



T.C.
GAZİOSMANPAŞA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ
KARARLARINDA İFADE HÜRRİYETİ:
TÜRKİYE

Hazırlayan
Ali OKUMUŞ

Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı
Yüksek Lisans Tezi

Danışman
Yrd. Doç. Dr. Yusuf TEKİN

TOKAT – 2006

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA İFADE
HÜRRİYETİ: TÜRKİYE

Tezin Kabul Ediliş Tarihi:/..../2006

Jüri Üyeleri (Ünvanı, Adı Soyadı)

İmzası

Başkan : Doç. Dr. Y. Ziya TAŞKAN

.....

Üye : Yrd. Doç. Dr. Yusuf TEKİN

.....

Üye : Yrd. Doç. Dr. B. B. ÖZİPEK

.....

Üye :

.....

Üye :

.....

Bu tez, Gaziosmanpaşa Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yönetim Kurulunun
..../..../2006 tarih ve sayılı oturumunda belirlenen jüri tarafından kabul edilmiştir.

Enstitü Müdür: Prof. Dr. Osman DEMİR

Mühür

İmza

TEŞEKKÜR

Çalıőmamda bilgi ve tecrübesiyle beni yönlendiren danışmanım Yrd. Doç. Dr. Yusuf TEKİN'e, kaynak bulmam konusunda yardımcı olan, ders dönemimizde bilgi ve görüşleri ile bizleri aydınlatan, Doç. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN'a, Yrd. Doç. Dr. B. Berat ÖZİPEK'e, Yrd. Doç. Dr. Ahmet ÖZKİRAZ'a, Yrd. Doç. Dr. M. Nazan ARSLANEL'e; maddi ve manevi desteklerini benden esirgemeyen eşim Zehra Betül OKUMUŞ ile arkadaşlarım Onur, Őeyhmus ve Mutlu'ya teşekkür ederim.

ÖZET

Kişilerin duygu ve düşüncelerini barışçıl yollarla serbestçe dışa vurabilmeleri olarak tanımlanan ifade hürriyeti, diğer hürriyetlerin lokomotifi durumundadır. Bu hürriyet, tarihsel süreç içerisinde birçok farklı gerekçeyle savunulmuş ise de, esasen onun insan olmanın bir gereği olduğunu söylemek mümkündür. Devlet yönetimlerinin demokratikleşme yolunda ilerlediği günümüz dünyasında, demokratikleşme tartışmalarının ifade hürriyetinden bağımsız olamayacağı kabul edilmektedir. Demokratikleşmeyle yakından ilişkili olan ifade hürriyetinin üzerinde sık tartışılan bir alan olması, bu nedenle doğal görülmelidir.

Tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de ifade hürriyeti konusunda yoğun tartışmalar yaşanmaktadır. Bu tartışmaların nedeni Avrupa Birliği (AB)'ne üyelik yolunda ilerleyen ülkemizin, özgürlükler konusunda Avrupa standartlarını yakalama çabasıdır. Bu bağlamda ülkemizde bir çok yasal düzenleme yapılarak, ifade hürriyeti konusundaki problemler giderilmeye çalışılmaktadır. İfade hürriyetinin ülkemizdeki durumu ve bu durumun AB standartlarına yükseltilmesi için yapılması gerekenleri anlamak bakımından, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin ülkemiz hakkında vermiş olduğu kararlarının incelenmesi, önem arz etmektedir.

Biz de bu çalışmada öncelikle “insan hakları”, “ifade” ve “ifade” hürriyeti kavramlarını tanımlamaya çalışarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin 10. maddesinde düzenlenen ifade hürriyetini inceleyeceğiz. 10.maddede düzenlenen ifade hürriyetini, mahkeme içtihatlarıyla somutlaştırdıktan sonra ise, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 10. maddeyle ilgili olarak ülkemiz hakkında vermiş olduğu kararların bir

kısmını özet olarak aktararak, bu kararlar ışığında, ülkemizde ifade hürriyetinin Avrupa standartlarına yükseltilmesi için yapılması gerekenleri ortaya koymaya çalışacağız.

Anahtar Kelimeler: İnsan hakları, ifade, ifade hürriyeti, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

ABSTRACT

Freedom of speech, which is defined as individuals' right to express their feelings and thoughts peaceably and freely, stands as the locomotive of other liberties. Although this freedom has been defended on various rationales along the historical process, basically, it can be explained on the grounds of being a human. It has been acknowledged that democratization discussions cannot be separated from freedom of speech in today's world where state administrations move along democratization path. That freedom of speech, which is closely related to democratization, is a frequently discussed area should therefore be viewed natural.

We have also been experiencing extreme discussions on freedom of speech in our country as in all over the world. The reason for these discussions is the effort by our country, making progress through the goal to join European Union (EU), to keep up with the standards of Europe in regard to liberties. In this respect, continuous efforts are being made in our country to eliminate the problems relating to freedom of speech through several legal amendments. The examination of judgments given by European Court of Human Rights (ECHR) for our country presents an importance to appreciate the state of freedom of speech in our country and the requirements to enhance this state to European Union standards.

In this study, we aim to investigate freedom of speech stated in the 10th clause of European Human Rights Agreement (EHRA) by first trying to define the concepts of "human rights", "speech", and "speech of freedom". After embodying the freedom of speech stated in the 10th clause with the court arguments, by reporting some of the judgments given by European Human Rights Court relating to 10th clause for our country,

we will try to put forward the things to be done to enhance the freedom of speech in our country to the standards of Europe in the light of these judgments.

Key Words: Human rights, speech, freedom of speech, European Human Rights Agreement, European Court of Human Rights.

İÇİNDEKİLER

| | <u>Sayfa No</u> |
|--|-----------------|
| TEŞEKKÜR | i |
| ÖZET..... | ii |
| ABSTRACT..... | iv |
| İÇİNDEKİLER..... | vi |
| KISALTMALAR LİSTESİ..... | ix |
| 1. GİRİŞ..... | 1 |
| 2. LİTERATÜR TARAMASI..... | 5 |
| 3. İFADE HÜRRİYETİNİN TEORİK BOYUTU..... | 8 |
| 3.1. Kavramsal Çerçeve..... | 8 |
| 3.1.1. Genel Olarak İfade Hürriyeti..... | 8 |
| 3.1.2. İfade Kavramı..... | 10 |
| 3.1.3. İfade Hürriyeti Kavramı..... | 13 |
| 3.2. İfade Hürriyetinin Unsurları..... | 16 |
| 3.2.1. Bilgi Edinme ve Düşünme Hürriyeti..... | 17 |
| 3.2.1.1. Bilgi Edinme hürriyeti..... | 17 |
| 3.2.1.2. Düşünme Hürriyeti..... | 24 |
| 3.2.2. Bir Görüşe Sahip Olma (Kanaat, Düşünce) Hürriyeti..... | 25 |
| 3.2.3. Düşünceyi Açıklama Hürriyeti..... | 32 |
| 3.3. İfade Hürriyetinin Gerekçeleri..... | 34 |
| 3.3.1. İfade Hürriyeti ve Demokrasi | 35 |
| 3.3.2. İfade Hürriyeti ve Gerçeğin Keşfedilmesi..... | 40 |
| 3.3.3. İfade Hürriyeti ve Kendini Gerçekleştirme..... | 44 |
| 3.3.4. Yasaklamanın Ters Etkisi..... | 45 |
| 3.4. İfade Hürriyetinin Niteliği ve Önemi..... | 46 |
| 4. İFADE HÜRRİYETİNİN HUKUKİ BOYUTU..... | 48 |
| 4.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi..... | 48 |
| 4.1.1. Genel Olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi..... | 48 |
| 4.1.2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yapısı..... | 50 |
| 4.1.3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İşlevi..... | 52 |
| 4.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İfade Hürriyeti..... | 53 |
| 4.2.1. Genel Olarak | 53 |
| 4.2.2. Bilgi Fikir ve Kanaatlere Ulaşma Hürriyeti..... | 55 |
| 4.2.3. Kanaat Sahibi Olma Hürriyeti..... | 56 |
| 4.2.4. Bilgi ve Kanaat Açıklama Hürriyeti..... | 57 |
| 4.2.5. Basın Hürriyeti | 63 |

| | |
|---|-----|
| 4.2.6. Radyo ve Televizyon Yayıncılığı Hürriyeti..... | 70 |
| 4.3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde İfade Hürriyetinin Sınırlanması... | 73 |
| 4.3.1. Genel Olarak..... | 73 |
| 4.3.2. İfade Hürriyetini Sınırlama Nedenleri..... | 77 |
| 4.3.2.1. İfade Hürriyetinin Kamusal Menfaatlerin Korunması Amacıyla Sınırlanması..... | 79 |
| 4.3.2.1.1. Ulusal Güvenlik ve Kamu Düzeni | 79 |
| 4.3.2.1.2. Kamu Güvenliği, Toprak Bütünlüğü ve Suçun Önlenmesi..... | 81 |
| 4.3.2.1.3. Genel Ahlakın Korunması..... | 82 |
| 4.3.2.1.4. Yargı Gücünün Otorite ve Tarafsızlığının Korunması. | 83 |
| 4.3.2.2. İfade Hürriyetinin Başkalarının Şöhret ve Haklarının Korunması Amacıyla Sınırlanması..... | 86 |
| 4.3.3. Demokratik Toplumda Gerekli Olma..... | 89 |
| 4.3.4. Kanunla Öngörölmüş Olma..... | 94 |
| 4.4. Türk Hukukunda İfade Hürriyeti ve Sınırları..... | 96 |
| 4.4.1. 1982 Anayasasında İfade Hürriyeti ve Sınırları..... | 96 |
| 4.4.1.1. 1982 Anayasasında İfade Hürriyeti..... | 96 |
| 4.4.1.2. 1982 Anayasasında İfade Hürriyetinin Sınırlanması..... | 99 |
| 4.4.2. İfade Hürriyetinin Kanunlarla Sınırlanması | 104 |
| 4.4.2.1. Türk Ceza Kanunu 301. Madde..... | 104 |
| 4.4.2.2. Türk Ceza Kanunu 215. Madde..... | 115 |
| 4.4.2.3. Türk Ceza Kanunu 216. Madde..... | 118 |
| 4.4.2.4. Terörle Mücadele Kanunu 6. Madde..... | 130 |
| 4.4.2.5. Terörle Mücadele Kanunu 8. Madde..... | 132 |
| 4.5. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye..... | 135 |
| 4.5.1. Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Taraf Olması..... | 135 |
| 4.5.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri..... | 136 |
| 4.5.3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk Hukukundaki Yeri ve Etkileri..... | 139 |
| 5. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA TÜRKİYE'DE İFADE HÜRRİYETİ..... | 142 |
| 5.1. Türk Ceza Kanununun 312. (301 ve 216.) Maddesi İle İlgili Kararlar..... | 144 |
| 5.1.1. Zana/Türkiye..... | 144 |
| 5.1.2. İncal/Türkiye..... | 149 |
| 5.1.3. Ceylan/Türkiye..... | 154 |
| 5.1.4. Öztürk/Türkiye..... | 158 |
| 5.1.5. Bakır/Türkiye | 163 |

| | |
|--|-----|
| 5.2. Terörle Mücadele Kanununun 6. ve 8. Maddeleri ile İlgili Kararlar... | 165 |
| 5.2.1. Okçuoğlu/Türkiye..... | 165 |
| 5.2.2. Sürek ve Özdemir/Türkiye | 168 |
| 5.2.3. Sürek/Türkiye (No. 1) | 172 |
| 5.2.4. Sürek/Türkiye (No:2)..... | 175 |
| 5.2.5. Erdoğan ve İnce/Türkiye..... | 179 |
| 5.2.6. Arslan/Türkiye | 183 |
| 5.2.7. Başkaya ve Okçuoğlu/Türkiye | 186 |
| 5.2.8. Osman Özçelik Ve Diğerleri/Türkiye..... | 189 |
| 5.2.9. Emire Eren Keskin/ Türkiye..... | 192 |
| 5.3. Türk Ceza Kanununun 159 ve 312. (301 ve216.) Maddeleri ile Terörle Mücadele Kanununun 6 ve 8. Maddelerine Dair Karar..... | 196 |
| 5.3.1. Özgür Gündem/Türkiye..... | 196 |
| 5.4. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye’de İfade Hürriyeti Konusunda Ulaştığı Sonuçlar..... | 202 |
| 5.5. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Göre Türk Hukukunda Yapılması Gerekenler..... | 205 |
| 6. MATERYAL VE YÖNTEM | 209 |
| 7. BULGULAR | 210 |
| 8. SONUÇ VE ÖNERİLER..... | 216 |
| KAYNAKLAR..... | 228 |
| ÖZGEÇMİŞ..... | 237 |

