeyin Türk kanı olmadığı; Ermenilerin 1915 olaylarının soykırım olarak nitelendirilmesi yönündeki saplantısı olduğu sonucuna varmışlardır. Nitekim başvurana göre bu saplantı, Ermeni kimliğinin başlıca bir unsuru haline gelmiş ve bu durum Ermeniler için de zaman kaybı ve zaafiyet kaynağı olmuştur. Bilirkişilere göre, başvuranın söylemleri, Türklere yönelik olmayıp; başvuranın ifadesi ile Ermeni kimliğinin eleştirilebilir bir özelliğine yöneliktir. Bilirkişilere göre bu ifadeler kimseyi tahkir ya da tezyif etmemektedir. Tarihi olayların

değerlendirilmesi, ifade özgürlüğü kapsamında korunduğu için 1915 olaylarının soykırım olarak nitelendirilmesi suç teşkil etmemektedir.

22. Tek bir hâkimden oluşan Şişli Asliye Ceza Mahkemesi, 7 Ekim 2005 tarihli kararla, başvurunu Türklüğü tahkir etmekle suçlayarak, altı ay hapis cezasına mahkûm edilmesine ve bu cezanın ertelenmesine karar vermiştir. Gazete okuyucularının, söz konusu yazıların sonucunda, yazar tarafından kullanılan ifadelerin gerçek anlamını kavramak için yazı dizisinin tamamını okumak zorunda olmadıklarına kanaat getiren hâkim, başvurunu, “*Ermenistan’la Tanışmak*” başlıklı makalesindeki ifadelerinden dolayı suçlu bulmuştur. Bu bağlamda hâkim, ifade özgürlüğünün sınırsız olmadığını, yasayla veya ahlaken sınırlandırılabilineceğini dolayısıyla her halükarda hakaret ve aşağılayıcı söylemlerin koruma altına alınmadığını hatırlatmıştır.

23. Asliye Ceza Mahkemesi, her ülkenin ahlaki değerlerinin farklı olduğunu ve kimi ülkelerde üzerinde ulusal bayrağın renkleri bulunan pantolon giymek hoş karşılanırken kimi ülkelerde ise bir ineğe dokunmanın, vatandaşların büyük tepkisine neden olabileceğinin altını çizmiştir. Mahkeme, Türkiye’de “kan”dan bahsedildiğinde, bunun halkta, vatani kurtarmak için dökülen şehitlerin kanını çağrıştırdığına kanaat getirmiştir. Yazar Fırat Dink, Türk kanını “zehir” olarak nitelendirerek, onu “kirli” bir unsur olarak göstermiş ve ona hakaret etmiştir. Asliye Ceza Mahkemesi, suçun manevi unsurlar açısından, yazarın diaspora gençlerini Ermenistan’a gitmeye ve tanımaya, böylece kimliklerini güçlendirmeye özendirmesinin, Türkiye Ermenilerini Ermenistan’a entegre etme niyetinde olduğunu göstermektedir.

24. Birinci sırada ismi yazılı başvuranın avukatları ve müdahiller 7 Ekim 2005 tarihli kararı temyiz etmişlerdir. Birinci başvuranın avukatları; bir öğretim görevlisi ile eski Yargıtay Başkanı’nın sunduğu görüşü Yargıtay önünde ileri sürmüşlerdir. Nitekim eski Yargıtay Başkanı’nın bu görüşüne göre, Fırat Dink tarafından Ermenilerin kimliği için “zehir” olarak nitelendirilen şeyin 1915 olaylarının soykırım olduğunu Türklere kabul ettirme saplantısı olmasına rağmen, ilk derece mahkemesi “zehir” kelimesinin “Türk kanı” anlamına geldiği kamsına vararak söz konusu cümleyi yanlış anlamış ve yanlış yorumlamıştır. “Savunmanın iddiasına göre, başvuranın beyanlarından, Ermenilerin kendi iç huzurlarına odaklanarak, Türklere karşı saplantılı kinden kurtulmadan Ermeni kimliğinin gelişmeyeceğinin söylendiği açıkça anlaşılmaktadır. İlk derece mahkemesi hâkimi, Türklüğün, Türk etnik kökenli vatandaşların Türklüğüyle sınırlı olduğunu değerlendirerek, sadece “Türk vatandaşlığının” etnik ya da ırksal hiçbir

ayrım gözetmeksizin tüm vatandaşları kapsadığını düzenleyen anayasal ilkeyi ihlal etmekle kalmamış; aynı zamanda Türk kökenli bir hâkim olarak kendi tarafsızlığı konusunda da şüphe uyandırmıştır. Başvuranın avukatları ayrıca, hâkimin bu görüşünün, aşırı ulusalcı olarak tanınan kişilerin müdahillik taleplerini kabul etmesine sevk ettiğini de ileri sürmüşlerdir. Başvuranın avukatları, ifade özgürlüğü, özellikle de demokratik bir toplumda basın özgürlüğüne ilişkin AİHM içtihatlarının ana ilkelerini hatırlatarak, Şişli Asliye Ceza Mahkemesi'nin somut olayda bu özgürlüğü gereğince korumadığı sonucuna ulaşmıştır.

25. Yargıtay Savcısı, ilgili ceza dairesine sunduğu görüşlerinde, itiraz edilen kararın bütün hükümleri ile bozulmasını ve davanın, esasa bakan hâkimlere iade edilmesini talep etmiştir.

26. Yargıtay (9. Ceza Dairesi), 1 Mayıs 2006 tarihli kararla, ilk derece mahkemesi kararının başvuranın mahkûmiyetine ilişkin bölümünü onamış; müdahillik taleplerinin kabulü hakkındaki bölümünü ise bozmuştur. Daire, Dink'e isnat edilen olay ve olgular hakkında, ilgilinin konumunu, yayının amacını ve yayının özellikle hitap ettiği okuyucuların algılayış şeklini göz önünde bulundurarak, ihtilaf konusu cümlelerin - "Türk'ten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan, Ermeni'nin Ermenistan'la kuracağı asil damarında mevcuttur"- Türklüğe tahkir suçunu oluşturduğunu şüphe götürmeyeceği kanaatine varmıştır. Ayrıca Daire, bir toplumu yüceltirken diğerini aşağılamanın Sözleşmeyle güvence altına alınan ifade özgürlüğü çerçevesinde korunamayacağı kanısına varmıştır.

27. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, 6 Haziran 2006 tarihinde, başvuranın mahkûmiyetini onayan 1 Mayıs 2006 tarihli karara karşı Ceza Genel Kurulu önünde olağanüstü kanun yoluna başvurmuş ve 7 Ekim 2005 tarihli kararın tüm hükümleriyle iptal edilmesini talep etmiştir. Başsavcı, söz konusu makaleyle hedeflenen okuyucu kitlesinin daha ziyade Ermeni kökenli yurttaşlar olduğunu ve ihtilafli cümlelerin sekiz makalelik yazı dizisinin parçasını oluşturan bir makalede yer aldığını ifade etmiştir. Başsavcı, Ceza Genel Kurulunun tahkir konusundaki içtihadını ve Mahkemenin ifade özgürlüğüne ilişkin içtihadını hatırlattıktan sonra, ifade özgürlüğünün korunmasında Devletin pozitif yükümlülüğüne vurgu yapmıştır. Başsavcı, burada demokrasinin iyi işlemesi ve sosyal barışın sağlanması için temel bir özgürlüğün söz konusu olduğuna kanaat getirmiştir. Başsavcıya göre, Devlet, etkili bir koruma sistemi kurarak, fikirlerin ve düşüncelerin, rahatsız edici ve hatta sarsıcı nitelikte olsalar dahi korkusuzca ifade

edilmesine izin verecek kamusal bir tartışma ortamı yaratmakla yükümlüdür. Başsavcı, daha sonra ihtilafli cümlenin muğlak olduğunun ve iki şekilde de yorumlanabileceğinin altını çizmiştir: Cümlenin bir kısmının Türkleri hedef aldığı, kanlarını “zehir” olarak nitelendirdiği ve Türklere yönelik bir tahkir bulunduğu düşünülebilir; ya da tüm cümlenin Ermeni kökenli vatandaşlara yönelik olduğu ve “Türk” sözcüğünün Ermenilerdeki “Türk algısı” anlamında kullanıldığı değerlendirilmesinin de yapılabileceğini belirtmiştir. Başsavcı, yazar tarafından kaleme alınan yazı dizisi incelendiğinde, bütün makalelerin birbirine bağlı olduğunun ve her bir makalenin bir öncekinde ifade edilen fikirleri yeniden ele alarak başladığının yalnızca tespit edilebildiğini belirtmiştir. Başsavcı, sekizinci makalenin başında kullanılan tartışma konusu cümlenin, bir kelime oyunuyla, altıncı ve yedinci yazılarda ifade edilen görüşleri yeniden ele aldığına dikkat çekmiştir. Cümle bu bağlamda okunduğunda, “zehirli kan”ın Türklerin kanı olmadığı, 1915 olaylarının soykırım olduğunu Türklere kabul ettirme saplantıları nedeniyle, bu zehirli kanın Ermenilere ait olduğu anlaşılmıştır. Bu saplantı, Ermenilerin “kanını”, başka bir deyişle dünyayı algılayışlarını ve kimliklerini kirletmiştir. Başsavcı, yazarın bu niyetinin cümlenin ve sekizinci makalenin devamında açıkça anlaşılabilir olduğu kanaatine varmıştır. Yazılar, tamamından haberdar olmayan toplumun bir kısmında, abartı ve tepkilerle oluşan polemiklere neden olsa dahi, tartışma konusu söylemlerin yazarın niyeti ışığında yorumlanması gerekmektedir. Bu bağlamda, Başsavcı, sanığın niyetine ilişkin her kuşkunun sanığın lehine değerlendirilmesi gerektiğini hatırlatmıştır. Ayrıca, Başsavcı, ifade özgürlüğüne getirilen kısıtlamaların ahlak kurallarına dayanmaması ve yasayla öngörülmemesi nedeniyle, ilk derece mahkemesi kararına itiraz etmiştir. Başsavcı, ayrıca, Ermeni kökenli vatandaşların Lozan Antlaşması uyarınca azınlık statüsünden yararlanan Türk vatandaşları olduklarını hatırlatmıştır. Sonuç olarak, Başsavcı, yazarın Atatürk’ün sözlerini (Türk gençliğinin Cumhuriyet değerlerini korumak için “gerekli olan kudret”i “damarlarındaki asil kan”da bulacağı yönündeki sözleri) kullanarak ve değiştirerek, bazı Türk vatandaşlarının Ermeni kimliğini korumayı amaçladığı ve hiçbir şekilde Türklüğe hakaret etmediği kanaatine varmıştır.

28. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 11 Temmuz 2006 tarihinde altıya karşı on sekiz oyla Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından yapılan itirazı reddetmiştir. Kurul, esasen “Türk'ten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan, Ermeni'nin

Ermenistan'la kuracağı asil damarda mevcuttur" cümlesinin Türklüğe tahkir oluşturduğu değerlendirmesinde bulunmuştur.

Yargıtay Genel Kurulu, bu sonuca ulaşırken Ceza Kanununun 159. maddesi ile koruma altına alınan "Türklüğün" tanımını yapmıştır: Kurula göre, Türklük, Devletin insan unsuruna yani Türk milletine atıfta bulunmaktadır. Esasen Türklük, "insani, dini, tarihi değerler ile milli dil, milli duygular ve milli geleneklerden oluşan ulusal ve manevi/ahlaki değerler bütününden" oluşmuştur. Ceza Genel Kurulu ayrıca, bu hüküm ile korunan manevi şahsiyetlere yönelik aşağılayıcı, küçük düşürücü ve onur kırıcı her hareketin, suçun maddi unsurunu oluşturduğu değerlendirmesinde bulunmuştur. Hangi tür fiil ya da nitelendirmelerin « tahkir suçunu oluşturabileceği », toplumda hâkim olan ortalama anlayış, örf ve adetlere göre belirlenmelidir. Ayrıca Ceza Genel Kurulu, Türk Ceza Kanunu'nun 159. maddesi uyarınca korunan manevi şahsiyetlere yasa koyucunun sağlamak istediği saygı ve koruma niyetini zedeleyip aşağılama amacıyla hareket edilmesi suçun manevi unsurunu oluşturduğu kanısına varmıştır.

Ceza Genel Kurulu kararına şu şekilde devam etmiştir:

«Sanık, Mustafa Kemal Atatürk'tün "Muhtaç olduğun kudret, damarlarındaki asil kanda mevcuttur" sözünü kullanarak ve ardından ustaca bir üslupla değiştirerek "Türk'ten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan, Ermeni'nin Ermenistan'la kuracağı asil damarda mevcuttur" demek suretiyle Türklüğü aşağılamıştır.

Kurul bu sonuca ulaşırken, sadece bu cümleyi göz önünde bulundurmamış, aynı zamanda 8 yazının birbirini izleyen seri yazılar olduğunu ve özellikle konuyla ilgili olarak 6, 7 ve 8. yazıların birlikte değerlendirilmesi gerektiğini dikkate almıştır. Diğer yandan, Kurul, Ermeni kökenli bir Türk vatandaşı olan yazarın tarihi olaylara ilişkin bakış açısına katılmamakla birlikte, yazarın görüşlerinin ifade özgürlüğü kapsamında korunduğunu hatırlatmaktadır.

Ayrıca, Türkiye Cumhuriyetine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkesin Türk olarak kabul edildiğini belirten Anayasa'nın 66. maddesine dayanan, her türlü ayrımcılığı reddeden Anayasa ve Ceza Kanunu hükümlerini göz önünde bulunduran ve Ermeni kimliğinin Lozan antlaşması ile azınlık olarak kabul edildiğini hatırlatan Ceza Genel Kurulu, Ermeni kökenli Türk vatandaşlarının Ermeni kimliğinin korunmasını savunmak için bu güvencelerden yararlandığını kabul etmiş ve sanığın bu fikirleri ile söz konusu suçun maddi ve manevi unsurları arasında herhangi bir nedensellik bağı kurmamıştır.

Birbirini izleyen her yazının bir önceki yazıda dile getirilen fikirlerin bir özetiyle başlaması ve bu tespitin sekiz makale için de geçerli olmasına karşın, Ceza Genel Kurulu, ilk derece mahkemesi önünde bilirkişilerin sunduğu değerlendirmelere ve Başsavcının mütalaasına katılmamıştır. Bu değerlendirmelere göre, kan sözcüğünde geçen "zehir" ve "Türk" ifadeleri ile sırasıyla Ermeni kimliğini bozan saplantı ve Ermeniler tarafından Türklüğün reddi olgusu kastedilmiştir.

Yazar, Türk-Ermeni ilişkilerini ve tarihsel gelişimi kendi bakış açısıyla yorumlarken Türkler için "paranoya" kelimesini, Ermeniler için ise "travma" ifadesini kullanmış ve 7. makede de Ermeni dünyasının yaşadığı tarihi dramın gerçekliğinin farkında olduğunu ve bu gerçekliğin bütün dünyanın ve Türkiye'nin kabul edeceği değerlendirmeye göre değişmeyeceğini dile getirmiştir. Yazar, aynı zamanda "Herkesi vicdaniyla baş başa bırakmak için çok geç olmadığını", ve "bu [soykırım] gerçekliği kabul edip etmemenin, esasen herkesin vicdani sorunu olduğunu, bu vicdanın da temelini insanlığın ortak değerlerinden ve insan kimliğimizden aldığını" belirtmiştir. Yazar, dolayısıyla "gerçeği kabul edenlerin özellikle kendi insanlıklarını arındırdıkları" sonucuna varmıştır. Bu koşullar altında, Ceza Genel Kurulu, yazarın bu son açıklamaları ışığında okunan, "zehirli kana" ilişkin aşağılayıcı cümlenin kötü niyetle ve Türklere hakaret etmek amacıyla kullanıldığı kanısına varmıştır.

Günlük yazının yayımlandığı gazetenin türü, yazarın konumu, günlük yazının hitap ettiği okuyucu kitlesi ile yazının muhatap kitle tarafından algılanma biçimini göz önünde bulunduran Ceza Genel Kurulu, ihtilaf konusu ibarenin Türklüğü tahkir edici nitelikte bulunduğunu, esasen bu amaçla kaleme alındığı ve bir toplumu yüceltirken bir başka toplumu aşağılamanın eleştirisi ve ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemeyeceği/korunamayacağı sonucuna ulaşmıştır.

Ceza Genel Kurulu, 7 Ekim 2005 tarihli Yerel Mahkeme kararının gerekçesinde yetersizlikler bulunmasına rağmen, 9. Ceza Dairesi'nin bu kararı haklı olarak onadığına ve dolayısıyla Başsavcı tarafından yapılan olağanüstü temyiz başvurusunun reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir."

Yirmi dört yüksek yargıçtan başkanın da dâhil olduğu altı yargıç, olağanüstü kanun yolunda, ilk derece yargılamasındaki bilirkişilerin ve özellikle de Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın ifade ettiği görüşlerinin genel olarak ele alındığı ve genişletildiği muhalif yazıları kaleme almışlardır.

29. 12 Mart 2007 tarihinde, Asliye Ceza Mahkemesi, Yargıtay tarafından usul bakımından yeniden gönderilen davanın Fırat Dink'in ölümü nedeniyle düştüğüne karar vermiştir.