KISALTMALAR LİSTESİ

| | |
|--------|--|
| AB | : Avrupa Birliği |
| ABD | : Ankara Barosu Dergisi. |
| AİHM | : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi |
| AİHS | : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi |
| AYMK | : Anayasa Mahkemesi Kararı |
| Bkz. | : Bakınız. |
| c | : Cilt |
| C.D. | : Ceza Dairesi |
| E. | : Esas |
| Der. | : Derleyen |
| DGM | : Devlet Güvenlik Mahkemesi |
| HGK | : Hukuk Genel Kurulu |
| İHMD | : İnsan Hakları Merkezi Dergisi |
| İÜHFİM | : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası |
| K. | : Karar |
| s | : Sayfa |
| TCK | : Türk Ceza Kanunu |
| TMK | : Terörle Mücadele Kanunu |
| YCGK | : Yargıtay Ceza Genel Kurulu |

1. GİRİŞ

İnsanlık tarihi, belli dönemlerdeki gelişmeler veya yaşanan olaylara göre çağlara ayrılmış bulunmaktadır. İçinde bulunduğumuz çağa da insanın bir değer olarak tanınıp çeşitli haklara sahip olduğunun kabul edilmesi nedeniyle “insan hakları çağı” sıfatının verilmesi gerektiğini söylemek mümkündür.

İnsan hakları kavramının kökeni stoacıların geliştirdiği tabii hukuk öğretisine kadar uzanmakla birlikte insan haklarının gelişimi ve özellikle bu hakların belli güvencelere kavuşturulması ikinci dünya savaşından sonraki dönemlerde olmuştur. Denilebilir ki; ikinci dünya savaşının insanlık için en önemli sonucu, yaşanan derin acılar nedeniyle, insan haklarının önemini tarihi bir pratik olarak öne çıkarmasıdır.

İnsanların doğuştan ve sırf insan olmaları nedeniyle sahip oldukları haklar diye tanımlanabilecek olan insan hakları, “gündem” olma özelliğini çağımızda da sürdürmektedir. İnsan haklarının gündem olmasının nedeni; devlet ve toplum arasındaki barışı sağlayarak insanın kendini geliştirmesine ve mutlu bir yaşam sürmesine katkıda bulunmasıdır. Bu haklar, aynı zamanda devlet açısından da bir meşruluk ve itibar göstergesi olup, devletler bu hakları tanıyıp hayata geçirme konusundaki başarılarıyla orantılı olarak kendi vatandaşları veya diğer insanlar hatta devletler nazarında bir saygı görürler.

Bu hakların doğuştan var olduğunun kabul edilmesi, insanların bu hakları her dönemde kullanabildikleri anlamına gelmez. İnsanlar tarihi süreç içerisinde otoriteye karşı bu haklarını ileri sürmüşler ve onları gerçekleştirmeye çalışmışlardır. Zaman içerisinde de bu hakların bir kısmına sahip olmuşlardır. İnsan haklarının otorite tarafından tanınıp hayata geçirilmesi insanın bir amaç olarak kabul edilmesinin de tespitidir.

İnsanların bu hakları kullanmaya başlamasıyla birlikte bu hakların kapsamı otorite aleyhine genişlemiş ve insan hakları adı altında otoriteye karşı ileri sürülen taleplerin sayıları artmıştır.

İnsan hakları adı altında otoriteye karşı ileri sürülen talepler, başlangıçta otoritenin belli alanlara müdahale etmemesini yani negatif bir tutumda bulunmasını söylerken, zamanla bir takım alanlara müdahale edilmesi, hatta yerine göre insanlara bir takım imkanlar sunulması talebini de kapsamaya başlamıştır. Bu tür talepler otoriteyi pozitif bir davranışta bulunmaya çağırdıklarından sınırları oldukça dar tutulması gereken taleplerdir. Aksi takdirde özgürlüklerde bir geriye dönüş zemin hazırlamaları ihtimal dahilindedir.

İfade hürriyeti, devlete negatif ödev yükleyen insan haklarından bir tanesidir. Bu hürriyet kişilerin kendi düşüncelerini serbest bir biçimde dışa vurmalarını sağlamaktadır. Kişiler bu hürriyet sayesinde hangi konuda olursa olsun kendi düşüncelerini barışçıl yollardan ifade edebilir ve düşüncelerini yayabilirler. Bu hürriyet, toplumda serbest tartışma ortamı oluşturması ve kişilerin kendilerini geliştirmelerine yardımcı olması bakımından mensubu olduğu insan hakları ailesinin aynı zamanda besleyici bir kaynağıdır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ifade hürriyetiyle ilgili hemen her kararında belirtildiği üzere, ifade hürriyeti yalnızca toplumun yararına olan veya toplumun büyük bir kısmı tarafından benimsenen fikirlerin ifadesini değil, toplumun büyük bir kısmına ters gelen, hatta onları şaşırtan fikirlerin ifadesini de korumaktadır. İfade hürriyetinin önemi de bu tür fikirlerin ifadesini himaye etmesindedir.

Ülkemiz, AB sürecinde demokrasi ve insan hakları konusunda önemli bir ilerleme kaydederek birçok yükümlülük üstlenmiş bulunmaktadır. Bu yükümlülüklerin en önemlisi de özgürlüklerin Avrupa standartlarına yükseltilmesidir. Ulusal düzeyde sağlanan özgürlüklerin, AB standartlarına uygun olması ülkemizdeki demokrasi ve özgürlüklerin düzeyi hakkında belirleyici rol oynayacaktır. Bu bakımdan ülkemizin ifade hürriyetinin konusundaki düzeyini test etmenin yolu, AİHM'nin ifade hürriyeti ile ilgili olarak ülkemiz hakkında vermiş olduğu kararları incelemektir. Bu çalışmada AİHM'nin ifade hürriyetiyle ilgili olarak ülkemiz hakkında vermiş olduğu kararlar incelenerek, ülkemizde ifade hürriyetinin gerçekleşme düzeyi, ifade hürriyetiyle ilgili sorunlar ve bu sorunların çözümü için yapılması gerekenler ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Çalışmanın ilk bölüm başlığını “İfade Hürriyetinin Teorik Boyutu” olarak belirledik. Bu bölümde öncelikle, çalışma konusunun temel kavramları olduğunu düşündüğümüz “ifade” ve “ifade hürriyeti” kavramlar hakkında bazı bilgiler vermeye çalıştık. Daha sonra ise, ifade hürriyetinin unsurları, gerekçeleri ve niteliği hakkında bilgiler sunduk.

“İfade Hürriyetinin Hukuki Boyutu” başlıklı ikinci bölümde ise, ifade hürriyetinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk hukukunda düzenlenmesi ve sınırlanmasını işlemeye çalıştık. Bu bölümde, ifade hürriyetini düzenleyen 10. maddenin AİHM tarafından nasıl uygulandığını mahkeme kararlarına değinerek ortaya koyduk. İlerleyen kısımlarda ise ulusal mahkemelerimizce ifade hürriyetine müdahalede kullanılan ve bu müdahalelerden dolayı ülkemizin AİHM tarafından sıkça mahkum edildiği bazı yasa

maddelerini inceleyerek bu yasa maddelerinin uygulamaya nasıl yansıdığını göstermeye çalıştık.

Çalışmanın son kısmında ise, AİHM'nin sözleşmenin 10. maddesiyle ilgili olarak ülkemiz hakkında vermiş olduğu kararların bir kısmını özetleyerek, bu kararlar ışığında ülkemizde ifade hürriyetiyle ilgili problemlerin giderilmesi konusunda çözüm önerileri sunmaya çalıştık.

2. LİTERATÜR TARAMASI

Genel olarak hürriyet yada ifade hürriyetinden bahsettiğimizde akla ilk gelen kaynaklardan biri, Mill'in (2004) "Hürriyet Üstüne"sidir. İfade hürriyetini, insanlığın bütün mutluluklarına kaynaklık eden düşünsel bir mutluluk olarak tanımlayan Mill, bu eserinde gerçeğin keşfedilmesi için her düşüncenin serbestçe ifade edilmesi gerektiğini söylemektedir. Mill'e göre, hiçbir düşünce susmaya mecbur edilmemelidir. Susturulmaya çalışılan düşünce pekala doğru da olabilir. Bu düşünce yanlış olsa bile, bir kısım hakikatlerin ortaya çıkmasına yardım edebilir. Bu görüşlerinden Mill'in ifade hürriyetini gerçeğin ortaya çıkması amacıyla savunduğu söylenebilir de, eseri bir bütünlük içerisinde değerlendirildiğinde yazarın ifade hürriyetinin gerekliliği konusunda başkalarını ikna çabasında olduğu söylenebilir.

Siyasal sistemin demokratikleştirilmesi konusundaki bir tartışmanın, ifade hürriyeti sorunundan bağımsız olamayacağını söyleyen Sunay (2001), "Avrupa Sözleşmesi ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları" adlı doktora¹ tezinde, ifade hürriyetini tanımlamış ve öneminden bahsetmiştir. Eserin ilerleyen bölümlerinde ifade hürriyetinin anayasamızda ve sözleşmedeki düzenleniş biçimiyle sınırları üzerinde durulmuş ve ifade hürriyetinin sınırlandırılmasını mahkeme kararlarıyla somutlaştırılmıştır. Yazar ayrıca, İfade hürriyetinin kullanım biçimlerinden olan basın, örgütlenme ile toplantı ve gösteri yürüyüşü hürriyetlerine ilişkin esaslara değinmiştir.

Bu çalışmaya temel referans olarak alınan çalışmalardan bir diğeri de Beydoğan'ın doktora² tezidir. Beydoğan (2003)'ın çalışması, "Avrupa İnsan Hakları

¹ Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1999 Tarih ve 87320 nolu Doktora Tezi.

² Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2002 Tarih ve 113799 nolu Doktora Tezi.

Sözleşmesi Işığında Türk Hukukunda Siyasi İfade Hürriyeti” adını taşımaktadır. İfade hürriyetinin, diğer hürriyetler için besleyici bir kaynak olarak tanımlandığı bu eserde, “siyasi ifade kavramı” tanımlandıktan sonra serbest ifade teorileri incelenmiştir. Yazar, ülkemizin TCK’nın 159 ve 312. ile TMK’nın 6 ve 8. maddelerinden verilen mahkumiyet kararları nedeniyle AİHM’de sıkça mahkum olmasından dolayı bu hükümleri inceleyerek bu maddelerdeki problemlere işaret etmiştir. Ayrıca bu eserde, AİHM’nin ülkemizle ilgili kararları incelenmek suretiyle, ülkemizdeki ifade hürriyeti sorununa çözüm önerileri sunulmuştur.

“İfade Özgürlüğü Felsefi Bir İnceleme” adlı eserinde Schauer (2002), öncelikle ifade hürriyetinin gerekçelerini işleyerek, ifade hürriyetinin gerekliliği konusunda diğer insanları ikna etmeye çalışmış, ilerleyen bölümlerde ise ifade hürriyetini kavramsallaştırarak, iftira, müstehcenlik gibi ifade biçimlerinin ifade hürriyeti kapsamında değerlendirilmemesi gerekliliğine işaret etmiştir.

Küçük (2003) ise, “İfade Hürriyetinin Unsurları” adlı çalışmasında, ifade hürriyetinin, birçok unsurdan oluşan bir bütün olduğunu belirtmiştir. Küçük’e göre, bu unsur hürriyetler, bilgi edinme ve düşünme, kanaat sahibi olma ve düşüncüyü açıklama hürriyetleridirler. Bu unsur hürriyetlerin tümü gerçekleşmediği sürece ifade hürriyetinden bahsetmek mümkün değildir. Ayrıca yazar bu çalışmasında unsur hürriyetlerle ilgili mahkeme kararlarına da değinerek anlatımlarını somutlaştırmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini yaşayan bir belge haline getirerek ona dinamiklik kazandıran mahkeme kararlarıdır. Bu nedenle sözleşmede yer alan ifade hürriyetinin somutlaştırılması ve bu hürriyete ilişkin esasların ortaya konulması bakımından bu konudaki mahkeme kararlarının önemi büyüktür. Bıçak (2002), “Avrupa

İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü” adlı eserinde AİHM’nin ifade hürriyetine ilişkin olarak vermiş olduğu kararların bir bölümünü incelemiştir. Bu eserde ifade hürriyetinin esasları konusunda tespitleri içeren bir çok karar tümüyle verilirken, bir kısım kararlardan da özet olarak bahsedilmiştir. Bu eserin diğer bir özelliği de, AİHM’nin 11 nolu protokolden sonra oluşan yeni yapısı ve işleyişi hakkında bilgiler sunmasıdır.

AİHS’nin uygulanması bakımından büyük önem arz eden mahkeme içtihatlarının Türkçe’ye kazandırılmasına hizmet eden bir eser de Doğru (2002)’ya aittir. Yazar, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İchtihatları” ismini taşıyan eserinde mahkeme kararlarının çevrisine yerer vererek, sözleşme hükümlerinin mahkeme kararlarıyla nasıl somut hale geldiğini göstermiştir.

AİHM’nin ifade hürriyetiyle ilgili olarak ülkemiz hakkında vermiş olduğu kararların incelendiği bir başka çalışma ise, Dost (2001)’un “Avrupa İnsan Hakları Yargısında İfade Özgürlüğü ve Türkiye” adlı yüksek lisans³ çalışmasıdır. Bu çalışmada AİHM’nin ülkemiz hakkında vermiş olduğu kararlar, sözleşmenin 10/2. maddesinde yer alan sınırlama nedenlerine göre incelemeye tabi tutularak AİHM’nin Türkiye’de ifade hürriyeti konusundaki değerlendirmeleri ortaya konulmuştur. AİHM’nin Türkiye’de ifade hürriyeti konusundaki değerlendirilmelerinden sonra ise, ifade hürriyetinin gerçekleştirilebilmesi için yapılması gerekenler hakkında öneriler sunulmuştur.

³ Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2001 Tarih ve 110661 nolu Yüksek Lisans Tezi.

3. İFADE HÜRRİYETİNİN TEORİK BOYUTU

3.1. Kavramsal Çerçeve

3.1.1. Genel olarak İfade Hürriyeti

İfade hürriyeti, diğer hak ve hürriyetlerin temeli olması itibariyle liberal demokrasilerin başlıca özelliklerinden biridir. İfade hürriyeti, hem dar anlamda hem de geniş anlamda kullanılabilir. Dar anlamda ifade hürriyeti dendiğinde bundan kastedilen, insanların düşünce ve kanaat hürriyetine sahip olması ve bunları serbestçe açıklayabilmeleridir (Dost, 2001: 11). Geniş anlamda ifade hürriyeti ise, “Bir düşünce, inanç, kanaat, tutum veya duygunun barışçıl yoldan açığa vurulmasının (izharının) veya dış dünyada ifade edilmesinin serbest olması demektir” (Erdoğan, 2003:37). Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere düşünce, kanat veya inancın dışavurumunun, ifade hürriyetinin kapsamında sayılabilmesinin daha doğrusu bu kapsamda korunmasının şartı, bu dışavurumların barışçıl bir yoldan gerçekleşmesidir. İfade hürriyetini temel esaslardan biri olarak kabul eden liberal demokrasiler, sadece düşüncelerin açıklanış biçimini sınırlarlar. Bu bakımdan düşüncelerin dışavurumunun barışçıl bir şekilde olması önemlidir. Düşüncelerin barışçıl bir biçimde açıklanması, bu açıklama biçiminin herkesçe tasvip edilmesi, iyi görülmesi demek değildir. Ancak seçilen yöntem ve kelimeler konusunda ifade sahibinin dikkatli olmasını gereklidir. Barışçıl yol, ifade sahibinin düşüncelerini serbestçe ifade edebildiği, muhataplarının da buna tahammül edebildiği bir açıklama biçimidir.

İfade hürriyeti, hem negatif hem de pozitif yönü olan bir hürriyettir. Kişilerin düşünce ve kanaatlerini serbestçe dışa vurmaları ifade hürriyetinin pozitif yönünü, kişilerin düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamamaları ise, bu hürriyetin negatif

yönünü oluşturmaktadır (Dost, 2001:12). İfade hürriyetini sadece pozitif yönüyle düşündüğümüzde, kişilerin düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanabileceğini yani “cebri ifade”yi (Trager ve Dickerson, 2003: 212) kabul etmiş, en azından buna kapı aralamış oluruz. Böyle bir kabul ise, ifade hürriyetinin reddi anlamına gelir. Çünkü düşüncelerini açıklamaya zorlanan kişi, kendi düşündüklerinden ziyade kendisini düşünce açıklamasına zorlayan gücün duymak istediklerini ifade edecektir. İfade hürriyetinin negatif yönüne de müdahale edildiği totaliter sistemlerde, tek partili seçimlerin sonuçları, ifade hürriyetinin bu negatif yönünün ihmal edilmesinin sakıncalarına bir örnektir. Gerçekten de bu tür sistemlerdeki tek partiler, seçimlerde % 100’e yakın oy almaktadırlar. Ancak bunun nedeni tek partinin politikalarına olan güven yada alternatifsizlikten ziyade düşüncelerini açıklamaya zorlanan insanların kendilerinden beklenen şekilde ifadede bulunmaları (tek partiye oy vermeleri) dir.

İfade hürriyetinin varlığıyla, devlet iktidarının sınırlı ve tarafsız olması doğru orantılıdır (Küçük, 2003:57). Devlet iktidarının sınırlı olmadığı bir ortamda, genel olarak hürriyet alanı dar tutulduğu gibi, devletin ideolojik olduğu bir ortamda da, toplum çoğunluğuna veya resmi söyleme aykırı olan düşüncelerin ifadesi imkansızlaşır (Sunay, 2001: 18-19).

İfade hürriyeti, birçok unsur hürriyetten oluşan bölünmez bir bütündür (Küçük, 2003:13). Bu bakımdan onun tam anlamıyla sağlanabilmesi, unsur hürriyetlerin hepsinin bir arada bulunmasına bağlıdır. Unsur diye tabir ettiğimiz bu hürriyetler; “bilgi edinme ve düşünme hürriyeti”, “bir görüşe sahip olma (kanaat, düşünce) hürriyeti” ve “düşünceyi açıklama hürriyeti”dir (Küçük, 2003: 13-14). Bu hürriyetler ifade hürriyetinin olmazsa olmazlarıdır. Kişinin bilgilere serbestçe ulaşamadığı, sadece ulaşılmasına izin verilen

bilgiler doğrultusunda düşünüp kanaat sahibi olduğu ve bu düşüncelerini açıklayabildiği durumlarda ifade hürriyetinin gerçekleşmiş olduğu söylenemez. Aynı durum, kişilerin her tür bilgiye ulaşabildiği ancak gerek kanaatlerini açıklamaya zorlandığı gerekse düşünce ve kanaatlerini serbestçe açıklayamadığı haller için de söz konusudur.

Devletin, ifade hürriyetinin gerçekleşmesi bakımından hem pozitif hem de negatif yükümlülüğü bulunmaktadır (Dost, 2001: 12). Devlet, sadece negatif bir faaliyette bulunarak yani “karışmayarak” ifade hürriyetinin gerçekleşmesini sağlayamaz. Bunun yanında bir takım pozitif eylemlerde de bulunmak zorundadır. Ancak devletin bu konudaki pozitif yükümlülüğü, ifade hürriyeti için ekonomik kaynak tahsis etmesi olarak anlaşılmalıdır. Bu bağlamda kişilerin kendilerini geliştirmelerinin ve bilgiye ulaşmalarının önündeki engellerin kaldırılması, bu konudaki pozitif yükümlülüklerdendir.

3.1.2. İfade Kavramı

Sosyal bilimlerdeki bir çok kavram üzerinde olduğu gibi ifade⁴ kavramı üzerinde de bir fikir birliği bulunmamaktadır. Kavram üzerinde fikir birliğinin bulunmaması kavramın dinamik yapısından değil, mahkemeleri de ilgilendirmesinden kaynaklanmaktadır (Beydoğan, 2003:9). Çünkü bir dışavurum faaliyetinin ifade olarak değerlendirilmesi, mahkemelerin yetkisindedir. Ancak ifade kavramından aklımıza gelen yaygın özellik, ifadenin bir dışa vurum faaliyeti olduğudur.

İnsanlar bir konudaki duygu, düşünce veya tepkilerini çok farklı şekillerde dışa vurabilmektedirler. Bir duygu, düşünce veya tepkinin dışa vurulmasından söz ettiğimizde, aklımıza ilk gelen ifade biçimlerinden bir tanesi konuşmadır. İnsanlar bir konuyla ilgili fikirlerini, bir olay karşısındaki beğeni veya kızgınlıklarını sözle ifade edebilirler. Ülkenin tabii güzelliklerinin çarpık yapılaşmayla yok edildiğini düşünen bir

⁴ İfade kelimesinin farklı kullanımları için bkz. Beydoğan (2003: 11).

kimse, bu duruma olan tepkisini sözle anlatma yolunu tercih ettiğinde bu konuda bilimsel bir konferans verebileceği gibi bunun sorumlularına hakaret etme yolunu da seçebilir. Her iki durumda da kişi tabii güzelliklerin yok edilmesi karşısındaki düşüncelerini dışa vurmaktadır. Kişi düşüncelerini konferans vermek suretiyle dışa vururken başkalarına herhangi bir zarar vermez. Ancak tepkisini sorumlulara hakaret ederek göstermesi halinde ise başkalarını küçük düşürmekte, onların şöhretine zarar vermektedir. Burada, kişinin her iki dışavurum şekli de bir ifade biçimi olup her ikisinin arka planında da aynı düşünce vardır. Ancak her iki ifade biçiminin de ifade hürriyeti kapsamında korunup korunmayacağı, daha başka faktörleri de dikkate almayı gerektirir.

Kişiler düşüncelerini yapmış olduklar eylemlerle de dışa vurabilirler. Yani kişilerin düşüncelerini ifade biçimlerinden bir tanesi de eylemlerdir. Bir şarkıcının konserini beğenmeyen bir dinleyicinin konser salonunu terk etmesi, yapılan bir eylemle (salonu terk etmek) düşüncenin ifade edilmesidir. Ancak düşüncenin ifadesi olan her eylem bu kadar masum olmayabilir. Konseri beğenmeyen kişinin şarkıcıya yumurta yada şişe fırlatması halinde de bir düşüncenin dışa vurumu söz konusudur.

Eylem ve konuşmanın dışında sanat da bir dışa vurum şekli olarak kullanılabilir. Kişiler bir konudaki düşüncelerini resim, müzik, sinema, tiyatro ve şiir gibi sanat faaliyetleriyle de ifade edebilirler.