C. İlk başvuranın öldürülmesi ve şüpheliler hakkında yürütülen ön soruşturma

30. Başvuran, Fırat Dink, 19 Ocak 2007 tarihinde, İstanbul'da kendi yayın organı olan *Agos* Gazetesi'nden ayrıldığı sırada başına aldığı üç kurşun darbesiyle öldürülmüştür. Saldırıyı gerçekleştirdiği iddia edilen fail, 17 yaşındaki O.S., daha sonra Samsun'da yakalanmıştır.

31. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından başlatılan ve İstanbul Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şubesi ekiplerince yürütülen hazırlık soruşturmasında,

şüphelinin aşırı ulusalcı bir grubun üyesi olduğu ve üyeleri arasında bulunan E.T. ve Y.H.'nin Trabzon'da, özellikle Mc Donalds restoranına ve ayrıca bir rahibe karşı düzenlenen saldırı olayları gibi, bazı şiddet eylemlerine karıştıkları anlaşılmıştır. Aynı soruşturmanın sonuçları, söz konusu aşırı ulusalcı grupla, aşırı milliyetçi bir siyasi parti olan Büyük Birlik Partisi ve onun gençlik örgütü olan "Alperen Ocakları" arasında bazı bağlantılar olduğunu göstermiştir. Daha sonra, soruşturmada, aynı grup ile "Ergenekon"² ismiyle bilinen gizli örgüt arasında da bir bağ kurulabileceği ortaya çıkmıştır.

32. Ayrıca, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından toplanan ve Türk medyasına da yansıyan ifadelerle göre, Jandarma İstihbarat birimindeki astsubaylar ve Trabzon Emniyet görevlileri şüphelilerle sürekli (tekrarlanan biçimde) irtibat halindedirler.

33. Daha sonra, İstanbul Başsavcılığı'nın soruşturması sonucunda, cinayetin azmettiricisi olmak ve faile yardım etmekle suçlanan Y.H. ve E.T.'in Trabzon Emniyet Müdürlüğü tarafından tanındıkları ve izlendikleri tespit edilmiştir. Ayrıca, Trabzon polislerinin muhbirlerinden biri olan E.T., polisleri daha önce Y.H.'nin Fırat Dink'i öldürme hazırlığı içinde olduğu konusunda bilgilendirmiştir. Trabzon Emniyet Müdürlüğü, İstanbul Emniyet Müdürlüğü'nü, Y.H.'nin Fırat Dink'in öldürülmesini planladığı, adli sicilinin ve kişiliğinin de bu suçu işlemeye elverişli olduğu konusunda, 17 Şubat 2006 tarihinde, resmi olarak haberdar etmiştir. İstanbul Emniyet Müdürlüğü söz konusu istihbarat üzerine herhangi bir işlem yapmamıştır.

34. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı 20 Nisan 2007 tarihli iddianame ile on sekiz sanık hakkında kamu davası açmış ve adı geçenleri, terör eylemleri düzenlemek ve adam öldürmek için suç örgütü oluşturmak, bu örgütün üyeleri veya yöneticileri olmak veya bu eylemlerin azmettiricisi olmakla suçlamıştır. Bu dava, İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi'nde halen derdesttir.

² Siyasi rejimi bozma ve laiklik ile ulusal çıkarları koruma bahanesiyle askeri müdahaleyi kolaylaştırmaya yönelik terör eylemlerinde buldukları gerekçesiyle sözde üyeleri mahkemeye verilen gizli örgüt.

D. Trabzon Jandarma Komutanlığı'nda görevli bazı kişiler hakkında yürütülen ceza soruşturması

35. İçişleri Bakanlığı'nın 22 Şubat 2007 tarihli kararıyla, cinayette Trabzon Jandarma Komutanlığı'nın sorumluluğunun bulunup bulunmadığını araştırmak için İçişleri Bakanlığı ve Jandarma Genel Komutanlığı müfettişleri ortak bir soruşturma başlatmışlardır. Bir muhbir-tanık olan C.I.'nın, V.S. ve O.S.'yi bu cinayetin işleneceğinden haberdar ettiğini ileri sürmesi ve Trabzon Jandarma Komutanının bu beyanları reddetmesi nedeniyle, müfettişler, bu olaya karışmış olan, aralarında Jandarma istihbarat servisinden V.S. ve O.S. isimli iki astsubayın, onların üstü olan subay ve astsubayların ve Trabzon Jandarma Komutanının bulunduğu sekiz Jandarma görevlisinin istihbarat sağlamada ve saldırıyı önlemede ihmal ya da dikkatsizliğin bulunup bulunmadığını araştırmakla görevlendirilmişlerdir. Soruşturma sırasında, müfettişler tarafından sorgulanan Trabzon Jandarma görevlileri, Fırat Dink'i öldürme hazırlıklarından bir muhbir vasıtasıyla haberdar edilmiş olduklarını inkâr etmişlerdir.

36. 2 Nisan 2007 tarihli mütalaa ile müfettişler, çoğunluk kararıyla, Trabzon Jandarmasına mensup, özellikle de istihbarat toplamakla görevli olan dört kişi hakkında ceza davası açılması için izin verilmesini talep etmişlerdir. Bakanlık müfettişleri, söz konusu jandarmaların, azmettirici olmakla itham edilen kişilerin planlarını kamusal alanda yakın çevrelerine aleni olarak dile getirmeleri, Fırat Dink'in fotoğrafını öldürülecek kişi olarak göstermeleri, açık havada cinayet silahını denemeleri ve bir internet kafede eylemi planlamaları nedeniyle cinayetin hazırlık aşamasından haberdar olmaları gerektiği kanısına varmıştır. Jandarma müfettişleri aynı kanıda değildirler.

37. 4 Nisan 2007 tarihli kararıyla Trabzon Valisi, C.I. isimli muhbirin cinayet hazırlıklarına ilişkin bütün bilgileri doğrudan ilettiğini söylediği V.S. ve O.S. hakkında kamu davası açılmasına izin vermiştir. Öte yandan, Vali, diğer jandarma görevlilerinin, yalnızca davanın görüldüğü mahkeme tarafından davanın ilerleyen bir aşamasında gerekli görüldüğü takdirde suçlanabilecekleri kanaatindedir.

38. Başvuranların avukatları, 4 Nisan 2007 tarihli karara itiraz ederek söz konusu jandarma görevlilerinin üstlerinin sorumluluklarının tespit ettirilmesini talep etmişlerdir. Ancak 6 Haziran 2007 tarihinde verilen ve aynı yıl 29 Haziran tarihinde tebliğ edilen kararlar, Trabzon Bölge İdare Mahkemesi bu itirazı reddetmiştir.

39. Trabzon Cumhuriyet Savcılığı, 30 Ekim 2007 tarihli iddianame ile jandarma görevlileri V.S. ve O.S. hakkında Trabzon Asliye Ceza Mahkemesi'ne ceza davası açmıştır. Savcı, ilgilileri, Muhbir C.I. tarafından sağlanan bilgilerin gereğini yerine getirmemekle ve bu surette görevlerini ihmal etmekle suçlamıştır.

40. Asliye Ceza Mahkemesi'nde yapılan 20 Mart 2008 tarihli duruşmada ifade veren Jandarma görevlileri V.S. ve O.S., muhbir C.I.'nın beyanlarını doğrulamışlardır. Bu görevliler, muhbir tarafından aşırı ulusalcı grubun söz konusu cinayeti işleyebileceğine dair haberdar edildiklerini kabul etmişler ve bu yöndeki uyarıları Trabzon Jandarma Komutanı da dâhil hiyerarşik üstlerine en ince ayrıntılarıyla ilettiklerini belirtmişlerdir. Görevliler, toplanan bilgilere dayanarak gerekli önlemleri alma yükümlülüğünün üstlerine ait olduğunu; kendileri bu bilgiler üzerine ne yapılması gerektiği hususunu birçok defa üstlerine sorduklarında, üstlerinin onlara bu aşamada beklmelerini emrettiğini de eklemişlerdir. Ayrıca görevliler, müfettişler tarafından yürütülen soruşturma sırasında söz konusu bilgileri almış olduklarını üstlerinin emri ile inkâr ettiklerini de beyan etmişlerdir.

41. Bu soruşturma halen devam etmektedir.

E. Trabzon Emniyet Müdürlüğü'nde görevli bazı polisler hakkında yürütülen ceza soruşturması

42. İstanbul Başsavcılığı ayrıca, Trabzon Emniyet Müdürlüğü'ndeki sorumlu polisler hakkında suçun önlenmesi ve engellenmesi görevlerinin yerine getirilmesinde birçok ihmal ve hukuka aykırı uygulamanın bulunduğu iddiasıyla Trabzon Başsavcılığı'na başvurmuştur. İstanbul Başsavcılığı, özellikle, cinayetin azmettiricileri oldukları ve cinayetin failine yardım ettikleri gerekçesiyle suçlanan iki şahsın, Y.H. ile E.T.'nin, terör eylemleri işleme eğiliminde bulunmaları nedeniyle Trabzon Emniyet Müdürlüğü'nce tanındığının ve takibe alındıklarının altını çizmiştir. Ayrıca, Trabzon'daki Mc Donalds Restoranı'na karşı gerçekleştirilen saldırının faillerinden biri olan E.T., polis tarafından korunmuş ve Trabzon Emniyet Müdürlüğü tarafından muhbir olarak kullanılmıştır.

43. İstanbul Başsavcılığı ayrıca E.T.'nin polise bilgi verdiğini ve bu bilgiye göre Y.H.'nin Fırat Dink'i öldürme hazırlığında olduğunu da dikkate almıştır. Trabzon

Emniyet Müdürlüğü bu planın engellenmesine yönelik herhangi bir tedbir almamış, sadece 17 Şubat 2006 tarihinde olası saldırıdan İstanbul Emniyet Müdürlüğü'nü resen bilgilendirmiştir. İstanbul Başsavcılığı ayrıca, Trabzon Emniyet Müdürlüğü yetkililerinin, sanıkların bütün telefon dinleme raporlarını kendisine doğru bir şekilde iletmediğini belirtmiştir. İstanbul Başsavcılığı, Trabzon Emniyet Müdürlüğü amirlerinden birinin aşırı ulusalcı görüşlerini ifşa ettiğini ve saldırının asıl sanıklarından birine de sempati duyduğunu eklemiştir.

44. Trabzon Başsavcılığı, 10 Ocak 2008 tarihinde, Trabzon Emniyet Müdürlüğü'nde görevli sorumlular hakkında açılan soruşturma ile ilgili kovuşturmaya yer olmadığına dair karar vermiştir. Trabzon Başsavcılığı, özellikle, İstanbul Başsavcılığı'nın iddialarının, sanıklardan biri olan E.T.'nin ifadesine dayandığını ve E.T.'nin bu ifadesini yinelediğini tespit etmiştir. Trabzon Başsavcılığı, Trabzon polislerinin, E.T. tarafından sağlanan bilgilerin doğru olmadığı iddialarının inandırıcı olduğuna karar vermiştir. Trabzon Başsavcılığı, ayrıca, Trabzon Emniyet Müdürlüğü tarafından düzenlenen telefon dinleme raporlarının İstanbul Başsavcılığı'na iletilmesinde eksiklikler ve gecikmeler olmasının teknik zorluklardan kaynaklandığını değerlendirmiştir. Sonuç olarak Trabzon Başsavcılığı, sanıkların davranışlarını desteklediği gerekçesiyle suçlanan emniyet amirinin, üzerine atılı olay ve olguları inkâr ettiğinin altını çizmiştir.

45. Başvuranların avukatları tarafından kovuşturmaya yer olmadığına dair karara karşı yapılan itiraz, Rize Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı tarafından 14 Şubat 2008 tarihinde reddedilmiştir.

F. İstanbul Emniyet Müdürlüğü'nün bazı görevlileri hakkında yürütülen ceza soruşturması

46. İstanbul Başsavcılığı tarafından yürütülen soruşturma kapsamında, Trabzon Emniyeti Müdürlüğü'nün, 17 Şubat 2006 tarihinde, şüpheli kişilerin kimliğini belirterek Fırat Dink'in suikast olasılığı hakkında İstanbul Emniyeti Müdürlüğü'nü resmi olarak bilgilendirdikleri ortaya konulmuştur. İstanbul Emniyeti bu bilgiye rağmen harekete geçmemiştir.

47. İçişleri Bakanlığı, farklı tarihlerde, Trabzon Emniyet Müdürlüğü'nden elde edilen bilgilerle İstanbul Emniyet Müdürlüğü sorumluları tarafından sağlanan bilgilerin

uyumlu olup olmadığını belirlemeyi amaçlayan üç soruşturma başlatmıştır. Bakanlık tarafından atanan müfettişler, art arda üç soruşturma yürütmüşlerdir. Müfettişler, İstanbul Emniyet Müdürlüğü İstihbarat Şubesi'nin; Trabzon Emniyeti'nden alınan bilgiler ışığında gerekli girişimlerde bulunmadığını, ayrıca konuya ilişkin uygulanabilir düzenlemeler ile öngörülen prosedürü doğru bir şekilde yerine getirmediğini ve İstanbul Emniyet Müdürlüğü'nün bütün birimlerinin Ermeni asıllı vatandaşlara karşı terör eylemlerinin yapılma olasılığından daha önce uyarılmasına rağmen durumun aciliyetinin gerektirdiği tedbirleri de almadığını tespit etmişlerdir. Müfettişler, İstanbul Emniyet Müdürü'nün bu işleyiş bozukluklarından bizzat sorumlu olmadığı kanaatine varmışlardır.

48. İstanbul İl İdare Kurulu, bilirkişi raporlarının sonuçlarına dayanarak söz konusu suçu önleme konusunda ihmali olduğu belirtilen istihbarat şubesi amirinin de aralarında bulunduğu İstanbul Emniyeti Müdürlüğü'nün bazı üyelerinin, ceza mahkemeleri önüne çıkarılmalarına 28 Şubat 2007, 20 Mart 2008 ile 28 Ağustos 2008 tarihlerinde karar vermiştir.

49. Bununla birlikte, İstanbul Bölge İdare Mahkemesi, eksik soruşturma nedeniyle savcılığın verdiği kararları 23 Mayıs 2007, 27 Haziran 2008 ile 15 Kasım 2008 tarihlerinde iptal etmiştir.

G. Samsun Jandarma Komutanlığı'nın bazı görevlileri hakkında suçun övüldüğü gerekçesiyle yürütülen ceza soruşturması

50. Samsun Emniyet Müdürlüğü ile Jandarma Komutanlığı görevlileri, cinayetin ertesi günü, Dink suikastının olası faili O.S.'yi İstanbul'dan Trabzon'a dönerken Samsun Otobüs Terminali'nde yakalamışlardır. Terörle Mücadele Şubesi'ndeki gözaltı sırasında, bazı Samsun Emniyet Müdürlüğü ile Jandarma Komutanlığı görevlileri, ellerinde Türk bayrağını taşıyan şüpheli eşliğinde fotoğraf çekilmişlerdir. Fotoğrafların arka planında Türk bayrağının ve "Vatan toprağı kutsaldır, kaderine terk edilemez" ibaresinin yer aldığı bir takvim bulunmaktadır.

51. Başvuranlar, Fırat Dink hakkında işlenen suikastı övdüklerini ve görevlerini kötüye kullandıklarını iddia ederek O.S. ile poz veren polisler ve jandarmalar hakkında suç duyurusunda bulunmuşlardır.

52. İdare ve adli soruşturmalar sonucunda Samsun Başsavcılığı, 22 Haziran 2007 tarihinde, söz konusu polis memurları ile jandarmalar hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar vermiştir. Samsun Başsavcılığı, O.S.'nin yakalandığı andan İstanbul Emniyet Müdürlüğü'ne sevk edildiği ana kadar söz konusu memurların kendisine insani davrandıklarını ve O.S.'den çok yararlı itiraflar ve bilgiler elde ederek dosyaya eklediklerini dikkate almıştır. Samsun Başsavcılığı, soruşturma dosyası için Emniyet Müdürlüğü'nde çekilen on üç fotoğrafı inceleyerek, suçu övme eyleminin yalnızca aleni olarak işlenebileceğini hatırlatmıştır. Ancak, güvenlik güçleri tarafından izlenen usulün birçok sayıda hukuka aykırı unsurların (özellikle küçükler hakkında yürütülen soruşturmaların gizlilikleriyle ilgili) bir disiplin soruşturması konusu olabileceği yadsınamaz.

Güvenlik güçlerine karşı açılan disiplin soruşturmaları, ceza soruşturmasının gizliliğine riayet edilmediğinden ve güvenlik güçlerinin imajının zedelenmesinden dolayı disiplin cezaları ile sonuçlanmıştır.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMASI

53. Olayların meydana geldiği tarihte yürürlükte olan (1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren) Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 301. maddesi aşağıdaki gibidir:

“Türklüğü, Cumhuriyeti veya Türkiye Büyük Millet Meclisini alenen aşağılayan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini, Devletin yargı organlarını, askeri veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Türklüğü aşağılamanın yabancı bir ülkede bir Türk vatandaşı tarafından işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır.

Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.”

54. Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 301. maddesi, eski Ceza Kanunu'nun 159. maddesinin hükümlerini yeniden düzenlemektedir.