Kişilerin düşünce, duygu ve tepkilerini dışa vurma biçimi olan ifade, çok farklı biçimlerde karşımıza çıkabilmektedir. Bu dışavurum şekillerinden bir kısmını ifade hürriyeti kapsamında korunsu bile bir kısmını bu kapsamda düşünmek mümkün gözükmemektedir (Trager ve Dickerson, 2003: 33). Bu bakımdan ifade hürriyetinden ne anlaşılması gerektiğinin ortaya konulabilmesi için öncelikle ifade ile neyin kastedildiği

üzerinde durulmalıdır. Öncelikle söylemek gerekir ki düşüncenin her ne şekilde olursa olsun dışa vurumu genel olarak ifadedir. Ancak bu, dışavurum şekillerinin tümünün ifade hürriyeti kapsamında korunması gerektiği anlamına gelmez. Kavramın konumuzla ilgili kısmı hangi dışavurum biçimlerinin ya da hangi ifadelerin, ifade hürriyeti kapsamında koruma göreceğidir. Bu tür bir ayırımın yapılması, ifade hürriyeti bakımından hayati bir önem arz etmektedir. Hangi dışavurum şeklinin ifade hürriyeti kapsamında korunması gerektiği konusunda ileri sürülen ilk çözüm önerisi, eylemle ifade arasında bir ayrıma gitmektedir. Bu fikre göre, bir düşüncenin dışa vurumu, ifade biçimindeyse korunmalı, eylem şeklindeyse korunmamalıdır. İlk bakışta akla yatkın gelen bu öneri, ifade ve eylem arasında kesin bir ayırım yapılamayacağından bir çok belirsizliği de beraberinde getirecektir. Çünkü ifade hürriyeti kapsamında olduğu düşünülen her ifade aynı zamanda bir eylemdir de. Ancak yapılan her eylemi, ifade hürriyeti kapsamında düşünmek mümkün değildir. İfade hürriyeti kapsamında korunacak ifadenin belirlenmesi bakımından ileri sürülen diğer öneri ise, dışa vurum şekillerini soyut olarak herhangi bir ayrıma tutmamaktadır. Bu önerinin sahibi olan Post (1995: 1255 aktaran Trager ve Dickerson, 2003: 35)'a göre bir ifadenin, ifade hürriyeti kapsamında değerlendirilmesinde, ifadenin vasıtası, ifadenin vericisi ile alıcısı arasındaki ilişki ve ifadenin kültürel bağlamı birlikte değerlendirilmelidir.

Hangi ifade biçimlerinin ifade hürriyeti kapsamında olup olmadığının tespiti bakımından önerilen bir diğer yöntem ise, Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından geliştirilmiş olan pratik bir yöntemdir. Bu yöntemde ifade hürriyeti kapsamına nelerin gireceği değil de nelerin girmeyeceği, tespit edilmektedir. Yüksek Mahkeme içtihatlarında; müstehcenlik, ulusal güvenliği tehdit eden ifadeler ile huzur bozucu ve

mülkiyete tecavüz eden ifade biçimleri ifade hürriyeti kapsamındaki ifade biçimlerinden sayılmamıştır (Trager ve Dickerson, 2003: 34).

İfade hürriyetinin kapsamına giren ifadenin belirginleştirilmesi bakımından önemli olan, düşüncenin dışavurum biçimi yani ifadenin şeklidir. İfade edilen düşüncenin içeriği ile ilgisi yoktur. İfade hürriyetini temel değer olarak kabul eden liberal demokrasilerde ifade hürriyeti, genellikle ifade ediliş biçimi nedeniyle sınırlamaya tabi tutulur. İfade edilen düşüncenin içeriğinden dolayı bir sınırlamaya gidilmesi ifade hürriyetini önemli biçimde kısıtlayan bir uygulamaya dönüşme tehlikesini de beraberinde getirecektir. Düşüncenin hangi şekilde ifade edilmesinin, ifade hürriyeti kapsamında korunma görmeyeceğini önceden tespit etmek zordur. Çünkü düşüncenin ifade edilmesi çok farklı şekillerde karşımıza çıkabilmektedir. Hatta insan sayısınca ifade yani dışavurum şekli vardır denilse abartı sayılmamalıdır. Bununla birlikte başkalarının fiziksel veya ruhsal sağlığının bozan, mülkiyet kaybına yol açan, kamu düzenini bozan; yaralama, hakaret, iftira, tehdit ve terör eylemlerinin ifade hürriyeti kapsamında değerlendirilemeyeceği konusunda genel bir anlayış bulunmaktadır. Ancak her türlü dışavurum şeklini ifade olarak nitelemek ve onun serbest ifade biçimlerinden biri olduğunu kabul etmek kolay değildir.

3.1.3. İfade Hürriyeti Kavramı

İfade hürriyeti ile ilgili eserlere bakıldığında, diğer birçok alanda olduğu gibi, bu konuda da bir terminoloji sorunu olduğu görülmektedir. İnsan kavramlarla iletişim kurmasının yanında onlarla da düşünmektedir. Bu açıdan bir konunun açıklanmasında seçilen kavramların büyük önemi vardır. Kavramların yerli yerinde kullanılmaması anlamda sapmalara yol açabileceği gibi işlenen konuda tam olarak neyin kastedildiğini

de anlamayı güçleştirecek ve kargaşaya sebebiyet verecektir. Öğretide ifade hürriyeti kavramı yerine “düşünce hürriyeti” (Tanör, 1969: 15; Kuçuradi, 1998: 25), “düşün hürriyeti” (Selçuk, 1999: 361), “fikir hürriyeti” (Küçük, 2003: 9), “düşünce ve tartışma hürriyeti” (Mill, 2004: 49), “ifade hürriyeti” (Sunay, 2001: 5) terimleri başta olmak üzere daha birçok terim kullanılmaktadır⁵. İfade hürriyeti konusundaki bu terim çeşitliliği sadece öğretekilerle sınırlı olmayıp mahkeme kararlarında da ifade hürriyeti yerine kullanılan başka terimlere rastlamak mümkündür. Anayasa Mahkemesi ifade hürriyetiyle ilgili olarak vermiş olduğu bazı kararlarında; ikili bir ayırım yaparak, düşünmenin tamamen kişilerin iç dünyaları ile ilgili, düşüncenin ifade edilmesinin ise dış dünyaya yönelik olduğunu belirtilerek ifade hürriyetini “düşünce” ve “düşünceyi açıklama” hürriyeti şeklinde iki ayrı hürriyet olarak isimlendirmiştir⁶. Ancak belirtmek gerekir ki, düşünce hürriyeti, düşünceyi açıklama hürriyeti olmadığı gibi, ifade hürriyetini de düşünceyi açıklama hürriyetine indirgemek mümkün değildir (Can, 2003: 370).

Sayıları daha da artırılabilir olan bu terimlerin ortak özelliği, bir çok unsur hürriyetten oluşan ifade hürriyetinin bünyesinde bulunan unsur hürriyetlerden bir veya birkaçının öne çıkarılmış olmasıdır. Ortak bir terim üzerinde anlaşılabilmesi, önemli bir hususun açıklanması zorunluluğunu da beraberinde getirmektedir. Açıklanması gereken bu husus, ifade hürriyetinin düşünce ve düşünceyi açıklama hürriyeti şeklinde ikili bir ayırma tutulması meselesidir. Bu şekilde bir ayırım yapılmasının temelinde Anayasa Mahkemesinin 1961 Anayasası döneminde vermiş olduğu kararlardaki anlayış yatmaktadır. Sunay (2001: 6)’ın da belirttiği gibi, ifade hürriyetini düşünce ve düşünceyi

⁵ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. Sunay (2001: 5), Küçük (2003: 5-6).

⁶ AYMK, E.1963/17, K.1963/84, 08.04.1963. Kararın tam metni için Bkz. (<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1963/K1963-084.htm>). Bu kararla aynı yönde diğer bir karar için Bkz. E.1963/16, K.1963/83, 08.04.1963.

açıklama hürriyeti şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutan görüş, düşüncenin iç dünyayı ilgilendirdiği bu yönüyle de mutlak ve sınırsız olduğu; düşünceyi açıklama hürriyetinin ise, dışa dönük ve sınırlı olduğu anlayışından kaynaklanmaktadır. Ancak yazara göre, yapılan bu ikili ayrımı ihtiyatla karşılamak gerekir. Çünkü düşünce kişinin iç dünyasında oluşmakla beraber düşüncenin oluşumunda dış etkenler de önemli rol oynamaktadır. Düşünceye etki eden dış etkenlerin kısıtlanması, bir iç hürriyet olduğu kabul edilen düşünce hürriyetinin sınırlandırılması da beraberinde getirecektir. Bu konuda benzer görüşlere sahip olan Selçuk (1999: 362) da, insan beyninin dış dünyanın sunduğu girdilere göre düşünce ürettiğini, bu girdilerin sınırlı olması durumunda üretilen düşüncenin de sınırlı olacağını, devletin belli bir inancı ya da görüşü benimseyerek insanlara bunu aşılması durumunda düşünce hürriyetinden bahsedilemeyeceğini söylemektedir.

Terminolojik olarak ister “düşünce hürriyeti” ve “düşüncüyü açıklama hürriyeti” şeklinde ikili bir ayrım yaparak iki ayrı terim, isterse “düşün hürriyeti”, “ düşünce hürriyeti” vs. şeklinde başka bir terim kullanalım, karşımıza çıkacak olan husus, ifade hürriyetinin bünyesinde bir çok unsur hürriyeti barındıran ve ancak bu unsur hürriyetlerin tümünün varlığı halinde gerçekleşecek bir hürriyet olduğudur (Küçük, 2003:13).

İfade hürriyetinin bünyesinde bulunan unsur hürriyetleri birçok başlık altında sıralamak mümkünse de bu çalışma bakımından unsur hürriyetleri üç başlık altında bahsedilecektir⁷. Bunlarda ilki dış dünyadaki bilgi ve fikirlere ulaşmamızı sağlayan “bilgi edinme hürriyeti” dir. Kişiler bu hürriyet sayesinde düşünmek için gerekli bilgi ve fikirlere ulaşırlar. Daha sonra ise dış dünyadan almış oldukları bu bilgi ve fikirleri

⁷ Teziç (1990: 33), unsur hürriyetleri ;“haber alma”, “kanaat”, “düşüncüyü açıklama” ve “düşüncüyü yayma” hürriyetleri olarak 4’e ayırmaktadır.

işleyerek kendi kanaat ve düşüncelerini oluştururlar ki buna da “düşünce ve kanaat hürriyeti” diyoruz. Son unsur hürriyet ise, oluşan düşünce ve kanaatlerimizi veya dış dünyadan aldığımız bilgi ve fikirleri yeniden dış dünyaya sunmamızı sağlayan “düşünceyi açıklama hürriyetidir”.

Unsur hürriyetlerden hareketle ifade hürriyetini, kişilerin dış dünyadaki bilgi ve fikirlere serbest bir şekilde ulaşarak, bu bilgi ve fikirlerden yararlanmak suretiyle kendi kanaat ve düşüncelerini oluşturabilmeleri ve bunları serbestçe dışa vurmaları ya da iradi olarak dışa vurmaktan kaçınabilmeleridir, şeklinde tanımlayabiliriz. Kişilerin açıklayacakları düşünceler farklı içeriklerde olabileceği gibi farklı biçimde de olabilir. Bu bakımdan ifade hürriyeti hem açıklanan düşüncelerin içeriğini hem de düşüncelerin ifade biçimini korumaktadır.

Bu çalışmada terim olarak, unsur hürriyetleri de dikkate aldığımızda, daha kapsayıcı olarak düşündüğümüz “ifade hürriyeti” terimini kullanacağız. İfade hürriyeti teriminin seçilmesinde, gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde gerekse İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında “ifade hürriyeti (freedom of expression)” kavramının kullanılmasının da etkili olduğunu belirtmeliyiz.

3.2. İfade Hürriyetinin Unsurları

Daha öncede belirtildiği gibi ifade hürriyeti, birçok unsur hürriyeti bünyesinde barındıran bir hürriyettir. Bu nedenle unsur hürriyetlerden herhangi birisinin yokluğu ya da önemli ölçüde kısıtlanması ifade hürriyetini zedeleyecektir (Tanör, 1969: 23). İfade hürriyetinin olmazsa olmaz (sine qua non) üç unsur hürriyetten oluşan bir bütün olduğunu söylemek mümkündür (Erdem, 1998: 8-9; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 2001: 168; İnam, 1998: 44). Bunlar:

1. Bilgi Edinme Ve Düşünme Hürriyeti,
2. Bir Görüşe Sahip Olma (Kanaat, Düşünce) Hürriyeti ile
3. Düşünceyi Açıklama Hürriyetidir⁸.

Bu unsur hürriyetlerden oluşan ifade hürriyetinin işleyişini kabaca, bir fabrikanın işleyişine benzetebiliriz. Nasıl ki bir fabrika ilk olarak hammaddeleri toplar, sonra bu hammaddeleri özgün tasarımıyla işleyerek kendi mamul mallarını üretir ve son olarak da üretmiş olduğu bu mamul malları piyasaya sürer; aynı şekilde kişiler de ilk olarak bilgi edinme ve düşünme hürriyeti sayesinde dış dünyadan bilgi ve fikirleri alarak bunlar üzerinde düşünmeye başlarlar. İkinci aşama olarak ise bu bilgi ve fikirler üzerinde düşündükten sonra kendi düşünce ve kanaatlerini oluştururlar. Son aşamada ise düşünce ve kanaatlerini açığa vururlar. Ancak kişilerin dışa vurduğu düşünce ve kanaatlerinin kişinin kendisine ait olması gerekmez, kişi benimsemiş olduğu başkalarına ait fikirleri de rahatça dışa vurabilir.

3.2.1. Bilgi Edinme ve Düşünme Hürriyeti

3.2.1.1. Bilgi Edinme Hürriyeti

İnsanın bilmek ve öğrenmek ihtiyacını karşılamakta olan bilgi edinme hürriyeti (Sunay, 2001:50), aynı zamanda ifade hürriyetinin ilk aşamasını oluşturmaktadır. Kişilerin iç aleminde gerçekleşen düşüncelerin oluşabilmesi için bilgi kaynaklarına hür bir şekilde ulaşabilmeleri, bu bilgiler arasında istediklerini seçebilmeleri ve bunlardan serbestçe sonuçlar çıkararak diledikleri kanaatlere varabilmeleri gerekir (Gökçen, 2001: 223). Kişilerin bir konu üzerinde düşünce ve fikir sahibi olmaları bütünüyle kendi istem

⁸ Erdem (1998: 8-9), bu unsur hürriyetleri, “haber alma ve öğrenme”, “kanaat ” ve “açıklama” hürriyetleri olarak adlandırırken; Tanör ve Yüzbaşıoğlu (2001: 168) ise bu unsur hürriyetleri “düşünce ve bilgilere ulaşma”, “düşüncelerinden ötürü kınanmama” ve “düşünceleri yayma ve başkalarına aşılama” hürriyetleri olarak adlandırmaktadır.

ve çabalarının sonucu değildir. Bu düşünce ve fikirlerin oluşumunda dış dünyadan alınan bilgilerin önemli bir payı vardır. Dış dünyadan alınan bu bilgilerin düşüncelerin hammaddesini oluşturduğunu söylemek mümkündür (Sunay, 2001: 49; Selçuk, 1999: 362). Hatta dış dünyadan alınan bilgilerin rolü sadece kişilerin bir konu üzerinde düşünce ve kanaat sahibi olmalarına yardımcı olmakla sınırlı değildir. Bunun da ötesinde, dış dünyadan alınan bilgiler kişide bir konu üzerinde merak uyandırıp onu bu konu üzerinde düşünmeye de sevk eder.

İfade hürriyeti kişilerin kendilerini geliştirebilmelerinde önemli bir yere sahiptir. Bu nedenle düşünmeye ve düşünmeyi tahrike olan katkısı nedeniyle ifade hürriyetinin bir parçası olan bilgi edinme hürriyeti de insanının kendisini geliştirmesi açısından önemlidir. Düşünmenin hammaddesi olan bilgiye ulaşma hürriyetinin sınırları aynı zamanda düşünme ve düşünme sonucunda oluşan düşünce ve kanaatler bakımından belirleyici bir özellik taşımaktadır. Bilgiye ulaşmaları önemli ölçüde kısıtlanmış toplumlarda kişilerin düşünme yetileri de buna paralel olarak zayıf kalacaktır (Kaboğlu, 1997: 25).

Bilgi edinme, toplumdaki başka kimselerin düşünceleriyle toplumsal haberlere ulaşmayı ve devlet faaliyetleri hakkında bilgi sahibi olmayı içerir (Küçük, 2003: 16). Hatta ülke sınırları ve kamu otoritelerinin müdahalesi olmaksızın haber veya fikir alma hürriyetini de kapsamaktadır.

Kişilerin birbirleri hakkında veya toplumdaki olaylar hakkında bilgi almaları konusunda daha az kısıtlamaya gidilirken, devlet faaliyetleri söz konusu olduğunda bu kısıtlamaların daha geniş olduğu görülmektedir. Devlet faaliyetleri hakkında kişilerin

bilgi edinebilmeleri, demokrasinin gerçekleşmesi için önemlidir⁹. Bu bakımdan bilgi edinme hürriyeti kapsamında idareden bilgi edinilmesi konusunun özel bir yeri vardır. Bir devlet kişilerin birbirleriyle haberleşmesini, kitle iletişim araçları vasıtasıyla bilgi edinmelerini serbest bırakmış olabilir. Ancak kendi faaliyetleri ile ilgili olarak bilgi ve belgeleri ilgili kişilere vermekten kaçınıyorsa bu devletin şeffaf ve demokratik bir devlet olduğu söylenemeyecektir. Böyle davranan bir devlet, kişilerin bu konuları düşünmelerine de bir sınırlama getirmiş demektir. Ayrıca bu türden bir kaçınma devletin kişileri bir suje olarak kabul etmemesinden kaynaklanan başka sorunları da ortaya çıkarabilecektir. Bundan dolayı demokrasinin sağlıklı bir şekilde işlemlerini sağlayabilmek için kişilerin gerçekleri olduğu gibi öğrenmelerinin önü açılmalıdır (Alacakaptan, 2000: 17).

Kişilerin idareden bilgi alabilmeleri idarenin tüm işlemleri için geçerli değildir. İdarenin bir takım işlemleri vardır ki –uluslararası istihbarat çalışmaları gibi- bunların kişiler tarafından bilinmesi bir takım sakıncalı sonuçlar ortaya çıkarır (Küçük, 2003, 21). Bu durumda bilgi edinme hakkına yasayla bazı sınırlamalar getirilmesi gündeme gelebilir. Burada kişilerin bilgi edinme hürriyetiyle kamusal çıkarların dengelenmesi gözetilmelidir (Küçük, 2003: 22). Ancak bu kısıtlama bakımından idareye geniş bir takdir payı bırakılmamalıdır. Bu alanda idareye geniş bir takdir payı bırakılması, bilgi vermeyi engelleyen “devlet sırrı” ve “gizlilik” gibi hususların geniş bir şekilde yorumlanarak bilgi edinme hürriyetinin önemli ölçüde kısıtlanması tehlikesini beraberinde getirecektir (Küçük, 2003:22).

Bilgi edinme hürriyetinin diğer bir boyutu ise kitle iletişim araçlarının yayınlarıyla ilgilidir. Günümüzde bilgi edinmenin en yaygın yolu, kitle iletişim araçlarıdır. Hatta

⁹ 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu, idarenin açıklığı konusunda çok önemli boşluğu doldurmaktadır.

edinilen bilgilerin neredeyse tümünün kitle iletişim aracılığıyla edinildiğini söylemek bir mübalağa olmayacaktır. Gerek kamuoyunun oluşumunda gerekse bilgi ve haberlerin daha geniş kitlelere ulaşmasında kitle iletişim araçlarının serbest bir şekilde bilgi ve haber akışını sağlamaları büyük önem taşımaktadır. Kitle iletişim araçlarının bilgi edinme hürriyeti ve dolayısıyla da ifade hürriyeti bakımından taşıdığı bu öneme vurgu yapan İlal (1986: 61)'e göre ifade hürriyeti, kitle iletişim araçlarıyla düşüncelerin açıklanması olarak tanımlanmalıdır. İfade hürriyetinin tam olarak gerçekleşmesi bakımından kitle iletişim araçlarının serbest bir şekilde bilgi ve haberi kişilere servis yapabilmeleri gerekir. “Çünkü fikir ve kanaat akışı engellendiği zaman ifade hürriyeti şekli bir hürriyet olmaktan öteye gidemeyecektir.” (Sunay, 2001: 52).

Kitle iletişim araçları tarafından yapılan yayınların içeriğinin devlet tarafından denetlendiği toplumlarda bilgi edinme hürriyeti anlamsızlaşır. Yayınların devlet tarafından denetlenmesi kendisini iki şekilde gösterir. Bunlardan ilki, hangi haber ve fikirlerin yayınlanmayacağına devletin karar vermesidir. “Sansür” ya da “negatif denetim” olarak adlandırılacak bu denetim biçimi, otoriter rejimlerin kullandığı bir denetim şeklidir. Diğer denetim biçimi ise hangi haber ve fikirlerin yayılacağına devletin karar verdiği pozitif denetim biçimidir ki bu denetim şekli de totaliter rejimlerin tipik bir uygulamasıdır. Kitle iletişim araçlarının topluma aktardığı bilgi, fikir ve haberler bunları alan kişiler bakımından bilgi edinme hürriyetinin kapsamında olduğu kadar bu araçlarla fikir ve görüşlerini aktaranlar açısından da düşünceyi açıklama kapsamındadır. Bu bakımdan hür haber dolaşımının ve kitle iletişim araçlarının yayınlarının demokratik çoğulculuk esaslarıyla çelişecek şekilde engellenmesine neden olan her yasal düzenleme ve uygulama demokratik yapıyı zedeleyecektir (Alacakaptan, 2000: 17-18). Kişilerin

hangi haber bilgi ve fikirlere ulaşacağını devletin belirlemesi halinde ifade hürriyetinin sınırlarını belirleyen ölçüt de ifadelerin resmi söyleme uygunluğu olacaktır (Arslan, 2003a: 53).

Devlet her zaman kitle iletişim araçlarıyla hangi haber ve fikirlerin aktarılıp hangilerinin aktarılmayacağı konusunda belirleyici olmayabilir. Ancak kendi doğrularına aykırı haber ve fikir yayan iletişim araçlarını para cezası, yönetici veya yayıncılarına hapis cezası, yayın durdurma cezası veya değişik yaptırımlarla tehdit edebilir. Bu nedenle kitle iletişim araçlarının yayınlarının devlet tarafından denetlenmemekle birlikte, yapmış oldukları yayınlar nedeniyle sindirilmeye çalışılmaları veya ağır yaptırımlarla karşı karşıya kalmaları ifade hürriyetinin gerçekleşmesini engelleyecektir. Bilgi edinme hürriyetinin dolayısıyla da ifade hürriyetinin gerçekleşmesini sağlamak açısından kitle iletişim araçlarının yayınlarına getirilecek kısıtlamalar ve yayınları nedeniyle uygulanacak yaptırımlar, belli şartları haiz olmalıdır. Herşeyden önce kitle iletişim araçlarının yayınlarına getirilen kısıtlamalar ve bu yayınlardan dolayı uygulanacak yaptırımlar yasayla düzenlenmelidir. Ancak bu tür kısıtlama ve yaptırımların sadece yasayla düzenlenmesi yeterli değildir. Bu tür yaptırımların aynı zamanda istisnai nitelikte olması ve bilgi edinme hürriyetini önemli ölçüde ortadan kaldırmaya yönelik olmamalıdır. Ayrıca yasayla yapılan bu kısıtlamalarla idareye verilen takdir yetkisi dar tutulmalı ve hukuk devletinin gereği olarak idarenin bu yöndeki işlemlerine karşı yargı yolu açık olmalıdır. Bu hürriyeti ortadan kaldırmamakla birlikte kullanımını oldukça güçleştiren düzenlemeler de demokratik toplum gerekleriyle de bağdaşmayacaktır.