Öte yandan, Ceza Kanunu'nun 301. maddesi, 8 Mayıs 2008 tarihinde yürürlüğe giren 5759 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramıştır. Buna göre, bir yandan Türklük kavramı “Türk Milleti” ifadesiyle yer değiştirmiş, diğer yandan da adli makamlar

bundan böyle yalnızca Adalet Bakanlığı'nın onayını aldıktan sonra 301. madde uyarınca ceza kovuşturmaları açabilmektedir.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

I. SÖZLEŞME'NİN 2. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

55. Fırat Dink dışındaki başvurular, öncelikle devletin Fırat Dink'in hayatını koruma yükümlülüğünü yerine getirmediğini iddia etmektedirler. Hatta Jandarma görevlileri ile polis, suçun failinin yakalanmasının ardından kendisine karşı sempati duyduklarını belirtmişlerdir.

Başvuranlar, ikinci olarak, Fırat Dink'in yaşamını korumak için gerekli tedbirleri almayı ihmal eden kamu görevlileri hakkında açılan ceza kovuşturmalarının etkin olmadığını iddia etmektedirler.

Başvuranlar, bu bağlamda, Sözleşme'nin 2., 6. ve 14. maddelerini ileri sürmektedirler. AİHM, ilgiler tarafından ifade edilen şikâyetlerin niteliği ve içeriği bakımından bu şikâyetlerin, öncelikle, Sözleşme'nin 2. maddesi açısından incelenmesi gerektiği kanaatindedir. Sözleşme'nin 2. maddesi aşağıdaki gibidir:

1. Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez.

2. Ölüm, aşağıdaki durumlardan birinde mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlaline neden olmuş sayılmaz:

- a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması;
- b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme;
- c) Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması

A. Kabul edilebilirlik hakkında

56. Hükümet, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ile 7124/09 no.lu başvurularla ilgili olarak, iç hukuk yollarının tüketilmediğini ileri sürmektedir. Zira başvuran Fırat Dink

suikastının olası failleri ve Trabzon Jandarma görevlileri hakkında açılan ceza kovuşturmaları halen derdesttir. Diğer yandan, başvuranlar tarafından İçişleri Bakanlığı'na karşı İstanbul İdare Mahkemesi önünde açılan davalar da devam etmektedir.

57. Başvuranlar, başvuran Fırat Dink'in korunamamasıyla ilgili olarak, polis ile jandarma görevlilerinin cezai sorumluluğunu inceleyen kovuşturmalar hakkında daha önce kesin olarak kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildiğini tespit ederek bu iddiayı reddetmektedirler.

58. AİHM, bu ilk itirazlar çerçevesinde ulusal seviyede, somut olayda yürütülen ceza soruşturmasının etkinliğinin incelenmesine, dolayısıyla da Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamında dile getirilen şikâyetlerin esasına ilişkin sorunların ileri sürüldüğü kanısındadır. Dolayısıyla, Mahkeme, bu konuya ilişkin incelemesini söz konusu şikâyetlerin esasının incelenmesi çerçevesinde yeniden ele alacaktır.

59. AİHM, öte yandan, bu şikâyetlerin Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. fıkrası anlamında dayanaktan yoksun olmadığını saptamaktadır. AİHM, ayrıca, bu şikâyetlerin başka herhangi bir kabul edilemezlik nedenine uymadığını tespit etmektedir. Dolayısıyla, şikâyetlerin kabul edilebilir olduğuna karar verilmiştir.

B. Esas hakkında

1. Tarafların iddiaları

60. Başvuranlar, görüşlerini ifade etmek için Fırat Dink hakkında verilen mahkûmiyet kararının aşırı ulusalcı grubun tehdidine yol açtığını iddia etmektedirler. Örneğin, güvenlikten sorumlu yetkililer, Fırat Dink'in maruz kaldığı suikastın hazırlanması hakkında bilgi sahibi olmalarına rağmen gerekli tedbirleri almamışlardır. Başvuranlar, söz konusu suikastını Fırat Dink'in etnik kökeni nedeniyle ayrımcılığa dayalı nefretten kaynaklanan bir suç olarak nitelendirerek, bu suikastın aşırı ulusalcı gruplar tarafından dini azınlık üyelerine karşı düzenlenen bir dizi saldırı arasında yer aldığını gözlemlemektedirler. Başvuranlara göre, ırkçı ve ayrımcı nitelikteki saldırılara karşı hâkimiyeti altında bulunan kişilerin korunması için özel bir koruma sisteminin kurulması ilgili Devlet'in görevidir.

61. Başvuranlar Fırat Dink'in hayatını korumak için gerekli tedbirleri almayan kamu görevlileri hakkında başlatılan ceza soruşturmalarının etkin olmadığını vurgulamaktadırlar. Trabzon Jandarma Komutanlığı'nda görevli iki astsubay hakkında açılan tek dava, Trabzon ve İstanbul'da görevli güvenlik güçlerinin etkisiz kalmalarına ilişkin sorumlu olup olmadıkları hususunu aydınlatmaya yetmemektedir. Başvuranlar, ayrıca, yürütülen bu soruşturmalara etkin olarak katılmadıklarından şikâyet etmektedirler. Başvuranlar, soruşturmayı yürüten organların yürütme erkinden hiçbir surette bağımsız olmadıklarını eklemektedirler.

62. Hükümet, AİHS'nin 2. maddesinin, Sözleşmecî Devletin yetkililerine, üçüncü şahsın her türlü fiiline karşı bireyin yaşama hakkının korunmasını sağlayacak biçimde harekete geçilmesini gerektirecek bir pozitif yükümlülük getireceğini kabul etmektedir. Hükümet bu yükümlüğün, ancak istisnai koşullardan doğan, mutlak, doğrudan ve kaçınılmaz bir biçimde kişinin yaşamına etki eden bir durumun bulunması halinde doğabildiğinin altını çizmektedir. Üstelik önleyici tedbirlerin alınmaması konusunda ulusal makamların kusurlarının bulunduğu kanıtlanması gerekmektedir.

63. Hükümet, başvuran Fırat Dink'in hiçbir zaman güvenlik güçlerinden yakın koruma talep etmediği konusuna dikkat çekmektedir. Başvuranın gerçek ve yakın bir tehdit altında olmadığı ve/veya yetkililerin bu tehdidin varlığından haberdar olmadıkları çıkarımı yapılmaktadır. Aslında başvuran, açıkça kendileri talep etmeksizin yakın koruma altında tutulan kişiler arasında bulunmadığından dolayı işyeri ile ikamet ettiği evin bulunduğu mahallede alınan genel güvenlik önlemlerinden yararlanmıştı.

Hükümet cinayetin muhtemel failinin yakalanarak tutuklandığını ve olayın hemen ardından ceza soruşturmasının başlatıldığını vurgulamaktadır. Hükümet, İstanbul ve Trabzon Emniyet Müdürlüğü yetkililerine ve suikastın faileri hakkında yürütülen ceza soruşturması açısından Sözleşme'nin 2. maddesinin ne esas ne de usul yönden ihlal edilmediğini savunmaktadır.

2. Mahkeme'nin deęerlendirmesi

a) Fırat Dink cinayeti hakkında

i. Genel ilkeler

64. AİHM, AİHS'nin 2. maddesinin 1. paragrafının ilk cümlesinin Devlet'in yalnızca kasıtlı ve hukuka aykırı ölüme sebebiyet vermekten kaçınmasını değil, aynı zamanda iç hukuk düzeninde kendi yargısına tabi kişilerin yaşam haklarının korunması için gerekli önlemleri almasını da zorunlu kıldığını hatırlatmaktadır (Bkz. *L.C.B. v. Birleşik Krallık* kararı, 9 Haziran 1998, 36. paragraf, *Kararların ve Hükümlerin derlemesi* 1998-III). Bu bağlamda, kişiye karşı ihlallerin işlenmesini caydırmak, ihlalleri durdurmak, önlemek ve cezalandırmak için öngörölmüş bir yaptırım mekanizmasına dayanan somut bir ceza mevzuatı düzenleyerek ilgilinin yaşama hakkını güvence altına almak Devlete düşen birincil yükümlölüktür. Bu hüküm, belirli koşullarda, devletler için, başkalarının suç eylemleri nedeniyle yaşamı tehdit altında olan kişiyi korumak üzere koruyucu tedbirler almak yönünde pozitif bir yükümlölük de içermektedir (Bkz. *Osman v. Birleşik Krallık* kararı, 28 Ekim 1998, 115. paragraf, *Derleme* 1998-VIII, *Mahmut Kaya v. Türkiye* no: 22535/93, 85. paragraf, AİHM 2000-III, *Kılıç v. Türkiye* no: 22492/93, 62. Paragraf, AİHM 2000-III, ve *Opuz v. Türkiye* no: 33401/02, 128. paragraf, AİHM 2009-...).

65. Modern toplumlarda, polisin görevini yerine getirirken karşılaştığı zorluklar, insan davranışlarının öngörölmezliği ve öncelikler ile kaynaklar açısından yapılması gereken fiili seçenekler göz önüne alındığında, bu pozitif yükümlölüğün kapsamı, ilgili makamlara katlanılamaz ve aşırı bir yük getirmeyecek şekilde yorumlanmalıdır. Dolayısıyla, Sözleşme bakımından yetkililer, insan yaşamına karşı ileri sürölen her türlü hayati tehdidin meydana gelmesini önlemek için somut önlemler almakla yükümlü değillerdir. Pozitif yükümlölüğün doğması için, yetkililerin, belirli bir şahsın yaşamının üçüncü kişinin suç eylemleri nedeniyle gerçek ve yakın bir tehdit altında bulunduğunu bildikleri veya bilmeleri gerektiği sırada makul bir gözle bakıldığında yetkileri dâhilinde söz konusu tehlikeyi bertaraf etmek için önlem almadıklarını ortaya koymak gerekmektedir (Bkz. *Keenan v. Birleşik Krallık*, no: 27229/95, 89.-90. paragraflar, AİHM 2001-III, yukarıda belirtilen *Opuz*, 129. paragraf ve *Gongadze v. Ukrayna*, no: 34056/02, 165. paragraf, AİHM 2005-XI). Bu durumda, bu sorunun cevabı söz konusu davanın bütün koşullarına bağlıdır.

ii. Bu ilkelerin somut olaya uygulanması

66. Mahkeme, Fırat Dink'in yaşamına yönelik gerçek ve yakın bir tehlikenin varlığı ile ilgili olarak, aşağıdaki gerekçelerden dolayı ilgilinin cinayetinden önceki dönemde güvenlik güçlerinin kendisine karşı aşırı ulusalcı çevrelerin yoğun düşmanlık beslediklerinden haberdar olduğunun makul olarak düşünülebileceğini değerlendirmektedir. Öncelikle, Atatürk'ün evlatlık olan kızının Ermeni kökenli olduğunu belirten bir makalenin Şubat 2004 tarihinde *Agos* Gazetesi'nde yayınlamasının ardından, bu makaleyi Atatürk'ün imajını zedeleyen bir girişim olarak gören aşırı ulusalcı grupların üyelerinin, bazılarının yetkililere de bildirildiği tehdit mektupları ve gösteri şeklinde gerçekleşen birçok tepki eylemi başvuran Fırat Dink'e karşı yöneltilmiştir. Ayrıca, "Türk'ten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan, Ermeni'nin Ermenistan ile kuracağı asil kamında mevcuttur" cümlesini içeren son makalenin de arasında bulunduğu bir dizi makalenin ardından, aşırı ulusalcı gruba mensup militanlar 27 Şubat 2004 tarihinde Fırat Dink'e karşı tepkilerini ifade etmek amacıyla gösteri düzenlemişlerdir ve aynı gün bu grubun üyelerinden bir avukat, Dink'in Türklere hakaret ettiğini ileri sürerek suç duyurusunda bulunmuştur. Diğer taraftan, ilk derece mahkemesi hâkimi tarafından, ifade ettiği düşünceler nedeniyle Fırat Dink'e karşı yürütülen ceza yargılamasına bu grupların üyelerinin katılmalarına izin verilmiştir. Bu durum, bu kişilerin Türk asıllı olmaları nedeniyle hakarete uğradıkları duygusuna kapılabileceklerinin hâkim tarafından ciddiye alındığını doğrulamaktadır. Sonuç olarak Yargıtay, Ermeni asıllı gazeteci başvuranın aleyhine verilen mahkûmiyet kararını aşırı ulusalcı Türk çevreler için hassas bir konu olması açısından Türklüğü aşağıladığı gerekçesiyle onamıştır.

67. Mahkeme, aşırı milliyetçi grupların üyelerinin Fırat Dink'e karşı düşmanlıklarının Dink'i öldürmeye teşvik edebileceği konusuna ilişkin olarak, güvenlik güçlerinin ellerinde bu konuya dair bilgilerin mevcut olup olmadığını değerlendirebilmek için bir taraftan İstanbul ve Trabzon Emniyet Müdürlüğü'nün diğer taraftan Trabzon Jandarma Komutanlığı'nın bu cinayetin gerçekleşebileceğinden haberdar olduklarını ve hatta azmettirici olabilecek şüpheli kişilerin kimlikleri hakkında da bilgi sahip olduklarını tespit etmektedir.

68. Gerçekten de polis ile ilgili olarak İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı ve İçişleri Bakanlığı müfettişleri tarafından yürütülen soruşturmalar, Y.H. ve E.T. adlı iki

kişinin cinayetin azmettiricileri olduklarının ve cinayet zanlısına yardım ettiklerinin bilindiğini ve Trabzon Emniyet Müdürlüğü tarafından takibe alındığını ortaya koymaktadır. Ayrıca Trabzon Emniyet Müdürlüğü'nün bilgi kaynaklarından biri olan E.T., polislere Y.H.'nin Fırat Dink'in öldürülmesi için hazırlıklar yaptığı ihbarında bulunmuştur. Trabzon Emniyet Müdürlüğü, İstanbul Emniyet Müdürlüğü'ne Y.H.'nin 17 Şubat 2006 tarihinde Fırat Dink'in öldürülmesini planladığını ve ilgilinin adli sicilinin ve kişiliğinin bu eylemi olası kıldığı haberini resen bildirmiştir. Üstelik, İstanbul Emniyet Müdürlüğü Ermeni kökenli vatandaşlara yönelik terörist eylemlerin düzenlenebileceği olasılığı üzerine hâlihazırda alarma geçmiştir.

69. Jandarmaya ilişkin ise, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'nın soruşturması ve daha sonra İçişleri Bakanlığı müfettişlerinin raporları, C.I. adlı muhbirin Trabzon Jandarma Komutanlığı İstihbarat Dairesi'nde görevli V.S. ve O.Ş. adlı astsubaylara bu cinayeti önceden ihbar ettiği ve adı geçen kişilerin Trabzon Jandarma Komutanlığı'ndaki en üst düzeydeki üstlerine kadar olayın en ince ayrıntılarını aktardıklarını ortaya koymaktadır. Müfettişler tarafından hazırlanan raporlar, Fırat Dink cinayetinin azmettiricileri olmakla itham edilen şahısların bu niyetlerini göstermede pek de dikkatli davranmadıklarını ortaya koymaktadır; zira bu planlarından yakın çevrelerine alenen bahsetmişler, cinayet aletini açık havada test etmiş ve eylemi bir internet kafede planlamışlardır.

70. Yukarıda belirtilenler ışığında, yetkililerin Fırat Dink'in özel olarak tasarlanan ve ölümcül bir saldırının hedefi haline geldiğini bildiklerini ya da bilmeleri gerektiğini düşündürmektedir. Üstelik davanın koşulları dikkate alındığında, bunun gerçek ve yakın bir tehdit olduğu anlaşılmaktadır.

71. AİHM, yetkililerin Fırat Dink'in somut bir hedef haline getirilmesine engel olmalarının makul bir ölçüde beklenip beklenemeyeceğinin incelenmesi gerektiği kanısındadır.

72. AİHM, başvuranın hayatının korunması konusunun, güvenlikten sorumlu üç yerel makamı ilgilendirdiğini gözlemlemektedir: Trabzon Emniyet Müdürlüğü ve Jandarma Komutanlığı cinayetin planlanarak hazırlandığı bölgeden ve İstanbul Emniyet Müdürlüğü mağdurun oturduğu ve cinayetin işlendiği bölgeden sorumludur. Bu yetkililer Fırat Dink cinayetinin planlandığından ve yakın zamanda gerçekleşeceğinden haberdar olmalarına rağmen, hiçbiri koordineli ya da ayrı olarak bu cinayeti engellemek için harekete geçmemiştir.

73. Hükümet, başvuran Fırat Dink'in hiçbir zaman polisin yakın korumasını talep etmediğini vurgulamaktadır. Başvuranlar, ilgili yasa gereğince ve uygulamaya göre, yazar Orhan Pamuk örneğinde olduğu gibi, polisin yakın tarihli bir tehlike içinde olan kişilerin hayatını koruyacak gerekli önlemleri resen aldığı öne sürmektedir.

74. AİHM, başvuran Fırat Dink'in gazetesinde yazmış olduğu yazılar nedeniyle kimi kesimlerden şahsına karşı husumet beslendiğini hissetmesi ve bilmesi gerektiği farz edilse bile- ki bu söylemlerin bir kısmı Yargıtay tarafından da Türklüğü tahkir olarak nitelendirilmiştir- Trabzon'daki aşırı milliyetçi bir grubun cinayet hazırlığı içinde olduğuna dair bilgileri edinmesinin imkânsız olduğunu değerlendirmektedir. Üstelik AİHM, söz konusu cinayet hazırlıklarının bilgisi kendilerine ulaşan ulusal yetkililerin Fırat Dink'in talep etmesini beklemeden hayatını koruyacak şekilde harekete geçme zorunlulukları bulunduğu kanaatindedir.