Şüphesiz devlet, kitle iletişim araçlarının ne şekilde kurulacağı ve hangi esaslara göre yayın yapacağı konusunda birtakım düzenlemeler yapma hakkına sahiptir. Ancak bu

konudaki düzenlemeler kişilerin bilgi edinme hakkının kısıtlanmasına dönüşmemelidir. Bu alandaki faaliyetlerden yüksek oranda vergi alınması veya lisans ücretlerinin çok yüksek tutulması gibi durumlar bilgi edinme hürriyetinin dolaylı yönden kısıtlanmasıdır. Sonuç olarak, düşünmenin hammaddesi olan bilginin kısıtlanması serbest tartışma ortamının ve buna bağlı olarak da sağlıklı fikirlerin oluşmasını olumsuz yönde etkileyecektir (Alacakaptan, 2000:18).

Eğitim sistemi ve verilen eğitimin niteliği de bilgi edinme hürriyeti ve buna bağlı olarak da ifade hürriyetini doğrudan etkilemektedir. Eğitim aracılığıyla farklı görüşleri öğrenmek ve bilgi edinmek bakımından aranması gereken temel koşul, eğitimin nesnelligidir (Sunay, 2001: 52). Bu nedenle gerek devletin kendi okullarında, gerekse devlet denetimindeki özel okullarda verilen eğitimin niteliği önemlidir. Eğitim belli görüşlerin aktarılması, kişilerin bir ideoloji doğrultusunda endoktrinasyona tabi tutulmaları olarak algılanmamalıdır. Eğitime böyle bir anlayışla yaklaşıldığında, ifade hürriyeti tehlikeye girmiş olacaktır. İdeolojik bir devlet için kişileri kendi doğruları yönünde düşünmeye sevk etmek bakımından eğitim bulunmaz bir fırsattır. Eğitim aracılığıyla resmi ideoloji kişilere aşılır ve kişilerin resmi ideolojiyi sorgulamadan ona “iman” etmeleri sağlanır. Böylesine bir eğitime daha doğrusu beyin yıkama faaliyetine tabi tutulan kişilerin yeni fikirler üretmesi, resmi ideoloji dışında kanaatlere sahip olmaları söz konusu değildir. Bu kişilerin bütün düşünceleri resmi ideoloji ile şekillendiğinden başka bir doğru kabul etmeleri ve resmi ideoloji dışındaki fikirlere hoşgörüle bakmaları zayıf bir ihtimaldir. Eğitimin bu şekilde algılandığı bir ortamda resmi ideolojinin hakimiyeti bir kısır döngüye dönüşür. Çünkü insanlar resmi ideolojinin izin verdiğinden başka bilgi ve fikirlere ulaşamadıklarından, kendilerine verilen bilgi ve

aşıl原因 fikirler aracılığıyla ancak resmi ideolojinin yanılmaz doğrularını alır ve bunları ifade edebilirler. Belirtmeliyiz ki, iletişim teknolojisinin baş döndürücü bir hızla geliştiği günümüz dünyasında haber, bilgi ve fikir akışının ülke sınırlarını dahi tanımaması nedeniyle bu kısır döngü eski gücünü yitirmeye başlamıştır. Bu gelişmelere bağlı olarak da dünyanın neresinde olursa olsun kendisini dışı kapatıp vatandaşlarına ideoloji aşıl原因 ülkeler, muhalif görüşler karşısında zor anlar yaşamaktadırlar.

Eğitim sadece anti demokratik sistemler için önemli bir kurum değildir. Demokratik sistemlerin de gelişip varlıklarını sürdürebilmeleri için eğitime vurgu yapmaları doğaldır. Ancak demokratik sistemlerdeki eğitim, totaliter sistemlerdeki eğitimden nitelik olarak farklıdır. Her şeyden önce demokratik sistemlerde eğitim, kişilere ideoloji aşıl原因 bir aracı değildir. Zaten demokratik sistemlerin aşıl原因 bir ideolojileri de olamaz. Bu sistemler, demokrasinin bir gereği olan hoşgörü ve serbest tartışma ortamını oluşturabilmek için hukuki açıdan bütün ideolojilere karşı tarafsız bir tutum sergilemek durumundadırlar (Küçük, 2003: 41). Çünkü hoşgörü ve serbest tartışma ortamından bahsedebilmek için insanların farklı fikir ve görüşleri serbestçe seçebilmeleri ve bunları açıklayabilmeleri gerekir. Birbiriyle aynı fikirleri paylaşan insanlar arasında serbest tartışma ve hoşgörüden ziyade bir “özdeşlik” meydana gelir. Böyle bir ortamda toplumdaki herkes aynı pencereden aynı yöne bakmakta ve bunun doğal sonucu olarak da aynı şeyleri görmektedir. Bu nedenle aralarında hoşgörüden ziyade aynı düşünceyi paylaşmaktan kaynaklanan bir yakınlık vardır. İnsanların birbirlerinden farklı fikirlere sahip olmasının en başta gelen şartı ise, farklı bilgi ve fikirlere ulaşmanın mümkün olmasıdır. Hammaddenin zengin bir çeşitlilikte olması bunlardan üretilen fikirlerin zenginliğini de beraberinde getirecektir. Bu nedenle demokratik ülkelerdeki eğitim, farklı

görüşler hakkında bilgi edinmek bakımından gerekli özellikleri taşıyıcı nesnel bir eğitim olmalı ve kişilerin kendilerini geliştirebilmelerine yardımcı olmalıdır. Özetle eğitim, kişileri belli bir inanç, dünya görüşü ya da ideoloji doğrultusunda yetiştirmeye elverişli bir faaliyet olarak değil de; kişileri bilgilendirici, potansiyellerini geliştirici tarafsız bir kamu faaliyeti olarak ele alındığında sorunların çözülmesine ve ifade hürriyetinin sağlanmasına yardımcı olacaktır (Erdoğan, 1997: 219).

3.2.1. 2. Düşünme Hürriyeti

İfade hürriyetinin bünyesinde bulunan unsur hürriyetlerden bir diğeri de düşünme hürriyetidir. Düşünme, insan beyni tarafından yerine getirilen hem fiziki hem de felsefi bir faaliyettir (Küçük, 2003: 29). İnsanı diğer hayat formlarından ayıran düşünme, ifadenin kaynağının oluşturmaktadır (Trager ve Dickerson, 2003: 16). Kişi dış dünyadan almış olduğu bilgi ve fikirleri kendi zihninde işlemektedir. Düşünme hürriyetinin olmadığı bir yerde yeni fikirlerin ortaya çıkması mümkün olmaz. Böyle bir ortamda ifade hürriyeti, kişilerin dış dünyadan aldıkları bilgi ve fikirleri, onlara herhangi bir katkıda bulunmaksızın yeniden dış dünyaya aktarmaktan öte bir anlam taşımayacaktır.

Düşünme hürriyetinin, insanın iç dünyasında gerçekleşen bir faaliyet olması nedeniyle bu hürriyetin sınırlandırılmasının mümkün olmadığı söylenebilir (Teziç, 1990: 32). Bu anlayış Anayasa Mahkemesinin bir kısım kararlarına da yansımıştır. Anayasa Mahkemesine göre, düşünme ve kanaat hürriyeti, bir iç hürriyet olarak kaldığı sürece mutlak ve sınırsızdır. Kişinin iç alemi sadece kişiyi ilgilendiren bir alandır ve bu alana kanuni bir müdahalede bulunmak mümkün değildir. Düşünme hürriyeti, ancak toplum hayatını ilgilendirdiği andan itibaren hukukun ilgi alanına girip sınırlamalara tabi

olabilecektir¹⁰. Düşünmeyi kişinin iç dünyasındaki bir beyin faaliyeti olarak ele aldığımızda buna doğrudan müdahale edilemeyeceği doğrudur. Fakat kişinin neyi ne kadar düşüneceğini belirleyenler de dış etkenlerdir. Bu açıdan düşünmenin kişinin iç dünyasıyla ilgili olduğu, bu nedenle de düşünmeye müdahale edilemeyeceği şeklindeki bu anlayışa ihtiyatla yaklaşmak gerekir. Çünkü düşünme, kişinin iç dünyasında gerçekleşen bir faaliyetse de onun dış dünyadan etkilenmeyeceği düşünülemez (Sunay, 2001: 6). Her şeyden önce düşünme kendiliğinden gerçekleşen soyut bir faaliyet değildir. Kişiler dış dünyadan aldıkları bilgi ve fikirler üzerinde düşünürler. Kişinin dış dünyadan aldıkları, önce kişinin bir konu hakkında düşünmeye başlamasını sonrada o konuyla ilgili olarak neleri düşüneceğini belirlemesini sağlar.

Kişinin kendi iç dünyasında oluşturduğu düşüncelerini dış dünyaya aktarması durumunda aldığı tepkiler de düşünme hürriyetini etkilemektedir. Kişinin dışa vurduğu düşüncelerin tümünün, toplumdaki herkes tarafından beğenilip benimsenmesi mümkün değildir. Ancak düşüncelerine saygı duyulmayan, hoşgörüsüyle yaklaşılmayan dahası düşüncelerinden dolayı kişilerin cezalandırıldığı toplumlarda düşünme hürriyeti baskı altında demektir. Kişinin dışa vurduğu düşüncelerin toplum tarafından hoş karşılanmaması onu düşünme konusunda isteksizliğe sevk edecektir. Özellikle, devletin resmi görüşüne aykırı gelen düşüncelerden dolayı, kişinin cezalandırılması halinde “düşünme” kendisine karşı isteksizlik duyulan bir faaliyet olacaktır.

Esasen kişinin iç dünyasında gerçekleşen ancak dış etkenlerle sıkı bir ilişki içinde olan düşünme hürriyeti, haklı olarak belirtildiği gibi, ifade hürriyetinin beynini oluşturur (Küçük, 2003:50). İfade hürriyeti insan hakları içinde nasıl ayrıcalıklı bir yere sahipse,

¹⁰ AYMK, E.1963/17, K.1963/84, 08.04.1963. Kararın tam metni için Bkz. (<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1963/K1963-084.htm>).

düşünme hürriyeti de ifade hürriyeti içinde önemli bir yere sahiptir ve bu hürriyet tam anlamıyla gerçekleşmediği takdirde ifade hürriyetini oluşturan diğer unsur hürriyetler de değersiz olacaklardır (Küçük, 2003: 50).

3.2.2. *Bir Görüşe Sahip Olma (Kanaat, Düşünce) Hürriyeti*

İfade hürriyetinin kişinin iç dünyasında gerçekleşen son evresi, “düşünce” hürriyetidir. Düşünce, elle tutulup gözle görülmeyen ancak hissedilen ve hem toplumun hem de bütün insanlığın hayatına yön veren, gelişimini derinden etkileyen ve renklendiren, insanın en değerli ürünüdür (Gökçen, 2001: 238). Düşünce hürriyeti, felsefi, dini, siyasi, ekonomik vs. hangi alanda olursa olsun kişinin edindiği bilgiler arasından doğru olduğuna inandığı görüşleri seçebilmesi ve tercih edebilmesi olarak tanımlanabilir (Teziç, 1990: 33). Bir başka deyişle düşünce hürriyeti, kişinin dış dünyadan aldığı bilgi haber ve fikirleri düşünmek suretiyle işlemesi sonucunda ulaştığı kendi fikir ve tercihleridir.

Düşünce, kanaat ve inançlar dış dünyaya aktarılmadıkları sürece dış dünyada herhangi bir sonuç doğurmazlar (Teziç, 1990: 32). Düşünce hürriyetinin kişinin iç dünyasıyla ilgili olması nedeniyle hukuki sınırlamaların dışında kalması gerektiği söylenebilir. Zaten bu konuda bir sınırlama yapılması mümkün olmayıp, düşünce hürriyetini sınırlamaya yönelik girişimler insan onurunu zedeleyici uygulamaları da beraberinde getirecektir (Can, 2003: 371). Ancak düşünce hürriyetinin hukuki düzenlemelerle sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı ile hukuki düzenlemelere tabi tutulup tutulmayacağını birbirinden ayrı düşünmek gerekmektedir (Küçük, 2003: 52). Hukuk kuralları sadece sınırlayıcı nitelikte kurallardan ibaret değildirler. Bir kısmı da hakları güvenceye almayı amaçlarlar. Düşünce hürriyeti, sınırlayıcı nitelikte hukuk

kurallarıyla birlikte düşünüldüğünde, hukukun mutlak sınırlama alanı dışında kalmakta ve insan haklarının sert çekirdeğini oluşturmaktadır (Kaboğlu, 1997: 27). Düşünce hürriyetinin hukukla sınırlanamayacağı gerçeği gerek Anayasamız gerekse insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeler tarafından da kabul edilerek bu hususta güvence sayılabilecek düzenlemeler yer almıştır. Güvence niteliğindeki bu düzenlemelerde kişilerin düşünce ve kanaatlerinden dolayı kınanmamaları ve bunları açıklamaya zorlanmamaları hükme bağlanmıştır¹¹.

Düşünce hürriyetinin güvencede olabilmesi için bu konudaki hukuki düzenlemelerin, yalnızca düşüncenin serbestçe ifade edilebilmesini düzenlemesi yeterli değildir. Buna ek bir takım düzenlemelerin varlığı gerekir. İlk olarak kişiler kendi iç dünyalarındaki dini felsefi siyasi vs. görüşlerini açıklamaya zorlanmamalıdır. Böyle bir koruma kişilerin herhangi bir fikre veya tercihe sahip olmanın sonuçlarına karşı açıklama öncesinde korunmalarını sağlamaktadır (Sunay, 2001: 57). Düşünce hürriyetinin bu tür bir güvenceden yoksun olması durumunda kişiler kanaatlerini açıklamaya zorlanacaklar ve iki tehlikeden biriyle karşılaşacaklardır (Küçük, 2003: 56-57). Bu tehlikelerden birincisi, zorlamaya maruz kalanların, kendilerini kanaatlerini açıklamaya zorlayan otoritenin hoşuna gidecek şekilde açıklamalar da bulunmak zorunda kalmalarıdır. İkinci olarak ise kişi her şeye rağmen kendi düşüncelerini açıklayarak bunun sonuçlarına katlanacaktır. Her iki durumda ifade hürriyeti şekli bir hürriyet olmaktan başka bir anlam ifade etmeyecektir.

¹¹ 1982 Anayasası da bu türden bir güvence olmak üzere 25. Maddesinde; “Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz.” hükmüne yer vermiştir.

Düşünce hürriyetinin güvencede olabilmesinin diğer bir gerekliliği ise devletin farklı düşünce kanaat ve inançlar taşıyan kişilere karşı tarafsız olmasıdır. Bunun için de devletin kişilerin düşünce ve kanaatlerini öğrenme konusunda bir çaba içinde olmamalıdır. “Kişilerin düşünce ve kanaatlerinin öğrenilmesi yönünde sergilenen çabalar bünyelerinde bireylerin farklı muamelelere tabi tutulabilmeleri tehlikesini taşımaktadır.” (Küçük, 2003: 57). Devletin kişilerin düşünce ve kanaatlerini öğrenmeye çalışması ve kişilere sahip oldukları düşünce ve kanaatlere göre muamelede bulunması, düşünce hürriyetini ortadan kaldıracağı gibi devletin tarafsızlığını da zedeleyecektir. Devletin bu şekilde farklı kanaattaki insanlara farklı muamelede bulunması kanun önünde eşitlik ilkesiyle de çelişmektedir.

Ülkemizde kişilerin dini inançlarının kamu makamları tarafından öğrenilmesi ve sahip oldukları düşünce inanç ve kanaatlerinden dolayı birtakım farklı muamelelere tabi tutulmaları Anayasa Mahkemesi kararlarına konu olmuştur. Nüfus kayıtlarında kişinin mensup olduğu dinin yazılmasını düzenleyen 1583 sayılı Nüfus Kanununun 43. maddesinin, kişileri dini inançlarını açıklamaya zorladığı için Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla açılan davada; Anayasa Mahkemesi bir takım değerlendirmelerde bulunmuştur. Mahkemeye göre, nüfus kayıtlarında yer alan din hanesi, kişilik tanıtımına ilişkin bilgilerdendir. Nüfus kütüğündeki din kaydı ve diğer bilgiler ulusun demografik yapısının kamu yararını ilgilendirmesi nedeniyle şahsi hal bilgisi olarak nüfus kayıtlarına geçirilmektedir. Devletin vatandaşlarının özelliklerini bilme isteği kamu düzeni ve kamu yararı ile siyasi, ekonomik ve sosyal ihtiyaçlara dayanır. Bu nedenle demografik bilgi

olarak seçilen din kaydının, nüfus kütüğünde yer almasını düzenleyen Nüfus Kanununun 43. maddesi, kişileri inançlarını açıklamaya zorlamadığı için anayasaya aykırı değildir¹².

Kişilerin dini inançlarının devlet tarafından öğrenilmesiyle ilgili olarak Anayasa Mahkemesinin kararlarına konu olan diğer bir dava ise, 1412 sayılı Ceza Muhakemesi Usul Kanununun, “Tanığa tanıklıktan önce dini sorulur” hükmünü içeren 61. maddesinin Anayasaya aykırılığının ileri sürülmesi ile ilgilidir. Anayasa Mahkemesinin bu davada vermiş olduğu kararına göre, devlette egemen ve etkin güç dinsel kurallar değil akıl ve bilimdir. Kişinin inanç dünyasının düzenleyicisi olan dinin, devlet işlerinde söz sahibi ya da hukukun yerine geçerek kanuni düzenlemelerin kaynağını oluşturması düşünülemez. Bu nedenle tanığa dininin sorulması, kamusal ilişkilerde dinin belirleyici bir rol oynaması olasılığına yol açabilir. Laik bir devlette, dinin, her türlü etki ve el atmanın dışında bırakılabilmesi için onun sadece kişilerin iç dünyasına ilişkin bir olgu olarak kalması gerekir. Söz konusu yasa maddesi kişileri dinlerini açıklamaya zorladığı için anayasaya aykırıdır¹³.

Anayasa Mahkemesinin kişilerin dini inançlarının devlet tarafından öğrenilmesi konusunda vermiş olduğu her iki karar arasında çelişkiler göze çarpmaktadır. Mahkemenin nüfus kayıtlarında din ibaresinin yer almasıyla ilgili kararında, kişilerin dini inançlarının devlet tarafından öğrenilmesinin devletin, ulusun demografik yapısını öğrenmek için başvurduğu “ilginç bir anket” gibi ele aldığı görülmektedir. Tanıklara dinlerinin sorulmasıyla ilgili kararda ise Mahkeme, bireysel hakların korunmasına ilişkin daha tutarlı değerlendirilmelerde bulunmuştur. Sunay (2003: 60)’ın da belirttiği gibi

¹²AYMK, E.1995/17, K.1996/16, 21.06.1995. Kararın tam metni için Bkz. (<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1995/K1995-16.htm>). Kararın ayrıntılı değerlendirmesi için Bkz. Selçuk (1999: 367–374); Sunay (2001:59– 60).

¹³AYMK, E.1995/25, K.1996/5, 02.02.1996. Kararın tam metni için Bkz. (<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1996/K1996-05.htm>).

kararlar arasındaki farklılığın nedeni, mahkemenin din ve devletin karşılıklı konumlarına ilişkin yorumundan kaynaklanmakta olup mahkeme, dinin devlet karşısındaki konumunu net bir şekilde belirtmesine karşı devletin din karşısındaki konumuna ilişkin ise daha ihtiyatlı bir tutum içerisindedir. Daha açık söylemek gerekirse, laikliğin gerçekleştirilmesi bakımından devlet, dinden korunurken dinin de devletten korunması gerekliliği göz ardı edilmektedir.

Kişilerin düşünce ve inançlarından dolayı farklı muamelelere tabi tutulmaları ise, Anayasa mahkemesinin kararlarına yüksek öğretim öğrencilerinin türban takmalarıyla ilgili olarak konu olmuştur. Anayasa Mahkemesi, yüksek öğretim öğrencilerinin türban takmasına izin veren 3511 sayılı yasanın 2. maddesiyle 2547 sayılı yasaya eklenen ek 16 madde ile ilgili olarak yapılan iptal başvurusunu değerlendirdiği kararında; yüksek öğretim kurumlarında giyilen başörtüsü ve türbanın dini inanca dayandırılmasının çağın gereklerine aykırılık teşkil ettiğini, dini çağ dışı bir kurum olarak tanıtan başörtüsü kullanımında, belli bir biçim ve zorunluluğun vicdan ve dini inanç hürriyetiyle uyuşmadığını, dini olsun ya da olmasın çağdaşlığa aykırı devrim yasalarıyla öngörülen düzenleme ile çelişen giysilerin hoş karşılanmayacağını belirterek söz konusu hükmün anayasaya aykırılığına karar vermiştir¹⁴. Anayasa Mahkemesi aynı konu ile ilgili olarak üniversitelere türban serbestisi getiren 3670 sayılı yasa ile 2547 sayılı yasaya eklenen ek 17. maddenin Anayasaya aykırılığı ile ilgili kararında¹⁵, iptal başvurusuna konu yasanın anayasaya aykırı olmadığını, ancak üniversitelerde türban takmanın anayasaya

¹⁴AYMK, E.1989/1, K.1989/12, 07.03.1989. Kararın tam metni için Bkz. (<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1989/K1989-12.htm>).

¹⁵AYMK, E.1990/36, K.1991/8, 09.04.1991. Kararın tam metni için Bkz. (<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1991/K1991-08.htm>).

aykırılığının devam ettiğini söyleyerek yasama yetkisini peşinen kısıtlayıcı ilginç bir karara imza atmıştır.

Mahkeme kişilerin sahip oldukları inanç ve kanaatler nedeniyle devlet tarafından farklı muamelelere tabi tutulmamalarını yani kanun önünde eşitlik ilkesini, türban özelinde farklı bir şekilde yorumlayarak kişilerin dini inançlarından dolayı farklı muamelelere tabi tutulabileceğine işaret etmiştir. Anayasa Mahkemesinin türbanla ilgili kararlarında yapmış olduğu bu değerlendirmeler, AİHM tarafından da benimsenmiş ve mahkeme üniversitelerde uygulanan türban takma yasağının sözleşmeye aykırı olduğu iddiasını kabul etmemiştir¹⁶.

Devletler kişilerin dini inançları dışındaki siyasi fikir ve inançlarını da, özellikle onları kamu hizmetine alırken, öğrenme çabasıdadırlar. Bu amaçla kamu görevine talip olan adaylar hakkında “güvenlik soruşturması” adı altında araştırmalar yapılmaktadır. Bu konuya ilişkin olarak Anayasa Mahkemesinin kararlarına konu olan bir dava bulunmamaktadır. Ancak bu husus, Alman vatandaşları olan Glasenapp ve Kosiek’in başvuruları üzerine AİHM’nin iki kararına¹⁷ konu olmuştur. Aday memur statüsünde olan başvuruçular, Alman Anayasasına göre memurların etmesi gereken Anayasaya sadakat yeminini yerine getirmedikleri için adaylık statülerine son verilmeleri nedeniyle bu durumun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesine aykırı olduğunu öne sürmüşlerdir. İnsan Hakları Mahkemesi göre, başvuruların esas konusu kamu görevine girme ve bu görevde kalma hakkına ilişkin olup sözleşme, kamu görevine girme hakkını güvence altına almamaktadır. Bu nedenle kamu görevine girişte istenilen anayasaya

¹⁶ Leyla Şahin/ Türkiye, 44774/98, 10.11.2005; kararın Türkçe özeti için Bkz. Ülgen (2006: 303-310).