75. AİHM somut olayın kendine özgü koşullarında, yetkililerin Fırat Dink'in yaşamındaki yakın ve gerçek söz konusu riski bertaraf edecek gerekli yollara makul düzeyde başvurmadıkları sonucuna varmaktadır.

Dolayısıyla, esas yönünden Sözleşme'nin 2.maddesi ihlal edilmiştir.

b) Güvenlik güçlerinin Fırat Dink'in hayatını korumadaki eksikliklerine ilişkin gerekli soruşturmanın yapılmadığı iddiası hakkında

i. Genel ilkeler

76. AİHM, AİHS'nin 2. maddesi ile öngörülen yaşama hakkının korunması yükümlülüğünün, 1. madde uyarınca "kendi yetki alanı içinde bulunan herkese AİHS'de belirtilen hak ve özgürlükleri tanıma[sı]" şeklinde Devlet'e düşen genel görevle birlikte değerlendirildiğinde, ister Devlet görevlileri, isterse üçüncü şahıslar olsun, güç kullanmaya başvurmanın bir kimsenin ölümüne yol açması halinde resen etkili bir soruşturma yürütülmesi anlamına geldiğini ve bunu şart koştuğunu hatırlatmaktadır (bkz. *Branko Tomasic ve diğerleri v. Hırvatistan*, no: 46598/06, § 62, AİHM 2009-... (özet), *mutatis mutandis*, *McCann ve diğerleri v. Birleşik Krallık*, 27 Eylül 1995 § 161, Seri A no. 324, ve *Kaya v. Türkiye*, 19 Şubat 1998, § 105, *Derleme* 1998-I). AİHS'nin 2. maddesinin usul bakımından getirdiği yükümlülük, ulusal yetkililerin kendi yargısına tabi kişilerin üçüncü şahsın ölümcül fiilleri ile tehdit edildiğini ve bu kişilerin

hayatlarının korunmasında, ulusal yetkililerin dikkatsizlik, ihmalkârlık ve/veya eksikliklerinin bulunduğu iddiaları hakkında, ulusal çerçevede etkili bir soruşturma yürütülmesini zorunlu kılmaktadır (bkz. aynı anlamda, *Maiorano ve diğerleri İtalya* no: 28634/06, §§ 127-132, 15 Aralık 2009, *Finucane v. Birleşik Krallık*, no: 29178/95, §§ 67-87, AİHM 2003-VIII, ve anılan *Branko Tomasic*, §64). Benzer bir soruşturmanın temel amacı, iç hukukta yaşam hakkını güvence altına alacak etkili bir soruşturmanın yapılmasının sağlanmasıdır. Ne tür bir soruşturmanın yürütüleceği ve hedeflenen amaçlara nasıl ulaşılabileceği ise şartlara göre değişiklik göstermektedir (bkz. diğerleri arasında, *Paul ve Audrey Edwards v. Birleşik Krallık* no: 46477/99 ve *Calvelli ve Ciglio v. İtalya* [BD], no: 32967/96, § 51, AİHM 2002-I).

77. Bir ölüm olayının önlenmesindeki ihmalde, devlet görevlilerinin sorumlulukları hakkında yürütülen soruşturmada, soruşturmayı yürüten kişilerin ve gerekli incelemeleri yapanların söz konusu olaylara dâhil olmayan bağımsız kişilerden seçilmesi gerekmektedir (bkz. *Güleç v. Türkiye*, 27 Temmuz 1998, §§ 81-82, *Derleme* 1998-IV, ve *Oğur v. Türkiye* [BD], no: 21954/93, §§ 91-92, AİHM 1999-III). Bu yalnızca her türlü hiyerarşik ve kurumsal bağdan kaçınmayı değil, aynı zamanda uygulamada bağımsız olmayı da gerektirir (bkz. örneğin, *Ergi v. Türkiye*, 28 Temmuz 1998, §§ 83-84, *Derleme* 1998-IV, ve son Kuzey İrlanda kararları, örneğin *Hugh Jordan v. Birleşik Krallık* no: 24746/94, § 120, AİHM 2001-III, ve *Kelly ve diğerleri v. Birleşik Krallık*, no: 30054/96, §114, 4 Mayıs 2001).

78. Yürütülen soruşturma aynı zamanda sorumluların tespit edilip, gerektiği takdirde cezalandırılmalarını sağlayacak şekilde etkin olmalıdır (anılan *Oğur*, §88). Burada söz konusu olan sonuca değil, araçlara ilişkin bir yükümlülüktür. Yetkililerin, olayla ilgili delillerin toplanması için makul olarak ulaşılabilir olan tedbirleri almış olmaları gerekmektedir (bkz. örneğin *Salman v. Türkiye* [BD], no: 21986/93, § 106, AİHM 2000-VII, *Tanrıkulu v. Türkiye* [BD], no: 23763/94, § 109, AİHM 1999-IV, ve *Gül v. Türkiye* no: 22676/93, § 89, 14 Aralık 2000). Sorumlu kişi ya da kişilerin tespit edilmesini sağlayabilecek soruşturmadaki her türlü eksiklik, soruşturmanın etkisiz olduğuna karar verilmesine neden olabilir (*Adalı v. Türkiye*, no: 38187/97, § 223, 31 Mart 2005 ve anılan *Hugh Jordan*, § 127).

79. Bu bağlamda makul derecede ivedilik ve özen şartı zımni olarak bulunmaktadır. Ancak, herhangi bir cinayet hakkında soruşturma yapılması söz konusu olduğunda, yetkililerin hızlı şekilde harekete geçmesi; genel olarak, kamunun yasallık

ilkesine olan güvenini korumak, suça iştirak edildiği veya hukuka aykırı eylemlere göz yumulduğu yönündeki izlenimin oluşmasını önlemek için büyük önem arz etmektedir (bkz. *Batı ve diğerleri v. Türkiye* no: 33097/96 ve 57834/00, §136, AİHM 2004-IV, *Indelicado v. İtalya*, no: 31143/96, § 37,18 Ekim 2001, ve *Özgür Kılıç v. Türkiye* no. 42591/98, 24 Eylül 2002). Soruşturmanın ilerlemesi önünde kimi engel ve güçlükler oluşabilir ancak, yetkililer tarafından ivedilikle soruşturma başlatılması genel olarak kamuoyunun güvenini sürdürmek, hukuk devletine olan inancı korumak ve yasadışı eylemler ve suçların işlenmesine hoşgörü gösterildiği kanısının oluşmasını önlemek bakımından büyük önem arz etmektedir (bkz. *Öneryıldız v. Türkiye* no. 48939/9, § 96, AİHM 2004-XII).

80. Aynı gerekçelerle, sorumluların teoride olduğu gibi uygulamada da hesap vermelerini güvence altına almak amacıyla yürütülen soruşturma veya sonuçlarına ilişkin olarak kamu denetiminin yapılmasına yönelik yeterli bir unsur bulunmalıdır. Kamu denetimi bir davadan diğerine değişiklik gösterebilir. Her halükarda, mağdurun meşru çıkarlarının korunması ve gerekli önlemlerin alınması ölçüsünde mağdur yakınlarının dava sürecine katılmaları önem arz eder (bkz. örneğin, *McKerr v. Birleşik Krallık* no: 28883/95, § 148, AİHM 2001- III).

81. AİHM, şiddet öğeleri içeren olaylarla ilgili soruşturmalar başlatıldığında, ırkçı bir gerekçeyle, kin ve husumet duygularını körükleyen, etnik kökene dayalı ve önyargıları içeren bir durumun mevcut olup olmadığını saptamak bakımından, gerekli bütün tedbirleri almanın Devletin yetkileri arasında bulunduğunu hatırlatmaktadır. Muhakkak, uygulamada ırkçı bir hareketin varlığını ispat etmek oldukça güçtür. Herhangi bir şiddet eyleminde olası ırkçı çağrışımları içeren olaylar hakkında davalı devletin soruşturma yapma yükümlülüğü, varılan sonuçla ilgili değil bu sonucu doğuran araçlarla ilgili bir yükümlülüktür; makamlar da davaya özgü koşulları göz önünde bulundurarak makul önlemleri almalıdırlar (bkz. *Natchova ve diğerleri v. Bulgaristan* [BD], no: 43577/98 ve 43579/98, § 160, AİHM 2005-VII).

ii) Bu ilkelerin somut olaya uygulanması

82. AİHM, Fırat Dink'in öldürülmesinin ardından mevcut davada İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'nın, İstanbul ve Trabzon Emniyet Müdürlüğü görevlilerinin cinayetin muhtemel nedenlerine ilişkin elde ettikleri bilgileri değerlendirme şekli

hakkında çok titiz ve ayrıntılı bir soruşturma yürüttüğünü tespit etmektedir. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı, güvenlik güçlerinin birtakım eksikliklerinin bulunduğunu tespit ederek ve başvuranın hayatını koruma sorumluluğunu gerektiği gibi yerine getiremeyen kamu görevlilerinin kimliklerini de belirterek elde edilen bu bilgileri, Trabzon ve İstanbul illerinin soruşturma makamlarına aktarmıştır.

83. İstanbul Cumhuriyet Savcılığı'nın bu ihbarı üzerine Trabzon'da başlatılan bir dizi soruşturmanın akabinde Vali, iki astsubay dışında, jandarma görevlilerinin ceza mahkemesi önüne çıkarılmalarına izin vermemiştir. Başvuranlar tarafından bu amaçla yapılan başvuru, dava dosyasının incelenmesi neticesinde idari mahkeme tarafından reddedilmiştir. Böylece, iki astsubay hakkındaki gerekli bilgilerin iletilmesiyle sorumlu Trabzon Jandarma Komutanlığı görevlilerinin neden etkisiz kaldıkları hakkında herhangi bir bilgi olmadan soruşturma dosyası kapanmıştır.

84. Ayrıca, bu iki astsubay tarafından verilen ifadelere göre, Trabzon Jandarma Komutanlığı görevlilerinin, üstlerinin verdiği emirler üzerine dava hakkında soruşturma yapan müfettişlere yalan beyanda bulunmak zorunda kaldıkları anlaşılmıştır. AİHM, olaylar dizisine ilişkin delillerin toplanması amacıyla gereken önlemlerin alınması konusunda eksikliklerin ve ilgili kişilerin sorumluluklarının tespit edilmesi bağlamında soruşturmanın etkinliğine zarar verecek nitelikte birlikte planlanan bir eylemin açıkça söz konusu olduğu kanaatindedir.

85. Cinayetin önlenmesi noktasında Trabzon Emniyet Müdürlüğü tarafından hukuka aykırı ve ihmalkâr davranılması konusunda İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'nca ayrıntılı olarak dile getirilen iddialara ilişkin olarak, AİHM, Trabzon Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından kovuşturmaya yer olmadığına dair verilen kararın dosyada belirtilen diğer olaylarla çelişen iddialar içerdiğini saptamaktadır. Örneğin, bu kararda, E.T. tarafından verilen istihbari bilgilerin polisler tarafından ikna edici bulunmadığı kaydedilmiştir. Ancak, Trabzon Emniyet Müdürlüğü tam da bu bilgilere istinaden İstanbul Emniyet Müdürlüğü'nü söz konusu cinayet konusunda resmi olarak bilgilendirmiştir. Öte yandan, Trabzon Cumhuriyet Başsavcılığı bu kişinin hakkındaki iddiaları inkâr ettiği gerekçesiyle, herhangi bir ayrıntılı inceleme yapmaksızın kovuşturmaya yer olmadığına dair karar vermiştir. AİHM, Trabzon Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından polisin tutumu hakkında yürütülen soruşturmanın, özensizlik ve ihmal göstermekle suçlanan polislerin savunmasından ibaret olduğunu ve elinde birçok

bilgi bulunmasına rağmen katil zanlıları karşısında polisin neden pasif davrandığı konusunda herhangi bir bilgi içermediğini gözlemlemektedir.

86. AİHM, bu aşamada İstanbul polisinin ihmallerine ilişkin olarak ulusal düzeyde yürütülen soruşturmanın etkin olup olmadığını inceleyecektir. İçişleri Bakanlığı müfettişlerinin emniyet yetkililerinin, durumun aciliyetinin gerektirdiği önlemleri almadığı sonucuna varmasına rağmen, İstanbul Valiliği İl İdare Kurulu'nun bazı polislerin ceza mahkemesi önüne çıkarılmalarına yönelik kararlarının Bölge İdare Mahkemesi tarafından iptal edilmesinin ardından bu bağlamda herhangi bir ceza kovuşturması başlatılmamıştır. İl İdare Kurulu tarafından Emniyet Müdürü soruşturma kapsamından çıkarılmıştır. Nihayetinde, İstanbul polisinin cinayetten önce elinde bulunan bilgilere rağmen Fırat Dink'e yönelik tehdit karşısında neden harekete geçmediği konusu açığa kavuşturulamamıştır.

87. Hükümetin de vurguladığı üzere, tamamı aşırı ulusalcı bir grubun üyelerinden oluşan suikastın sanıkları hakkındaki ceza davası İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi önünde halen derdesttir. Bununla birlikte AİHM, Trabzon'da görevli iki astsubay hakkında yürütülen soruşturma dışında, suçun önlenmesi noktasında resmi yetkililerin sorumluluğunu inceleyen tüm soruşturmaların kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilerek sonuçlandığını tespit etmektedir. AİHM, söz konusu soruşturma sonucunun, bu astsubayların üstleri hakkında başlatılan ceza kovuşturmalarının da kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlar sonuçlanması nedeniyle daha önce yapılan tespitleri etkileyecek nitelikte olmadığını değerlendirmektedir.

88. AİHM, Trabzon İl Jandarma Komutanlığı'nda görevli subaylar ve İstanbul İl Emniyet Müdürlüğü'ne bağlı memurlar hakkında yapılan suçlamaların da esasen olaylara dâhil bulunan kişilerden tamamen bağımsız olmayan, tamamı yürütmenin (Valilik, İl İdare Kurulu) bir parçası olan başka memurlar tarafından araştırıldığını ayrıca tespit etmektedir. Bu durum, söz konusu soruşturmalar açısından esasen bir zafiyet teşkil etmektedir (yukarıdaki 77. paragraf).

89. AİHM, polis ve jandarma görevlileri hakkında yürütülen soruşturmalara başvuran Fırat Dink'in yakın akrabalarının dâhil edilmediğini dikkate almaktadır. Başvuranın yakın akrabalarının, yalnızca dosya üzerinden inceleme yapan başvuru organlarına itirazda bulunabilmiş olmaları, mağdurların meşru menfaatlerinin korunması hususunda söz konusu soruşturmalardaki eksiklikleri gideremez.

90. Öte yandan, bir emniyet amirinin aşırı ulusalcı görüşlerini açıkça ortaya koyduğu ve katil zanlılarının eylemlerine destek verdiği yönündeki şüpheler konusunda kapsamlı hiçbir soruşturma yapılmamıştır (yukarıdaki 43.paragraf). Hâlbuki resmi makamların, etnik kökene dayalı nefretten kaynaklanan eylemleri önlemek için her türlü makul tedbiri alma yükümlülüğünü yerine getirmek amacıyla kapsamlı bir soruşturma yapması gerekirdi (yukarıdaki 81.paragraf).

91. AİHM, Trabzon'da görevli jandarma ve polisler ile İstanbul İl Emniyet Müdürlüğü yetkilileri hakkında Fırat Dink'in yaşamının korunması konusunda kusurlu oldukları iddiasıyla açılan ceza soruşturmalarına ilişkin olarak kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmesi nedeniyle, söz konusu kusurları işleyenlerin tespit edilerek gerektiği takdirde cezalandırılmaları amacıyla etkin bir soruşturma yürütülmesini öngören AİHS'nin 2. maddesinin gereklerine riayet edilmediği sonucuna varmaktadır. Yukarıda belirtilen nedenlerle, AİHM bu noktada Sözleşme'nin 2.maddesinin usule ilişkin yükümlülüğün ihlal edildiği sonucunu çıkarmaktadır.

92. AİHM ayrıca, yine aynı nedenlerle Hükümet'in iç hukuk yollarının tüketilmediği yönündeki itirazını reddetmektedir (yukarıdaki 56.paragraf).

93. AİHM, 75. ve 91. paragraflarda yaptığı tespitlere ve bu tespiti yapmak için dikkate aldığı unsurlara dayanarak, AİHS'nin 6. ve 14. maddeleri açısından incelenmesini gerektirecek herhangi bir konunun bulunmadığı kanaatindedir.

II. AİHS'NİN 10. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

94. Başvuranlar, Fırat Dink'in Türklüğü aşağılama suçundan mahkûm edilmesinin ifade özgürlüğü hakkının ihlaline yol açtığını iddia etmektedirler. Başvuranlara göre Yargıtay, Fırat Dink hakkında mahkûmiyet kararı vermek suretiyle kendisini aşırı ulusalcı gruplar için hedef haline getirmiştir, nihayetinde bu gruplara mensup bazı kimseler de Dink'i öldürmüşlerdir. Başvuranlar ayrıca, Fırat Dink'in Ermeni kökenli olması sebebiyle ayrımcılığa maruz kaldığını; zira müşteriler ve hâkimlerin Türklük kavramını ve Türk kimliğine aidiyeti yalnızca etnik köken itibariyle Türk olanlara özgü kılan bir yorumdan yola çıkarak Fırat Dink'in suçlu olduğu hükmüne vardığını iddia etmektedirler. Başvuranlar bu noktada AİHS'nin 6., 7., 10. ve 14. maddelerini ileri sürmektedir. AİHM bu şikâyetlerin öncelikle AİHS'nin 10.

maddesi yönünden incelenmesi gerektiği kanaatindedir. Sözleşme'nin 10. maddesi aşağıdaki gibidir:

“1. Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir almak ve vermek özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir.

2. Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir.”

A. Kabul edilebilirlik hakkında

95. Hükümet öncelikle, Fırat Dink aleyhinde ceza davası açılmasına dair şikâyetlerle ilgili olan 2668/07 no'lu başvurunun adı geçen ölümünden sonra AİHM'ye sunulduğu gerekçesiyle diğer başvuruların söz konusu başvuruyu takip etme iddiasında bulunamayacaklarını ileri sürmektedir.

96. AİHM, dosyanın incelemesinden 2668/07 no'lu başvurunun 11 Ocak 2007 tarihinde AİHM'ye gönderildiğini, ıslak imzalı evrakın da aynı şekilde 11 Ocak 2007 tarihinde postaya verildiğini, hâlbuki Fırat Dink'in sekiz gün sonra yani 19 Ocak 2007 tarihinde hayatını kaybettiğini gözlemlemektedir. Sonuç olarak Hükümet'in bu itirazı reddedilmelidir.

97. Hükümet, Fırat Dink hakkında Asliye Ceza Mahkemesi tarafından mahkûmiyet kararı verilmeden önce hayatını kaybetmesi nedeniyle, Fırat Dink'in mağdur sıfatı taşımadığı ve başvuruların iç hukuk yollarını tüketmediği itirazında bulunmaktadır. Aslında Yargıtay önünde yürütülen yargılamanın sonunda, ilk derece mahkemesine geri gönderilen dava, sanığın hayatını kaybetmesi nedeniyle düşmüştür.

98. Hükümet ayrıca, diğer başvuruların 2668/07 no'lu başvuruyu takip etme imkânı konusunda itirazda bulunmaktadır. Hükümet, diğer başvuruların devredilemez haklardan olan ifade özgürlüğü hakkını Fırat Dink adına talep etmelerinin mümkün olamayacağını savunmaktadır.

99. Başvuranlar bu itirazları kabul etmemekte ve Mahkeme'den bunları reddetmesini talep etmektedirler.

100. AİHM, bu ilk itirazların Fırat Dink'in ifade özgürlüğü hakkına yönelik bir müdahalenin olup olmadığının incelenmesiyle sıkı sıkıya bağlı sorunlara ilişkin olması nedeniyle Sözleşme'nin 10. maddesi yönünden yapılan şikâyetlerin esasıyla ilintili olduğu kanaatinde. Dolayısıyla AİHM, bu husus hakkındaki incelemesini esasa ilişkin olduğu sonuç çerçevesinde yeniden ele alacaktır.

101. AİHM ayrıca, söz konusu şikâyetlerin Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. fıkrası anlamında açıkça dayanaktan yoksun olmadığını tespit etmektedir. AİHM aynı şekilde bu şikâyetlerin herhangi bir kabul edilemezlik unsuru içermediğini tespit etmektedir. Bu itibarla söz konusu şikâyetler kabul edilebilir niteliktedir.

B. Esas hakkında

1. Bir müdahale ve/veya Devletin pozitif yükümlülüğünün mevcudiyeti hakkında

102. Hükümet, Asliye Ceza Mahkemesi tarafından hakkında nihai bir mahkûmiyet kararı verilmeden öldüğü için Fırat Dink'in mağdur sıfatı taşımadığını savunmaktadır. Oysa, Yargıtay'daki yargılama sürecinin sonunda ilk derece mahkemesine gönderilen dava, Fırat Dink'in ölümü nedeniyle sonlandırılmıştır. Dolayısıyla kendisi hakkında nihai bir mahkûmiyet kararı verilmemiştir.

103. Başvuranlar, bu itiraza Fırat Dink'in mahkûmiyetinin esasa ilişkin olarak Yargıtay tarafından onandığını, Asliye Ceza Mahkemesinin de bu kararı değiştiremeyeceğini söyleyerek cevap vermişlerdir. Başvuranlar ayrıca, Devletin ifade özgürlüğü alanındaki pozitif yükümlülükleri gereğince, Fırat Dink'in kendileri açısından rahatsız edici düşünceler ifade ettiği için üçüncü kişilerin saldırısına maruz kalmasını önlemek amacıyla ulusal makamların gerekli tüm tedbirleri almak mecburiyetinde olduğunu iddia etmektedirler.

104. Mahkeme, ihtilaf konusu olayları hatırlatmaktadır. Yargıtay 9. Ceza Dairesi ilk derece mahkemesi kararının mahkûmiyete ilişkin bölümünü onamış ancak müdahillik taleplerinin kabul edilmesine ilişkin bölümünü bozmuştur. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın, Yargıtay 9. Ceza Dairesinin başvuran aleyhine hükmedilen mahkûmiyet kararını onayan kararına karşı başvurduğu kanun yararına temyiz yolu, Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından kesin olarak reddedilmiştir. Dava Asliye Ceza Mahkemesince kararı değiştirme olanağı olmaksızın yeniden görülmeye

başlangıcında, Fırat Dink, kuvvetle muhtemeldir ki, hakkında söz konusu kararın verilmesine neden olan ifadeleri nedeniyle aşırı ulusalcı çevrelere isnat edilen bir cinayete kurban gitmiştir.

105. Bu noktada, Mahkeme ilk olarak, “ceza yargılamalarına usule ilişkin gerekçelerle son verilse bile, suçlu bulunma ve cezalandırılma tehlikesi devam ettiğinde, ilgili kişi, önleyici mevzuatın sonuçlarına doğrudan maruz kaldığı ve dolayısıyla Sözleşme’nin ihlal edilmesiyle nedeniyle mağdur olduğu iddiasında bulunabilir” şeklindeki içtihadını hatırlatmaktadır (bkz., diğerleri arasında, *Bowman v. Birleşik Krallık*, 19 Şubat 1998, § 107, *Derleme 1998-I*). AİHM, mahkûmiyeti en yüksek ceza yargılama mercii tarafından esastan onanan Fırat Dink’in, ölene kadar, ifade özgürlüğünün ihlali nedeniyle mağdur olduğu iddiasında bulunma hakkının evleviyetle (*a fortiori*) bulunduğu kanaatindedir.

106. Öte yandan, AİHM başvuruların şikâyetlerinin ve mevcut davadaki özel koşulların Sözleşme’nin 10. maddesi çerçevesinde devletin pozitif yükümlülüğünü söz konusu ettiği kanaatindedir. Mahkeme, ifade özgürlüğünün gerçek ve etkili bir biçimde kullanımının yalnızca Devletin her türlü müdahaleden imtina etme görevine bağlı olmadığını; bireyler arası ilişkilere varıncaya kadar pozitif koruma tedbirlerinin alınmasını gerektirdiğini hatırlatmaktadır. Esasen, bazı durumlarda Devletin, özel kişilerden kaynaklanan ihlallere karşı ifade özgürlüğünü koruma pozitif yükümlülüğü vardır (*Özgür Gündem v. Türkiye*, no. 23144/93, §§ 42-46, AİHM 2000-III, kararında Mahkeme, Devletin, bir gazeteye karşı yürütülen şiddet ve yıldırma kampanyasında mağdur olan gazeteyi, gazetecileri ve gazete personelini koruma ve soruşturma tedbirleri alma yükümlülüğü olduğunu beyan etmiştir; *Fuentes Bobo v. İspanya*, no. 39293/98, § 38, 29 Şubat 2000 kararı ise, Devletin mesleki alanda ifade özgürlüğünü koruma yükümlülüğüne ilişkindir.)

107. Fırat Dink’in mağdur sıfatı üzerinde etki eden somut olaydaki özel koşullar hususunda AİHM ilk olarak, hakkında yürütülen ceza soruşturmasının kaynağının başvuranın ifadeleri nedeniyle “Türk” kimliklerine saldırıda bulunduğu hissiyatına kapıldıklarını ifade eden aşırı ulusalcı bir gruba mensup kişilerin şikâyetinden ibaret olduğunu gözlemlemektedir. Savcılık, Fırat Dink aleyhinde bir ceza davası açtığında, Asliye Ceza Mahkemesi söz konusu grupların üyelerinin ceza davasında müdahil taraf olarak katılmalarına izin vermiştir. İkinci olarak AİHM, başvuruların da işaret ettiği üzere, Fırat Dink’in Türk Ceza Kanunu’nun 301. maddesi gereğince mahkûm

edilmesinin, onu kamuoyu nazarında ve özellikle de aşırı ulusalcı gruplar nezdinde Türk kökenli herkese hakaret eden biri gibi gösterdiğini tespit etmektedir. Sonuç olarak Mahkeme, Fırat Dink'in katil zanlılarının konu hakkında çok hassas olan aşırı ulusalcı çevrelere mensup olduğunu ve söz konusu suç fiilinin hazırlandığı konusunda açıkça bilgilendirilmiş olan güvenlik güçlerinin, bunu önleyecek nitelikte hiçbir tedbir almadıklarını hatırlatmaktadır.

108. Bu açıklamalar ışığında Mahkeme, Fırat Dink hakkında verilen mahkûmiyet kararının Yargıtay tarafından onanmasının, tek başına ya da ilgiliyi aşırı ulusalcı militanların saldırılarından korumaya dönük önlemlerin alınmamasıyla birlikte değerlendirildiğinde AİHS'nin 10. maddesinin 1. fıkrasıyla koruma altına alınan ifade özgürlüğü hakkını kullanmasına yönelik bir müdahale teşkil ettiğini kanaatine varmaktadır.

109. Yine aynı gerekçelerle, AİHM Hükümetin, Sözleşme'nin 10. maddesi bakımından Fırat Dink'in mağdur sıfatı taşımadığına ve iç hukuk yollarının tüketilmediğine ilişkin ön itirazını reddetmektedir.

110. Aynı değerlendirmeler ışığında AİHM, diğer başvuruların Fırat Dink hakkında verilen mahkûmiyet kararının AİHS'nin 10. maddesiyle güvence altına alınan ifade özgürlüğü hakkının ihlaline yol açtığını tespit ettirme noktasında meşru bir menfaatleri olduğu kanaatine varmaktadır (bkz. *mutatis mutandis*, *Dalban v. Romanya* [BD], no. 28114/95, § 39, AİHM 1999-VI, *Nölkenbokhoff v. Almanya*, 25 Ağustos 1987, §§ 32-33, seri A no. 123) Bu nedenle Mahkeme, Hükümetin, Fırat Dink dışındaki başvuruların 2668/07 no'lu başvuruyu takip etme imkânları olmadığına ilişkin itirazını reddetmektedir.

2. Müdahalenin Haklılığı Hakkında

111. Bu türden bir müdahale, (Türklüğü aşağılamaktan dolayı verilen mahkûmiyet kararı) tek başına ya da ilgilinin yaşamını korumak için gerekli tedbirlerin alınmamasıyla birlikte değerlendirildiğinde, AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen koşulları karşılamadığı sürece 10. maddenin ihlalini teşkil edecektir. Bu itibarla, söz konusu müdahalenin "yasayla öngörülmüş" olup olmadığını, söz konusu 2. fıkrada yer alan meşru sebeplerden birine ya da birkaçına dayanıp dayanmadığını ve "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığını belirlemek gerekmektedir.

a) “Yasayla öngörülme”

112. Başvuranlar, Türk Ceza Kanunu’nda geçen Türklük kavramının kapsamının, olağanüstü esnek olduğunu ve ulusal hukuk uygulamasında erişilebilirlik ve öngörülebilirliği ortadan kaldırdığını iddia etmektedirler. Başvuranlar ayrıca, Yargıtay’ın Türklük kavramını etnik olarak Türk kökenli kişilerin değerlerinin tamamını içeren bir biçimde yorumladığını, bu yorumun, Anayasa’da etnik köken ya da din farkı gözetmeksizin bütün Türk vatandaşlarını kapsayan “Türk” kavramıyla çeliştiğini, ileri sürmektedirler.

113. Hükümet, söz konusu suçun eski TCK’nın 159. maddesinde ve 2005 yılı Haziran ayında yürürlüğe giren mevcut TCK’nın 301. maddesinde açıkça öngörüldüğüne dikkat çekmektedir. Hükümete göre, deneyimli bir gazeteci olan Fırat Dink, TCK’nın söz konusu maddesi uyarınca ceza kovuşturmasına uğrayacağını makul bir düzeyde öngörebilecek durumda idi.

114. AIHM, Sözleşme’nin 10. maddesinin 2. fıkrası anlamında “yasayla öngörülen” ifadesinin öncelikle ihtilaf konusu tedbirin iç hukukta bir temelini olmasını gerektirdiğini, ancak ilgili yasanın niteliğiyle de bağlantılı olduğunu hatırlatmaktadır. Bu ifade, yasanın ilgili kimse için erişilebilir nitelikte olmasını, böylelikle kendisi açısından sonuçlarını öngörebilmesini ve hukukun üstünlüğü ilkesiyle uyumlu olmasını gerekli kılmaktadır (bkz, diğer birçok karar arasından, *Müller ve diğerleri v. İsviçre*, 24 Mayıs 1988, § 29, seri A no.133, *Ezelin v. Fransa*, 26 Nisan 1991, § 45 ve *Margareta ve Roger Anderson v. İsveç*, 25 Şubat 1992, § 75, seri A no. 226-A).

115. Söz konusu durumda birinci şartın yerine getirilip getirilmediği konusunda ihtilaf bulunmamaktadır. Sonuçta kimse uygulanan önlemlerin yasal bir temeli olup olmadığını sorgulamamaktadır: Olayların geçtiği dönemde yürürlükte olan ve eski Ceza Kanunu’nun 159. maddesinin yerini alan ve Türklüğü tahkir suçunu cezalandıran Yeni Ceza Kanunu’nun 301. maddesi bu yasal dayanağı teşkil etmektedir.

116. Bu durumda geriye oldukça geniş kapsamı olan “Türklük” kavramının, başvuranların ileri sürdüğü gibi, söz konusu hukuk normlarının öngörülebilirliği ve ulaşılabilirliğini azaltıp azaltmadığını tespit etmek kalmaktadır. Yargıtay eğer bu terimi yalnızca Türk etnik kökenli bireylerin ortak değer ve geleneklerini içeren bir terim olarak yorumlamış olsaydı, Anayasadaki din ya da etnik köken ayrımı yapılmadan tüm vatandaşları kapsayan “Türk” tanımı ile ters düşmüş olacaktı. Mahkeme, başvuran Fırat

Dink'in Ceza Kanununun 301. maddesi gereğince suçlanmasının öngörülebilirliği konusunda ciddi şüphelerin ortaya çıkabileceği kanaatindedir. Bununla birlikte Mahkeme, müdahalenin gerekliliği konusunda ulaştığı sonucu dikkate alarak (aşağıdaki 136. paragraf) bu sorunun incelenmesinin gerekli olmadığı kanaatine varmıştır.

b) "Meşru amaç"

117. Hükümete göre, ihtilaf konusu müdahale en azından kamu düzeninin korunması meşru amacını hedeflemektedir. Başvuranlar, bu hususa itiraz etmiştir.

118. AİHM öncelikle, düşüncelerini açıklaması nedeniyle tehdit edilen gazeteci başvuran Fırat Dink'in yaşamının korunması konusundaki eksikliğin hiçbir meşru amaca dayanmayacağı kanaatindedir. Bununla birlikte, Yargıtay'ın kararından, Türk yasa koyucu ve ceza mahkemelerinin, Cumhuriyet kurumlarının değerinin düşürülmesinin kamu düzeni için tehdit oluşturabileceği kanaatinde oldukları anlaşılmaktadır. İlgili aleyhine bu temele dayanarak verilen mahkûmiyet kararına ilişkin olarak devletin organlarının saygınlığını yitirmesinin önlenmesi amacının, başvuran tarafından şiddet kullanımına teşvik edici bir söylem olmaksızın "kamu düzeninin korunması" kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunda Mahkeme'nin ciddi tereddütleri bulunmaktadır. Bununla birlikte Mahkeme, bu sorunun müdahalenin gerekliliğinin incelenmesine sıkı sıkıya bağlı olduğunu düşünmektedir (aşağıdaki 119. ve izleyen paragraflar).

c) "Demokratik bir toplum için gereklilik"

119. Geriye bu müdahalenin benzer amaçlara ulaşmak için "gerekli" olup olmadığını belirlemek kalmaktadır.

i. Taraflar

120. Başvuranlar, ihtilaf konusu makalelerde Fırat Dink tarafından ele alınan konuların, kamu yararını ilgilendiren konular olduğunu ileri sürmektedirler. Başvuranlara göre yargılama makamlarının, Fırat Dink'in bahse konu makalelerde yazdıklarının bütününe değerlendirmenin yanı sıra, kişiliğini ve bu kişinin her zaman

Ermeni ve Türk toplumu arasındaki dostane ilişkiler için çalışmış olduğunu da göz önünde bulundurmaları gerekmektedir. Başvuranlara göre, uluslararası Lozan Antlaşmasıyla tanınmış bir azınlık grubuna mensup ünlü bir gazetecinin, bu azınlık grubunun üyelerinin kimlik sorunları hakkında fikir beyan etmesinden daha doğal bir şey olamazdı. Bir azınlık grubunun üyelerinin, günlük sorunlarını dile getirebileceği demokratik bir ortam yaratmak, Devletin ifade özgürlüğü konusundaki pozitif yükümlülüklerinden biri olmalıdır. Buna karşın Devlet organları, Fırat Dink'i Türklüğü tahkir nedeniyle kovuşturarak ve mahkûm ederek, aşırı ulusalcı çevrelere bu sorunları tartışan azınlık grupları üyelerinin Devlet düşmanı olduklarına dair bir mesaj göndermişlerdir. Aşırı ulusalcı çevrelerce açık bir biçimde algılanan bu mesaj, Fırat Dink'in öldürülmesine neden olmuştur.

121. Hükümet, başvuran tarafından bahse konu yazı dizisinde ele alınan sözlerin ceza mahkemelerince Türklüğü aşağılayıcı, küçük düşürücü ve olduğundan farklı yansıtan nitelikte yazılar olarak değerlendirilmesi nedeniyle nefret söylemi içerdiği kanaatindedir. Dini ve etnik kökenler arasında ayrımcılık üzerine kurulu olan nefret söylemini cezalandırmak, zorlayıcı bir sosyal gereksinime karşılık gelmekte ve demokratik bir toplumda gerekli görülmektedir.

122. Hükümet ayrıca, Devletin ifade özgürlüğü konusundaki pozitif yükümlülüğün, nefret söylemlerine ya da kamu düzenini tehdit eden eylemlere uygulanmayacağını ileri sürmektedir. Aksine, nefret söylemini yaptırım altına almak/cezalandırmak ve bu tip söylemlerin mağdurları için koruma sistemi öngörmek, Devletin uluslararası metinlerden, özellikle de Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi kararlarından ileri gelen görevleri arasında yer almaktadır.

ii. Genel ilkeler

123. AİHM, ifade özgürlüğünün, demokratik bir toplumun temel taşlarından birini oluşturduğunu hatırlatmaktadır. 10. maddenin 2. fıkrası kapsamında ifade özgürlüğü, sadece olumlu karşılanan ya da zararsız ve önemsiz "haber" ve "fikirler" için değil; Devlet ya da halkın herhangi bir kesimi için sarsıcı, şaşırtıcı ve rahatsız edici nitelikte olan haber ve fikirler için de geçerlidir (*Prager ve Oberschlick v. Avusturya*, 26 Nisan 1995, § 38, seri A no. 313, *Castells v. İspanya*, 23 Nisan 1992, § 42, seri A no. 236, *Handyside v. Birleşik Krallık*, 7 Aralık 1976, § 49, seri A no. 24 ve *Jersild v. Danimarka*, 23 Eylül 1994, § 37, seri A no. 298).

124. Basın, demokratik bir toplumda önemli bir rol oynamaktadır: özellikle de itibarın korunması açısından bazı sınırları aşmaması gerekse de, kendi görev ve sorumluluklarına riayet çerçevesinde kamu yararına ilişkin tüm konularda haber ve fikirleri iletme görevi de basına düşmektedir (*De Haes ve Gijssels v. Belçika*, 24 Şubat 1997, § 37, *Recueil* 1997-I). Basın özgürlüğü, aynı zamanda belli bir dozda abartıya ve hatta provakasyona başvurmayı da içermektedir (anılan *Prager ve Oberschlick* kararı, § 38).

125. Genel bir biçimde, ifade özgürlüğünün uygulanmasına getirilen herhangi bir sınırlamanın “gerekliliği” ikna edici biçimde düzenlenmiş olmalıdır. Kuşkusuz, bu sınırlamayı haklı kılmaya elverişli “zorlayıcı bir sosyal gereksinim” in mevcudiyetini değerlendirme görevi, öncelikle uygulamada belli bir takdir payından yararlanan ulusal makamlara düşmektedir. Somut olaydaki gibi bu sınırlama basını ilgilendirdiğinde, ulusal takdir yetkisi, demokratik toplumun, basın özgürlüğünün sağlanması ve korunmasına yönelik menfaatiyle karşı karşıya gelmektedir. Aynı şekilde, sınırlamanın hedeflenen meşru amaçla orantılı olup olmadığı belirlenirken, 10. maddenin 2. fıkrasının gerektirdiği gibi, bu menfaate büyük bir önem bahşetmek yerinde olacaktır (*Fressoz ve Roire v. Fransa* [BD], no. 29183/95, § 45, AİHM 1999-I).

126. Mahkemenin, bu denetimi yerine getirirken, hiçbir şekilde ulusal yargı organlarının yerine geçme görevi bulunmamaktadır; onun işlevi, söz konusu organların kendi takdir yetkileri gereğince aldıkları kararları, Sözleşmenin 10. maddesi açısından incelemektir. Bunun için, Mahkeme, ihtilaf konusu “müdahaleyi”, ulusal makamlar tarafından bunu haklı kılmak için ileri sürülen gerekçelerin “uygun ve yeterli” olup olmadığını belirlemek için davanın bütünü ışığında ele almalıdır (bkz, önceki pek çok karar arasında, *Goodwin v. Birleşik Krallık*, 27 Mart 1996, § 40, *Derleme* 1996-II). Bu şekilde, Mahkeme, ulusal makamların, mevzuatı, ilgili olayların uygun biçimde değerlendirilmesi suretiyle, 10. maddede öngörülen ilkelere riayet ederek uyguladığına ikna olmalıdır (*Ceylan v. Türkiye* [BD], no. 23556/94, § 32, AİHM 1999-IV).

iii. Olayların değerlendirilmesi ve genel ilkelerin somut olaya uygulanması

127. Başvuran Fırat Dink’in tartışma konusu sözleri, diaspora Ermenilerinin kimlik sorunlarına ilişkin sekiz makalelik bir yazı dizisinin içerisinde yer almaktadır. Türkçe ve Ermenice olarak iki dilde yayımlanan gazetede yer alan bu yazı dizisi, özellikle 1915 olayları gibi Ermenileri ilgilendiren tarihsel olaylar üzerine bir düşünce

dizisine dönüşmüştür. Ayrıca söz konusu yazı dizi, diaspora üyelerine kendi kimliklerini yeniden tanımlamak için çözüm önerilerinde bulunması açısından hem içeriği, hem de kullanılan terimleri bakımından siyasi bir söylem halini almıştır.

128. Mahkeme, ilk olarak, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın kanun yararına temyiz başvurusunda belirttiği üzere, başvuranın itiraz edilen ifadeyi kullandığı yazı dizisinin bütünüyle incelenmesi, "zehir" olarak nitelendirilen şeyin, Ermenilerdeki "Türk algısı" olduğunu ve diaspora Ermenilerinin 1915 olaylarının Türkler tarafından soykırım olarak tanınması yönündeki çabasının "saplantılı" niteliğini açıkça ortaya koymaktadır. Mahkeme, Fırat Dink'in, bu saplantının Ermenilerin kendilerini sürekli "mağdur" olarak hissetmelerine neden olduğunu, Ermeni diasporası mensuplarının hayatlarını kötü yönde etkilediğini ve sağlıklı temeller üzerine kendi kimliklerini inşa etmelerine engel olduğunu savunduğunu tespit etmektedir. Dolayısıyla, Mahkeme Hükümet'in iddiasının aksine, "Türkleri" hiçbir şekilde hedef almayan bu sözlerin nefret söylemi olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna varmaktadır.

129. AİHM, Yargıtay'ın başka bir sonuca daha ulaştığını gözlemlemektedir. Buna göre, Fırat Dink tarafından kullanılan "zehir" ifadesi "Türk kanı" anlamına gelmektedir. Bu konuda Yargıtay, başvuranın diğer ifadelerine dayanmıştır: Fırat Dink, Türk-Ermeni ilişkileri hakkındaki analizinde "paranoya", "travma" gibi ifadeleri de kullanmıştır; aynı zamanda "herkesi kendi vicdanıyla baş başa bırakmak için çok erken olmadığını", "bu gerçekliği (soykırım) kabul edip etmemenin, esasen herkesin kendi vicdanıyla ilgili olduğunu, vicdanın temelinin insani kimliğimize ve ortak insani değerlerimize dayandığını ileri sürmüştür; son olarak Fırat Dink, "gerçeği kabul edenlerin özellikle kendi insanlıklarını arındırdıkları" sonucuna varmıştır.

130. Mahkeme, Yargıtay'ın bu olay ve olgulardan hareketle "Fırat Dink'in Türklüğü aşağıladığı" sonucuna nasıl vardığını görmek amacıyla, AİHM Yargıtay'ın bu son ifadeyi ne şekilde yorumladığını inceleyecektir. Mahkeme, Yargıtay'a göre, Türklüğün devletin kurucu unsurlarından birine, başka bir deyişle insan unsuruna, kısacası "Türk milletine" gönderme yaptığını belirtmektedir. Esasen, Türklük, "insani, dini ve tarihi değerler yanında, ulusal dil, ulusal duygular ve ulusal geleneklerden oluşan ulusal ve ahlaki değerlerin bütünü" dür.

131. Mahkeme, Yargıtay'ın mevcut dava çerçevesinde Türklük kavramını yorumlayış biçiminin, Türk Ceza Kanununun 301. maddesinin (ya da eski Ceza Kanununun 159. maddesinin) korumaya yöneldiği menfaatler açısından iki yönlü etkisi

olduğunu saptamaktadır: İlk olarak, Devletin kurucu unsurlarından biri olan “Türk milleti” ile ilişkilendirilen Türklük kavramı, Hükümet tarafından yürütülen siyasetle ve kurumlarının faaliyetleriyle somut bir boyut kazanan Devlet’in birebir kendisiyle özdeşleştirilmiştir. İkinci olarak ise Yargıtay, Türklük kavramını Türklüğün geleneksel dini, tarihi ve dilsel aidiyet kavramlarıyla sınırlayarak tüm uluslararası anlaşmalarca tanınmış ya da tanınmamış dini, dilsel ya da etnik her türlü azınlık grubunu Türklük tanımının dışında bırakmıştır.

132. AİHM, bu şekilde yorumlanan Türklük ya da Türk milleti kavramlarının, Yargıtay için, Devlet kurumlarının belli bir konuda, başka bir deyişle Ermeni azınlığın kimliği konusunda yürüttüğü somut siyasetin sembolleri haline geldiğini gözlemlemektedir. Dolayısıyla, bu siyasete veya başka bir deyişle, bu konudaki resmi teze yönelik yapılan her türlü eleştiri, Türklüğü ya da Türk milletini “olduğundan farklı gösterme, aşağılama ve küçümseme” olarak kabul edilebilmektedir. Bu görüşler ışığında, AİHM, mevcut davada, Yargıtay’ın başvurusu bu söylemler nedeniyle mahkûm ederek, devlet kurumlarının 1915 olaylarına ilişkin soykırım tezini inkâr etmesini eleştirmesi sebebiyle dolaylı olarak cezalandırdığını tespit etmektedir.

133. Bununla birlikte, AİHM, Sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrasının, siyasal söylem veya kamu yararıyla ilgili konularda, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına hiçbir şekilde mahal vermediğini hatırlatmaktadır (*Wingrove v. Birleşik Krallık*, 25 Kasım 1996, § 58, *Derleme* 1996-V ve *Seher Karataş v. Türkiye*, no. 33179/96, § 37, 9 Temmuz 2002). Üstelik Hükümet’e karşı kabul edilebilir eleştirinin sınırları, sıradan bir yurttaşa veya hatta bir politikacıya göre daha geniştir. Ayrıca, Hükümet’in işgal ettiği hâkim konum, özellikle de muhaliflerinin haklı olmayan saldırı ve eleştirilerine cevap vermek için başka yollar bulunuyorsa, kendisinin yasal cezalandırma yolunu kullanma konusunda daha ölçülü davranmasını gerektirmektedir (*Incal v. Türkiye*, 9 Haziran 1998, § 54, *Derleme* 1998-IV). Son olarak, tartışma konusu sözlerin bir bireye, Devlet’in bir temsilcisine ya da toplumun bir kesimine karşı şiddet kullanımına teşvik ettiği hallerde, ulusal makamlar, ifade özgürlüğünün kullanımına müdahalenin gerekliliğini incelerken daha geniş bir takdir marjından (payından) yararlanmaktadırlar (anılan *Ceylan* kararı, § 34).

134. Ancak, AİHM söz konusu makale dizisinin, bütünüyle dikkate alındığında ne şiddet kullanımına, ne silahlı direnişe ne de ayaklanmaya teşvik ettiğini gözlemlemektedir; bu da göz önünde bulundurulacak temel unsurdur.

135. AİHM, bu unsur, belirleyici olmasa bile, Fırat Dink'in gazeteci ve Ermeni azınlığın sorunlarını işleyen iki dilli (Türkçe-Ermeni) bir gazetenin genel yayın yönetmeni kimliğiyle, Türk siyasal hayatındaki rolü çerçevesinde düşüncelerini ifade ettiğini de dikkate almıştır. Fırat Dink, 1915 olaylarının inkârı olarak değerlendirdiği tavırlara yönelik hıncını ifade ederken, sadece demokratik bir toplumda tartışmasız biçimde kamu yararına ilişkin bir konuda fikir ve düşüncelerini bildirmiştir. Mahkeme, bu denli önemli tarihi olaylara ilişkin tartışmanın özgürce yapılabilmesinin böyle bir toplumda çok önemli bir yer teşkil ettiği kanaatindedir (bkz. *mutatis mutandis*, *Giniewski v. Fransa*, no. 64016/00, § 51, AİHM 2006-I). Diğer yandan, Mahkeme "tarihi gerçeğin araştırılmasının ifade özgürlüğünün bütünleyici bir parçası" olduğunu ve kendisinin sürekli kamuoyu tartışmasına konu olan temel tarihsel bir sorun hakkında "karar verme yetkisi bulunmadığını" daha önce ifade etme olanağı bulmuştur (*mutatis mutandis*, *Chauvy ve diğerleri v. Fransa*, no. 64915/01, § 69, AİHM 2004-VI). Ayrıca Mahkemeye göre, Fırat Dink tarafından kaleme alınan makaleler hiçbir şekilde "haksız bir saldırı" niteliği taşımamakta, hakaret içermemekte; saygısızlığa ya da nefrete teşvik etmemektedir.

136. Bu nedenle, Fırat Dink'i Türklüğe hakareten dolayı mahkûm etmek, demokratik bir toplumda ifade özgürlüğüne müdahalenin gerekliliğini haklı gösteren başlıca unsurlardan biri olan "zorlayıcı sosyal gereksinime" hiçbir şekilde karşılık gelmemektedir.

iv. Devletin pozitif yükümlülükleri

137. Diğer başvuruların, mahkûmiyet kararının Fırat Dink'i, nihayetinde onu öldüren aşırı ulusalcı gruplar için hedef haline getirdiği yönündeki şikâyetlerine cevap olarak, Mahkeme, ifade özgürlüğü alanındaki Devletin pozitif yükümlülüklerine ilişkin görüşlerini yinelemektedir (yukarıda belirtilen 106. paragraf). Mahkeme, bu konuya ilişkin pozitif yükümlülükler gereğince, diğerlerinin yanında, Devletlerin, yazar ve gazeteciler için etkin bir koruma sistemi oluşturarak, ilgililerin fikir ve düşüncelerini, bunlar resmi makamlar veya kamuoyunun önemli bir kesimi tarafından savunulanların aksine olsa, hatta onlar için şaşırtıcı veya rahatsız edici nitelikte olsa bile, korkusuzca ifade etmelerine imkân sağlayarak, söz konusu tüm kişilerin toplumsal tartışmalara katılımı için uygun bir ortam yaratmakla yükümlü oldukları kanısındadır.

138. Bu bağlamda Mahkeme, yukarıda belirtilen 107. paragrafta ifade edildiği üzere, başvuran Fırat Dink'in mağdur sıfatını etkileyen davanın özel koşullarına ilişkin tespitlerini yinelemektedir. Mahkeme, bu koşullarda, güvenlik güçlerinin aşırı ulusalcı bir grup üyelerinin saldırısına karşı Fırat Dink'in yaşamını koruma görevlerini yerine getirmemelerinin (yukarıda belirtilen 75. paragraf) yanı sıra, zorlayıcı sosyal gereksinim bulunmadan ceza mahkemelerince mahkûmiyet kararı verilmesi (yukarıda belirtilen 136. paragraf), Hükümet'in başvuranın ifade özgürlüğünün korunmasına ilişkin pozitif yükümlülüklerini ihmal etmesine neden olmuştur.

v. Fırat Dink'in ifade özgürlüğüne ilişkin sonuçlar

139. Bu değerlendirmeler ışığında, Mahkeme, aşırı ulusalcı militanların ölümcül saldırısına karşı ilgiliyi koruyacak tedbirlerin alınmamasıyla birlikte ya da tek başına ceza mahkemeleri tarafından Fırat Dink hakkında alınan mahkûmiyet kararının onaylanmasının ilgilinin ifade özgürlüğü hakkına haksız bir müdahale oluşturduğu sonucuna varmıştır.

Dolayısıyla, Sözleşme'nin 10. maddesi ihlal edilmiştir.

140. Mahkeme, kendisine sunulan gerekçeleri ve Sözleşmenin 10. maddesi çerçevesinde vardığı ihlal sonucunu göz önünde bulundurarak, 6, 7 ve 14. maddelere ilişkin şikâyetlerin ayrı bir incelemeyi gerektirecek nitelikte maddi ya da hukuki herhangi bir sorunun ortaya konulmadığı kanaatine varmaktadır.

III. SÖZLEŞME'NİN 2. MADDESİYLE BAĞLANTILI OLARAK 13. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

141. Sözleşmenin 13. maddesi aşağıdaki gibi ifade edilmektedir:

"(...) Sözleşme'de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, söz konusu ihlal resmi bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahiptir."

142. Mahkeme, bu şikâyetin Sözleşmenin 35. maddesinin 3. fıkrası anlamında açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ve ayrıca başka açılardan bakıldığında da herhangi bir kabul edilemezlik unsuru bulunmadığını saptamaktadır. Dolayısıyla, bu şikâyetin kabul edilebilir nitelikte olduğu belirtilmelidir.

143. AİHM, bu hükmün, iç hukukta, ulusal mahkemeye Sözleşme'ye dayanan savunulabilir bir şikâyetin içeriğini inceleme konusunda yetki veren etkili bir başvuru yolunun sunulmasını gerektirdiğini hatırlatmaktadır (*Z ve diğerleri v. Birleşik Krallık* [BD], no. 29392/95, § 108, AİHM 2001-V). Bu hükmün amacı, ulusal yargılama yetkisi altında bulunan kişilere, Mahkeme önünde uluslararası şikâyet mekanizmasını harekete geçirmeden önce, Sözleşme ile güvence altına alınan haklarına ilişkin ihlallerin ulusal düzeyde uygun şekilde giderilmesini sağlayabilecek bir imkân sunmaktır (*Kudła v. Polonya* [BD], no. 30210/96, § 152, AİHM 2000-XI).

144. Sözleşmenin 2. maddesi hakkındaki şikâyetlere ilişkin davalarda, Sözleşme'nin 13. maddesi bağlamındaki etkili başvuru yolu kavramı, tazminat ödenmesinin dışında, sorumluların belirlenmelerine ve cezalandırılmalarına olanak sağlayan ve soruşturma sürecine ailenin etkili bir biçimde katılmasını da içeren, derinlemesine ve etkin bir soruşturma yürütülmesi yükümlülüğünü kapsamaktadır. Bu açıdan bakıldığında, 13. maddenin gereklilikleri, Sözleşme'nin 2. maddesinin öngördüğü etkili soruşturma yürütme şeklindeki usulü yükümlülüğünün ötesine geçmektedir (anılan *Kaya* kararı, § 107). Bu nedenle Mahkeme, başvuranın ileri sürülen olaylardan sorumlu olan kişi veya kişilerin belirlenmesini sağlama olanağı ve ceza yargılamasına müdahil olarak veya hukuk ya da idari mahkemelere başvurarak uygun tazminat talep etme imkanı bulamaması durumunda; ilgilinin etkili başvuru yolundan mahrum bırakıldığı sonucuna varabilmektedir. Başka bir ifadeyle, ceza soruşturması ile bir hukuk düzeninin bütününde bu başvuruların sahip oldukları mevcut hukuk yolları arasında somut ve sıkı usulü bir bağ bulunmaktadır (anılan *Öneryıldız* kararı, § 148).

145. AİHM, 2. madde bağlamındaki şikâyete ilişkin tespitlerini dikkate alarak, yalnızca bu şikâyetin 13. madde kapsamında "savunulabilir" nitelikte olduğu sonucuna varabilmektedir. Başvuranların, Fırat Dink'in yaşamının korunmasında ihmal ve eksiklikleri bulunan sorumluların belirlenmelerine ve cezalandırılmalarına, ayrıca tazminat ödenmesine de imkân verecek nitelikte, pratikte olduğu gibi teoride de etkili olan başvuru yollarını kullanmaları gerekirdi.

Yukarıda belirtilen olaylara ilişkin olarak, etkin bir ceza soruşturması yürütülmemesi neticesinde başvuranların teorikte mevcut olan, tazminat davası gibi diğer başvuru yollarını kullanmaktan mahrum kalmaları nedeniyle AİHM, Sözleşmenin 2. maddesiyle birlikte 13. maddesinin de ihlal edildiğini tespit etmiştir (*Kamer Demir ve diğerleri v. Türkiye*, no. 41335/98, §§ 52-55, 19 Ekim 2006).

IV. SÖZLEŞMENİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI HAKKINDA

146. Sözleşmenin 41. maddesi uyarınca,

“Eğer Mahkeme, bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırılabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder.”

A. Zarar

147. Başvuranlar, maruz kaldıkları manevi zarar bağlamında, Fırat Dink’in ifade özgürlüğünün ihlal edilmesinden dolayı 500 000 Avro (EUR) ve ilgilinin yaşama hakkının korunmaması nedeniyle de 500 000 Avro (EUR) talep etmişlerdir. Başvuranlar; söz konusu mahkûmiyet kararıyla, Fırat Dink’in kamuoyuna Türk düşmanı olarak gösterilmesinden ve kendisi tüm yaşamı boyunca açık bir biçimde ırkçılıkla savaşmış olmasına karşın, ırkçı bir fiilin faili olarak tanıtılmasından dolayı bütün ailenin duyduğu acıyı dile getirmişlerdir.

148. Hükümet, bu meblağların aşırı ve haksız olduğu kanaatindedir.

149. AIHM, Sözleşme’nin 2. maddesinin gerektirdiği esas yükümlülüğe aykırı olarak, yetkililerin önceden haberdar edilmelerine karşın Fırat Dink’i aşırı ulusalcıların ölümcül saldırısına karşı yeterli derecede koruyamadıkları (yukarıda belirtilen 75. paragraf); 2. maddenin yüklediği usulü yükümlülüğe (yukarıda belirtilen 91. paragraf) ve 13. maddeye (yukarıda belirtilen 146. paragraf) aykırı olarak, yetkililerin Fırat Dink’in yaşamının korunmasında sorumluların ihmallerinin bulunması konusunda soruşturma yürütmedikleri ya da etkili başvuru yolu sunmadıkları ve ilgiliyi aşırı ulusalcı militanlar tarafından düzenlenen saldırıya karşı koruyacak tedbirlerin alınmamasıyla birlikte ya da tek başına, Türklüğü aşağılamaktan dolayı Fırat Dink hakkında verilen mahkûmiyet kararının onanması nedeniyle Sözleşme’nin 10. maddesine aykırı olarak ilgilinin ifade özgürlüğünün ihlal edildiği (yukarıda belirtilen 139. paragraf) sonucuna vardığını hatırlatmaktadır.

150. Dava koşullarında, AIHM, başvuranlar Rahil Dink, Delal Dink, Arat Dink ve Sera Dink’e müştereken 100 000 Avro (EUR) ödenmesinin uygun olacağı kanaatine varmıştır. Diğer yandan, Mahkeme, başvuran Hasrof Dink’e 5 000 Avro (EUR) ödenmesine karar vermiştir.

B. Yargılama masraf ve giderleri

151. Başvuranlar, aynı zamanda, beş başvurunun tamamı için AİHM önünde ve ulusal mahkemelerde 255 saate karşılık gelen avukatlık ücretleri bağlamında 84 150 Avro (EUR) talep etmektedirler. Başvuranlar, çeşitli masraflar için ayrıntılı kanıtlayıcı belgeler sunarak 3 595 Avro (EUR) talep etmektedirler. Başvuranların avukatları ile birlikte imzaladıkları avukatlık sözleşmesinde, AİHM'in başvuranlara ödeyebileceği tazminatın % 15'ine karşılık gelen meblağı avukatların alacağı belirtilmektedir.

152. Hükümet, avukatlık ücretlerinin aşırı ve usulsüz olduğu kanısına vararak, İstanbul Barosu'nun avukatlık asgari ücret tarifesinin dikkate alınması gerektiğini ileri sürmektedir.

153. AİHM içtihadı uyarınca, başvuranın yapmış olduğu masraf ve giderlerin, bu miktarların gerçek, zorunlu ve makul oranda olması halinde geri ödenebileceğine hükmetmiştir. AİHM, somut olaya ilişkin elinde bulunan belgeleri ve ifade edilen kriterleri göz önünde bulundurarak, başvuranlara tüm masraflar için 28 595 Avro (EUR) ödemesinin makul olacağı kanısındadır.

C. Gecikme faizi

154. AİHM, gecikme faizi olarak Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal kredilere uyguladığı faiz oranına üç puan eklemek suretiyle elde edilecek oranın uygun olduğuna karar vermektedir.

Bu gerekçelere dayanarak AİHM, oybirliğiyle,

1. Hükümetin ön itirazlarının esasa birleştirilmesine ve *reddine*;
2. Başvuruların *kabul edilebilir olduğuna*;
3. AİHS'nin 2. maddesinin esas bakımından *ihlal edildiğine*;
4. AİHS'nin 2. maddesinin usul bakımından *ihlal edildiğine*;
5. AİHS'nin 10. maddesinin *ihlal edildiğine*;
6. AİHS'nin 2. maddesiyle birlikte 13. maddesinin *ihlal edildiğine*;
7. AİHS'nin 6, 7 ve 14. maddeleri bağlamında şikâyetlerin ayrıca incelenmesine *gerek olmadığına*;

8. a) Sözleşme'nin 44 § 2. maddesine uygun olarak; davalı devletin kararın kesinleştiği tarihten başlamak üzere üç ay içerisinde, ödeme tarihinde geçerli olan döviz kuru üzerinden Türk lirasına çevrilmek üzere aşağıdaki miktarları ödemekle yükümlü olduğuna;

i. ödenmesi gereken her türlü vergi tutarı hariç olmak üzere, başvurular Rahil Dink, Delal Dink, Arat Dink ve Sera Dink'e müştereken 100.000 (yüz bin) Euro manevi tazminat ve başvuran Hasrof Dink'e 5.000 (beş bin) EUR manevi tazminat *ödenmesine*;

ii. Başvurular tarafından ödenmesi gereken her türlü vergi tutarı hariç olmak üzere, yargılama masraf ve giderleri için başvuranlara müştereken 28.595 (yirmi sekiz bin beş yüz doksan beş) EUR *ödenmesine*;

b) Söz konusu sürenin bittiği tarihten başlayarak, ödemenin yapıldığı tarihe kadar, Avrupa Merkez Bankası'nın o dönem için geçerli olan faiz oranının üç puan fazlasına eşit oranda basit faiz *uygulanmasına*;

9. Adil tatmine ilişkin diğer tüm taleplerin *reddine* karar vermiştir.

İşbu karar Fransızca olarak hazırlanmış ve İçtüzüğü'nün 77 §§ 2 ve 3. maddesi uyarınca 14 Eylül 2010 tarihinde yazılı olarak tebliğ edilmiştir.

Stanley Naismith

Yazı İşleri Müdürü

Françoise Tulkens

Başkan

Mevcut kararlar ilgili olarak, Sözleşme'nin 45. maddesinin 2. paragrafı ile İçtüzüğü'nün 74. maddesinin 2. paragrafı uyarınca, Yargıç Sajo'nun ayrı oy görüşüne katılan Yargıç Tsotsoria'nın görüşü işbu karar ekinde yer almaktadır.

*Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı tarafından Türkçeye çevrilmiş olup, gayri resmi tercümedir.

YARGIÇ TSOTSORIA'NIN DA HEMFİKİR OLDUĞU YARGIÇ SAJO'NUN MUTABAKAT ŞERHİ

(Çeviri)

Somut olayda Fırat Dink'in yaşama hakkının ve ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin Mahkeme'nin varmış olduğu sonuca katılıyorum; bununla birlikte, bu sonuca Mahkeme'nin karar gerekçesinde egemen olan görüşlerden biraz daha farklı olan değerlendirmelere dayanarak vardım.

A. Mağdur sıfatına ve Devlet yükümlülüklerine ilişkin olarak – 10. madde

Kararın 106. paragrafından, Fırat Dink'in mağdur sıfatının, Devlet'in ifade özgürlüğünün korunmasını amaçlayan pozitif yükümlülüklerine bağlı olduğu sonucu çıkmaktadır. Bu konudaki gerekçelendirme şu şekilde yapılmıştır: Dink'in öldürülmesi mahkûmiyetiyle ilgilidir, dolayısıyla özellikle Sözleşmenin 10. maddesinden doğan Devlet'in yerine getirmesi gereken pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, Dink'in mağdur sıfatını almasına yol açmıştır. Buradan sonra açıklayacağım nedenler sebebiyle, somut olayda özel olarak Sözleşme'nin 10. maddesinden kaynaklanan bir pozitif yükümlülük bulunduğunu düşünmüyorum; ayrıca Mahkeme'nin, Hükümet'in ilk itirazını reddetmek için başvuranın mağdur sıfatı hakkında bu gerekçelendirmeye de ihtiyacı yoktur. Hükümet, Yargıtay önünde yapılan yargılamanın sonunda, ilk derece mahkemesine gönderilen dava dosyasının sanığın ölümü nedeniyle kapandığı kanaatindedir.

Hâlbuki, öncelikle, Yargıtay'ın başvuranın mahkûmiyetini onayan kararının ilk derece mahkemesi tarafından uygulanması gerekirdi, bu sebeple Dink kesinlikle mağdurdur. Bu karar onandığı andan beri nihai nitelik taşımaktadır. İkinci olarak, Hükümet, Sözleşme'nin 2. maddesi gereğince Devlet'in başvuranın yaşamını koruma pozitif yükümlülüğünün yerine getirilmemesinden kaynaklanan bir olayı (başvuranın ölümünü) dayanak gösteremez.

Mahkeme, Devlet'in gazeteyi ve gazeteciyi koruma pozitif yükümlülüğünün olduğunu ifade etmektedir. Kararın 107. ve 108. paragraflarına göre, Fırat Dink cinayeti, bir ölçüde Yargıtay'ın kararından, bir ölçüde de aşırı ulusalcı grupların bu ceza yargılamasına müdahil olarak katılmalarına izin verilmesinden

kaynaklanmıştır. Mahkeme, 'Fırat Dink'in suçlu bulunmasıyla ilgili Yargıtay tarafından verilen onama kararının, tek başına ya da aşırı ulusalcı militanlara karşı koruma önlemlerinin alınmamasıyla birlikte dikkate alındığında, Sözleşmenin 10. maddesinin 1. fıkrası tarafından koruma altına alınan ifade özgürlüğüne müdahale niteliği taşıdığı sonucuna varmıştır. Oysa sorun olan husus, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edilmiş olması değil; Yargıtay kararının uygulanmaması nedeniyle Hükümet'in itiraz ettiği Dink'in mağdur sıfatıdır.

Mahkeme'nin Sözleşme'nin 10. maddesinin ve hatta 2. maddesinin ihlaliyle aşırı ulusalcı grupların faaliyetleri arasında bağ kurarak yaptığı varsayım beni biraz rahatsız etmektedir. Mahkeme'nin sabit bulunduğu olaylar şunlardır: Atatürk'ün kızı hakkında yazılan makaleden sonra yapılan gösteriler ve gönderilen tehdit mektupları aşırı ulusalcı militanlara atfedilmiştir. Bununla birlikte, bu gösterilerin yasadışı ya da göz korkutucu olduğunu gösteren bir bulgu yoktur. Fırat Dink'e karşı tamamen yasal olan bir başka gösterinin ardından, aynı grup üyelerinden biri suç duyurusunda bulunmuştur ve aşırı ulusalcı akımlara mensup kişiler dava sırasında gösteri yapmışlardır. Bu olaydan üç yıl sonra, mahkûmiyet kararından altı ay sonra Fırat Dink aşırı ulusalcı bir militan tarafından öldürülmüştür. Fırat Dink aleyhine gösterilere katılan aşırı ulusalcı militanların hepsi ya da en azından bir bölümü öldürülmesini kışkırtan kişiler midir? Ayrıca, bu farklı eylemlerin arkasında bir ya da birden fazla grup olup olmadığını da kimse bilmemektedir.

Fırat Dink'in mağdur sıfatının olup olmadığını belirlemek için, Mahkeme, Yargıtay'ın kararının, ilgili kamuoyunun ve özellikle de aşırı ulusalcı grupların gözünde Türk kökenli tüm insanları aşağılayan bir birey olarak gösterdiğini dikkate almıştır. Ancak Fırat Dink'in öldürülmesini amaçlayan komplonun en azından 2006 yılında hazırlanmaya başlandığı ve polisin de bunu bildiği görülmektedir (Kararın 33. paragrafı). Bir yandan suçun planlanmasıyla mahkûmiyet arasındaki ilişki, diğer yandan komplonun hazırlık aşamasıyla cinayet arasındaki ilişki tam olarak açıklığa kavuşmamıştır. Cinayetin kısmen mahkûmiyet kararına dayandığı sonucuna varamayacağım gibi, Devletin basın özgürlüğünü koruma alanındaki pozitif yükümlülüklerinin ihlalden kaynaklandığı sonucuna da kesinlikle varamam.

Ayrıca söz konusu kararda, Devlet'in ifade özgürlüğünü koruma alanındaki pozitif yükümlülüklerine ve ilgili tüm kişilerin kamusal tartışmalara katılmasına uygun ortam yaratma yükümlülüğüne ilişkin olarak yapılan yoruma da katılamayacağım.

Çoğunluğun ifade ettiği, gazetecilere yönelik saldırı ve göz korkutma girişimlerine ilişkin kaygıları paylaşıyorum. Ancak davanın kendine özgü koşullarında söz konusu özel eylemler (gösteriler, ceza yargılamasına müdahillik) yasal eylemlerdir. Bu eylemler, ihtilaf konusu makaleler yayımlandıktan sonra meydana geldikleri için, hiçbir sansür önleminin alınmasıyla engellenemezlerdi. Kuşkusuz, Devlet, ifade özgürlüğünün etkin korunmasını sağlayacak bir sistem ortaya koymalıdır. Ayrıca, ulusal makamlar, basın faaliyetlerine yönelik olarak üçüncü kişilerin gerçekleştirdiği rahatsız edici eylemlere karşı özel koruma önlemleri almalıdır (bkz. *Özgür Gündem v. Türkiye*, n° 23144/93, AİHM 2000-III). Ancak Sözleşme'nin 10. maddesi açısından bir pozitif yükümlülük söz konusu olduğu zaman, paternalizmden korumak gerekmektedir. Basının korunması için alınacak pozitif bir önlem, ifade özgürlüğüne sınırlama getirilmesine neden olabilir. Örneğin, basına yönelik her türlü eleştiri, basının (tabii ki çoğu zaman hükümete bağlı yaygın organlarını) lehine olan koruma önlemlerinin alınmasına vesile olabilir. Devlet suiistimalleri, sıklıkla pozitif yükümlülükler adına gerçekleştirilir. Sözleşme'nin 10. maddesi bağlamında, bu tür yükümlülükler belirli basın faaliyetleriyle bağlantılı olmalıdır. Gazetecilerin yaşamları tehdit altında olduğu zaman, koruma ödevi, iki açıdan farklı içeriği olan Sözleşmenin 2. maddesi bağlamındaki Devletin pozitif yükümlülükleriyle karıştırılmaktadır:

- nasıl ki ırkçı gerekçelerle işlenen suçlar, soruşturma alanında özel yükümlülüklerin yerine getirilmesini gerektiriyorsa (*Natchova et autres c. Bulgarie* [BD], no 43577/98 ve no 43579/98, AİHM 2005-VII), bir gazeteciye susturma isteği ile işlenen cinayet de, benzer şekilde, *Šečić v. Hırvatistan* Kararı'nda gösterilen ilkeler uyarınca özel soruşturma yükümlülükleri gerektirmelidir (no 40116/02, AİHM 2007-VI, karar ırkçı bir saldırıya ilişkindir).

- alınacak koruyucu önlemlerle ilgili olarak, gazetecilerin fiziki bütünlüğüne yönelik her türlü tehdidin ciddiye alınması ve bu tehdidin gerçekliğinin karine olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyim. Bu tehdidin gerçekleşme olasılığı ve Sözleşme'nin 10. maddesinden doğan haklara bağlı genel çıkar bağlamında, tehdiye maruz kalan gazeteci, yetkililer tarafından sağlanan bir koruma düzeyinden yararlanmalıdır (basına yönelik her türlü saldırı genel olarak caydırıcı bir sonuç doğurur). Başka bir deyişle, Türk makamları tarafından anlaşıldığının aksine, gazetecilerin fiziki bütünlüğünü korumak, sadece bir bakanın takdir yetkisine bırakılamaz (bkz. 138/23 no.lu değerlendirme raporu, sayfa 33, Hükümet görüşleri).

B. Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edilmesi hakkında

Sözleşme'nin 10. maddesine ilişkin Mahkeme kararlarının çoğunluğu orantılılık sorunlarının ayrıntılı analizini gözler önüne serer; ancak somut olayda olduğu gibi bazı durumlarda, bu yaklaşım, ifade özgürlüğünü korumanın en iyi yöntemi değildir. Bu türden bir analizin şarta bağlı özelliği, Sözleşme'nin 10. maddesince güvence altına alınan ifade özgürlüğünden yararlanmak isteyen herkesin sürekli olarak oto-sansür eğilimine girmesine neden olur. Kişi, çerçevesi çok geniş ve belirsiz olan yasal sınırlandırmaların yarattığı keyfiyete maruz kaldığı zaman, kovuşturmayla konu olabilir ve ulusal bir makamın ya da Mahkeme'nin, mahkûmiyetinin orantısız olduğuna hükmetmesini beklemekle yetinir. Ancak, kendisinin önceden neyin « orantısız » olarak nitelendirileceğini bilmesi mümkün değildir. Örneğin, hafif para cezasına veya cezaya mahkûm edilen bir kişi, başka davalarda Sözleşme'nin 10. maddesinin korumasından yararlanabileceği beyanları için açılan davada haklı bulunmayacaktır. Şayet kişi serbest bırakılmışsa ya da hafif bir ceza çekmişse, kovuşturma süreci ciddi bir memnuniyetsizliği de beraberinde getirdiğinden kendiliğinden bir « ceza »ya benzemesine rağmen, adli kovuşturmalar Mahkeme'nin gözünden kaçacaktır. Oto-sansür olgusu dolayısıyla, az sayıda insan kendisi aleyhinde dava açılmasını kabullenir.

Yukarıda yer alan gerekçeler ve Türk Ceza Kanununun 301. maddesinin suiistimalleri kolaylaştırma eğilimi bağlamında, bu maddenin olaya uygulanabilir hükmü, Sözleşme'nin tanıdığı ifade özgürlüğü ilkesine kısıtlama getirebilecek nitelikte meşru bir amaca hizmet etmemektedir. Mahkeme, kamu düzeniyle ilgili endişelerin mevcudiyetine dair kaygılarını belirtmiş olsa da, ben kendi adıma, somut olayda, « Türklüğü » aşağılamanın suç olarak konulmasını açıklayabilecek hiçbir gerekçe göremiyorum. Somut olayda olduğu gibi, yasanın kendisi ifade özgürlüğünü zedelediği zaman, uyuşmazlık konusunu sınırlandırmanın, Sözleşme'yi ihlal etmesine, sadece ilgili yasanın somut olaya uygulanmasında gerçekleştirilen orantısız müdahalenin neden olduğu izlenimini vermemeliyiz. Bu tür yasalara karşı, « müdahalenin meşru amaca ulaşmak için « gerekli » olup olmadığı » hakkında eksiksiz bir orantılılık incelemesine girmeye ihtiyaç yoktur. Ayrıca, Türk Ceza Kanunu'nun 301. maddesi, öngörülebilirlik şartını yerine getirmiş sayılamayacağından dolayı da kabul edilemez; aslında madde hiçbir yönlendirme ve yorum içermediği gibi Yargıtay'ın tutumu da netlikten yoksundur.

Türk kimliğini aşağılamayı suç olarak kabul etmenin ne surette Sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrasında gösterilen meşru sınırlandırma gerekçelerinden biriyle ilişkilendirilebildiğini anlamadım. Hükümet, konuya herhangi bir açıklık getirmeden, gerekçe olarak, kamu düzeninin korunmasını ileri sürmektedir. Normal şartlar altında kamu kurumları üzerine atılmış bir leke kamu düzenine gerçekten nasıl zarar verebilir? Burada da tahminler arasında yolumuzu kaybediyoruz. Kamu kurumlarının işleyişine yönelik abartılı hatta hakaret içeren tasvirler bile genel yarara ilişkin sorunların tartışılması çerçevesinde değerlendirilebilmektedir; bu beyanların ne şekilde kamu düzeninin bozulmasına ya da şiddete yol açabileceğini anlamış değilim. Şayet iddia edilen kamu düzeni menfaati, « Türklüğe » yönelmiş saldırının « kamu kurumlarını » değerden düşüreceği fikri üzerine kurulu ise, bu tezi son derece spekülatif olarak kabul etmek ve başka bir analize gitmeden reddetmek yerinde olur.

Hiçbirinin beni tatmin etmeyeceğini bildiğim halde, kamu düzenine ilişkin olarak mümkün olabilecek iki açıklama daha düşünebilirim. İlk olarak, Türklüğü aşağılama, karşılığında pek çok kişinin şiddet gösterebileceği gerçek bir hakaret olarak düşünülebilir (Hindistan'ın bazı bölümlerinde, dini bir simgeye yöneltilen saldırı kaçınılmaz olarak isyan çıkmasına neden oluyor). Başka bir deyimle, belirli bir gruba yönelik hakaretin şiddet içeren tepkiler verilmesine neden olduğu özel durumlar olabilir: burada özel bir şekilde şiddetin kışkırtılması söz konusudur. Ancak, bu şekilde bir yargısal yorumun (böyle bir yorum da ayrı sorunları beraberinde getirirdi) yokluğunda ve Hükümetin Türkiye'nin şiddet ve isyanları önleyemeyecek derecede çaresiz durumda bulunduğunu kanıtlanmadığı dikkate alındığında, kamu düzenine ilişkin gerekçenin kabul edilebilir nitelikte olmadığı kanaatindeyim.

Bazı kimselerin Fırat Dink'in yazıları nedeniyle hakarete uğramış hissetmeleri ve onu öldürmeye karar vermeleri mümkündür, ancak bu belirleyici mülhaza olamaz. Ulusal makamlar, cinayeti önlemekle mükellefler. Şayet, bir ülkenin makamları, kamu düzeni ve güvenliğinin korunması için gerekli kaynakları ayırmayı reddederek, düşüncelerini aleni olarak açıklayan kişileri susturmaya kendisini yetkili görürse, ifade özgürlüğünün ve demokrasinin sonu gelmiş demektir. Hakaret, bazı beyanlardan kaynaklansa da, kendiliğinden şiddete başvurma sebebi değildir; şayet iddia edilen karışıklığın altında bu beyanların muhataplarının hoşnutsuzluğu yatmakta ise, potansiyel bir karışıklık, bu beyanların sahibine atfedilemez. Hakaret ve bundan doğabilecek karışıklık ya da isyanın, ifade özgürlüğünü kısıtlamak için meşru bir

gerekeceğini kabul etmek, karışıklık çıkarıcılara veto yetkisi bahsetmek ve şiddet eğilimli küçük grupların ifade özgürlüğünü kullanan kişiye tolere edilebilir söylemlerini dayatmalarına imkân vermek anlamına gelmektedir. Bu açıdan Devletin pozitif bir yükümlülüğü varsa, gerçekte bu tür grupların uyguladıkları sansürü engellemek için olmalıdır. Kamu düzeni, kamusal beyanların muhataplarının şiddetine karşı korunmalıdır; beyanların sahibine karşı değil.

Kamu düzeninin üçüncü bir tanımı, kamu görevlerinin anayasanın öngördüğü değerlere uygun olarak yapılandırılmasını ifade eden « anayasal düzen » dir. Örneğin; çok eşli evliliğin tanınması, belirli bir toplumda evliliğe ve eşitliğe ilişkin anayasal değerlerle uyumlayacağı için, kamu düzenine aykırı olur. Bu açıdan, Türklük değerlerinin anayasal ahlaki düzene gönderme yaptığı iddia edilebilir. Ancak ifade özgürlüğü, gerçekte sistemi yıkmaya yönelmediği müddetçe anayasal değerlerin eleştirisi için de geçerlidir. Ayrıca, soyut bir kavram olan « değerlerin korunması », bir ceza hukuku kavramı olamaz ve değerlere yönelik duyarlılık, özellikle de anayasada kendini gösterdiği biçimiyle tanımlanmış ulusal kimlik, kısıtlama gerekçeleri arasında değildir (*Vajnai - Macaristan*, n° 33629/06, 8 Temmuz 2008).

Yargıtay kararı, başka kısıtlama sebeplerinden de bahsetmektedir. Yargıtay, « kötü niyetiyle kullanılmış olan Türklere hakaret eden (...) aşağılayıcı cümleye » atıf yapmaktadır. Türklüğün, Türklerin ya da Türk milletinin korunmasının, belli bir topluluğun bütününe onurunun (ya da haysiyetinin?) korunmasında olduğu gibi başkalarının haklarının korunması kapsamında düşünülmesi de mümkündür.

Benim anlayışıma göre, Yargıtay kararı Dink'in ifadelerinin müşterek kimliğe saldırı oluşturduğunun düşünüldüğünü gösteriyor (dolayısıyla kamu düzeninden çok, başkalarının haklarına dokunduğu iddia edilebilir). Hedeflenen topluluğun çok çeşitli bireylerden oluştuğu olgusu dikkate alındığında, yetkililerin ya da kamunun büyük bölümünün, topluluk tarafından temel olarak görülen bir unsuru aşağıladığı için topluluk üyelerinden sadece birinin onurunun diğer üyelerin gözünde zedelediği düşünülemez. Sözlü bir saldırı bu grubun üyelerinin haysiyetine dokunsa da, hakaret içeren beyanlar açıkça belirlenmiş bir grubun üyelerini hedeflemediyse, ceza hukukunun bu alana müdahalesi normal olarak beklenemez. Şok edici fikirler, müşterek onur söz konusu olduğu zaman bile koruma altındadır. « Türklüğü gizli bir şekilde aşağılamanın » iddia edilen negatif etkileri, sadece kimlikle ilgilidir. Çok özel bir yorum yapılmadığı sürece, ulusal kimliğe zarar veren aynı şekilde bir aşağılama, başkalarının

haklarına ilişkin değildir; dolayısıyla Sözleşme'den kaynaklanan hakların sınırlanması için meşru gerekçe oluşturamaz.

Sn. Dink'in bakış açısına yüklenebilecek en aşağılayıcı anlam, Yargıtay'ın çarpık mantığı izlenirse, Ermenilerin, Türklerin zehirli kana sahip olduklarını düşünmeleridir. Türklüğün aşağılanması, Türklere atfedilen « zehirli » sıfatından doğmaktadır (başvuranın Ermenileri paranoyak olarak nitelendirdiğini bir kenara bırakalım). Hal böyle olunca, geriye « başkalarının haklarının » hangi ölçüde tüzel kişiliğe saygı hakkını içerdiğine bakmak kalıyor. Türklüğün arkasında saklanan, aşağılanan Türk toplumunun bir parçasıdır. Yargıtay'a göre, « başka bir toplumu yücelten bir toplum, ifade özgürlüğü tarafından korunamaz » (kararın 28. paragrafı). Türk toplumunun bir kesimine veya diğer bir kesimine yönelmiş Türklüğe hakaret olan Büyük Suç'la ilgili özürler, eleştiriler ya da saldırgan ifadelerin kullanılması Yargıtay tarafından suiistimal olarak nitelenmektedir (Ceza Genel Kurulu). Ancak bir bireyin koru hakkında pozisyon almasının (başvuran tarafından savunulan görüş) Türklüğün insani ve tarihsel değerlerine, dolayısıyla da bu kavramın arkasında bulunan hukuki kişiliğe saygı hakkına zarar verdiğini kanıtlayacak hiçbir veri bulunmamaktadır. Makaledeki görüş, hiçbir şekilde kimliği belirli bireylere karşı nefretin övülmesini de andırmamaktadır. Tam tersine, makale, olumsuz basmakalıp düşüncelerin terk edilmesine davet etmektedir. Mahkeme ulusal yargı makamlarının yaptıkları yorum ve hukuki nitelendirmelere saygı göstermek zorundaydı da bu noktada ben Yargıtay'ın yorumunun keyfi görüldüğünü kabul etmek durumundayım (çeşitli bilirkişi raporlarının ve muhalif görüşlerinin de ortaya koyduğu gibi).

Mahkeme'ye göre, Fırat Dink'in beyanlarına atfedilmesi gereken anlam şudur: Dink, Devletin ve kurumlarının Ermeni topluluğu aleyhinde yürüttüğü politikaya saldırmıştır. Dolayısıyla, Mahkeme, Türk Ceza Kanununun 301. maddesi ışığında, « Türklük kavramına » böylelikle Devletin kurucu unsurlarından birine atıfta bulunarak, somut olarak Hükümetin yürüttüğü siyasetle ve kurumlarının faaliyetleriyle maddeleştirilen Türk kimliğinin Devlet'in kendisine ait olduğu kanaatinde (131. paragraf). Yargıtay kararının bu şekilde okunmasını açıklayan tek sebep, Devletin bir şekilde Türk milletine bağlı olması olgusudur. Bu iki kavram aynı cümlede kullanılmıştır : « Yargıtay'a göre, Türk kimliği, Devletin kurucu unsurlarından birine, başka bir deyişle insan unsuruna, daha açık bir deyimle « Türk milletine » gönderme yapmaktadır » (130. paragraf). Ben bu birleştirmeyi sıkıntılı buluyorum.

Bundan dolayı, Mahkeme'nin varmış olduğu sonuca katılamayacağım. «Yargıtay, mevcut davada bu beyanlardan dolayı başvuruları suçlu ilan ederek, dolaylı olarak 1915 olaylarına ilişkin soykırım tezini inkâr eden Devlet organlarını eleştirdiğini onaylamıştır. » (132. paragraf). Gerçekte, Yargıtay, 1915 « olaylarının» incelenmesinin, ifade özgürlüğünün koruması altında gerçekleştirildiği kanaatine varmıştır. Herşeyin ötesinde, Dink, « zehirlenme probleminin » insanlığın ortak değerlerine ve bireysel vicdana göre çözülmesi gerektiğini söylemiştir. Yargıtay, (Büyük Suçun soykırım olarak nitelendirilmesi sorununu herkesin kişisel vicdanına bırakan) bu kişisel görüşü bir suç haline getirerek, diğer her türlü tezi yok sayan resmi teze desteğini vermiştir. Oysa fikri tartışmalarda, yegâne hükümet fikrinin dikte edilmesi ifade özgürlüğüyle bağdaşamaz.