¹⁷ Glasenapp/ Almanya, 9228/80, 28.08.1986 ve Kosiek/ Almanya, 9704/82, 28.08.1986; nakleden Sunay (2001: 61-62).

sadakat yemini mecburiyeti, kanaat hürriyetini ihlal etmez. Mahkeme ayrıca kamu görevine talip olan adayların kanat ve davranışlarının değerlendirilmesinin, kamu makamlarının hakkı olduğunu, böyle bir denetimin adayın üstleneceği görevi gereği gibi yapıp yapmayacağını anlaşılması açısından gerekli olduğunu belirterek bu durumun sözleşmeyi ihlal etmediğine karar vermiştir.

Kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirirken, başta Anayasa olmak üzere devletin belirlemiş olduğu kurallara sadık kalmaları, yaptıkları işin doğası gereğidir. Esasen devletin belirlemiş olduğu kurallara uymak, herkes için zorunludur ve bu kurallara uymamanın bir yaptırımı mevcuttur. Bu nedenle kamu görevlilerinin anayasaya sadakat yükümünün ayrıca anayasalarda düzenlenmesine gerek bulunmamaktadır (Sunay, 2003: 62). Ancak her anayasanın sosyal ve siyasi hayata ilişkin tercihleri olması nedeniyle burada aranan sadakatin kurallara uymanın ötesinde kuralların felsefi özüne sadık kalmayı emrettiği söylenebilir (Akıllıoğlu, 1992:31). Belirtmek gerekir ki anayasaya sadakatin belli bir ölçüsünün olup olmayacağı tartışmaya açıktır. Ancak kişilerin sahip olduğu inanç ve kanaatler nedeniyle bazı imkanlardan yoksun bırakılması da eşitlik ilkesini zedelemektedir.

3.2.3. Düşüncüyü Açıklama Hürriyeti

İfade hürriyetinin bünyesinde bulunan son unsur hürriyet, “düşüncüyü açıklama hürriyeti”dir. Düşüncüyü açıklama hürriyeti, kişinin kendi düşünce ve kanaatlerini dış dünyaya serbestçe aktarabilmesidir. Bu unsur, ifade hürriyetinin dış dünyaya yansıyan boyutunu teşkil etmesi nedeniyle dış dünyada en çok yankı bulmakta ve kısıtlamalara konu olmaktadır (Küçük, 2003:66). Kişiler düşüncelerini açıklayarak tabir yerindeyse ürettiklerini pazara çıkarmaktadırlar (Erdoğan, 2003: 41). İfade hürriyetinin tam

anlamıyla gerçekleşebilmesi için düşünceyi açıklama hürriyetiyle tamamlanması gerekir. Düşüncelerin açıklanmadığı bir ortamda ifade hürriyeti, dış dünya boyutundan yoksun içsel bir olgu olarak kalacaktır (Küçük, 2003:67). İfade hürriyetinin bu unsuru, iç alemde gerçekleşen düşünme ve kanaat hürriyetleri açısından büyük önem arz etmektedir. Çünkü toplumda bilgi ve fikir serbestçe ifade edilememesi, yeni fikirlerin oluşmasını veya oluşan fikirlerin doğruluğunun test edilmesini engelleyecektir.

Düşüncenin açıklanması bir kararın zihin dışındaki uygulamasıdır (Sunay, 2001: 63). Kişiler, beşeri varoluşlarının bir gereği olarak, sahip oldukları düşünce ve kanaatlerini diğer insanlarla paylaşmak ve kendi görüşlerine taraftar bulmak isterler. Bu nedenle de sahip oldukları görüşlerini çeşitli şekillerde dışa vurular. Bu dışa vurum sözlü ve yazılı anlatım, sanatsal gösterim, kişisel görünüm ve görüntü tercihi, gösteri yürüyüşü, toplantı yapma ve örgütlenme şeklinde olabilir (Erdoğan, 2003: 37). Bu bağlamda düşünceyi açıklama hürriyeti, açıklanan düşüncenin içeriği yanında dışavurum şeklini de kapsamaktadır.

İfade hürriyeti, düşünce ve kanaatleri söz yazı yada başka araçlarla başkalarına aktarabilme ve onları kendi düşünce ve inançlarının doğruluğuna ikna edebilme ve kendi tercihleri doğrultusunda davranışlarda bulunabilmektir (Tanör, 1969: 27). Diğer tüm insan haklarında olduğu gibi ifade hürriyetinin sağlanmasının muhatabı da devlettir. İfade hürriyetinin gerçekleşmesi bakımından devletin hem negatif hem de pozitif yükümlülüğü vardır. Bu nedenle devlet, kişilerin düşünce ve görüşlerini ifade etmelerine keyfi olarak müdahale etmemenin yanında düşüncelerini açıklayan kimseleri toplumdaki diğer kişi ve gruplardan gelecek baskı ve tehditlere karşı da korumalıdır (Erdoğan, 2003:39).

İfade hürriyetinin konusu olan düşünceler ve inançlar, hayatın din, ahlak, siyaset gibi çeşitli alanlarına yönelik olabilirler. Kişiler hayatın çeşitli alanlarına yönelik olarak ifade ettikleri görüşlerinde yeni fikir ve bilgileri topluma aktarabilecekleri gibi mevcut uygulamaları ve önceden ortaya sürülmüş fikirleri de eleştirebilirler. Bunlardan başka kendi görüşlerine taraftar toplamak için propaganda da yapabilirler. İfade hürriyetinin içerik bakımından korunması daha doğrusu ifade hürriyetinin önemi, sadece toplumun tümü tarafından benimsenen veya ifade edildiğinde yadırganmayacak fikirler için değildir. İfade hürriyetinin önemi, egemen fikirlere ne kadar aykırı olursa olsun, herkesin yeni düşünceler ve bilgiler getirme hakkını korumasından kaynaklanmaktadır (Kuçuradi, 1998: 25). Bu nedenle ifade hürriyeti demokrasinin bir gereği olduğu kadar demokrasinin gelişmesine de katkı sağlayan hürriyetlerin başında gelmektedir. İfade hürriyetinin sağlanmadığı veya önemli bir derece de kısıtlandığı durumlarda haber ve fikir akışı duracak ve toplum durağan bir hale gelecektir. Toplumsal sorunların nitelikli bir şekilde tartışılabilmesi her şeyden önce farklı görüşlerin karşı karşıya gelmesiyle mümkün olacaktır.

İfade hürriyetinin konu bakımından zenginliği ve korunması, ifadede kullanılan araçlar için de söz konusudur. Düşünceleri sözle, yazıyla, resimle veya başka herhangi bir araçla açıklamak mümkündür. Kişiler düşüncelerini, tek başlarına ifade edebilecekleri gibi onun toplumda daha büyük yankı getirebilmesi için toplu bir şekilde de ifade edebilirler. Toplantı ve gösteri yürüyüşleri yapmak yada parti, sendika vs. çatısı altında örgütlenerek düşüncelerin açıklanması, toplu şekilde yapılan düşünce açıklamalarındandır (Küçük, 2003:73). Bunlardan başka, haksız bir uygulamaya karşı kamuoyuna çağrı niteliğinde olan ve sivil itaatsizlik olarak adlandırılan eylemler de bir

düşünce açıklama aracı olarak kabul edilmelidir (Sunay, 2001: 12). Bu şekildeki toplu düşünce açıklamaları da ifade hürriyetinin değişik uzantılarından başka bir şey değildir (Tanör, 1969: 29).

Düşünceyi açıklama hürriyeti, ifade hürriyetini dış dünya ile ilişkilendirilmesi bakımından toplumun ve devletin gözü önünde olan bir hürriyettir. Toplum, kişilerin düşüncelerinden ancak bunlar dışa vurulduğunda haberdar olur ve kişiler hakkında değerlendirmesini ona göre yapar. İfade edilmeyen düşüncelerden toplumun haberdar olması ve onun sahibine karşı olumlu veya olumsuz bir tepki göstermesi mümkün değildir. Bu nedenle ifade hürriyetinin üzerinde en çok tartışılan ve hukuksal kısıtlamalara konu olan unsur hürriyeti, düşünceyi açıklama hürriyetidir.

3.3. İfade Hürriyetinin Gerekçeleri

İnsanlar, yaratılışları gereği, diğer canlılardan farklı oldukları gibi kendi hemcinslerinden de farklı özelliklere sahiptirler. Görünüm olarak tek tip olmadıkları gibi düşünce olarak da standart özellik göstermezler. İfade hürriyetinin gerekliliği ve gerçekleştirilmesi, her şeyden önce insanların düşünebilme yetenekleri ile diğer canlılardan, daha sonra ise farklı düşünebilip farklı görüşlere sahip olabilmeleri bakımından kendi hemcinslerinden ayrı olmalarından kaynaklanmaktadır. İfade hürriyetinin gerçekleştirilmesi insan olmanın gereğidir. Tabiatı gereği farklı düşünebilen bir varlık olan insanın kendini dışa vurma ihtiyacı, onu insan kılan başlıca özelliklerden bir tanesi olup, sonuçları ve faydalarına bakılmaksızın sadece bu nedenle bile savunulmayı hak etmektedir (Özipek, 2003: 1-2)¹⁸. İnsanın insan olmasının bir gereği olan ifade hürriyeti, onun sonuçlarına ve yararına vurgu yapan daha başka gerekçelerle de

¹⁸ İfade hürriyetinin demokrasiyi gerçekleştirmek haricinde tek başına bir değer olmadığı konusunda Bkz. İlal (1986:61).

savunulmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, ifade hürriyetini bir takım gerekçelerle açıklamaya çalışan görüşler onun değerini açıklamaktan ziyade onun değeri konusunda başkalarını ikna etmeye çalışmaktadırlar. Bu tür görüşlerden çıkarılacak ortak sonuç, ifade hürriyetinin, hangi gerekçeyle savunulursa savunulsun, savunulmayı hak eden bir değer olduğudur. Kuşkusuz bütün insanlar şu veya bu gerekçeyle ifade hürriyetini savunuyor değildirler. Tıpkı insan hakları düşüncesine karşı olanlar gibi çeşitli nedenlerle ifade hürriyetine karşı çıkanlarda olabilecektir.

İfade hürriyetinin savunulmasına gerekçe olarak gösterilen ve farklı kaynaklardan beslenmekte olan bu tezlerin başlıcaları, demokrasiye, gerçeğin keşfine, kişisel gelişime ve yasaklamanın ters etkisine vurgu yapan tezlerdir.

3.3.1. İfade Hürriyeti ve Demokrasi

Genellikle kabul gören bir fikre göre, ifade hürriyeti demokrasinin olmazsa olmaz şartlarından biridir. İfade hürriyeti toplumda serbest tartışmayı, yeni fikirlerin ileri sürülmesini mümkün kılar. Fikirlerin serbest bir şekilde ifade edilemediği bir toplumda, toplumsal sorunlar hakkında sağlıklı bilgi edinmek ve neyin toplumun yararına olduğunu belirlemek amacıyla serbestçe tartışma yapmak imkansızdır.

İfade hürriyetini demokrasinin bir gereği olarak gören bu anlayış, şartlı bir gerekçe ile karşımıza çıkmaktadır. İfade hürriyetinin bu gerekçe ile savunulabilmesi için Beydoğan (2003: 51)'in da belirttiği gibi, devletin idaresi ve teşkilatı için asli rehber olarak demokratik prensiplerin öncelikle kabul edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle bu gerekçe, demokrasinin dışında kalan diğer hiçbir sistemde öne sürülemeyecektir.

Demokrasilerde iktidarın kaynağı en üstün otorite olan halktır. Halkın doğru seçim yapabilmesi için fikirlerin halka ulaşması, hiç kimse tarafından engellenmemelidir.

Demokrasi toplum için ortak iyiyi ortaya çıkarmaya çalışan bir rejimdir. Toplum için ortak iyinin bulunabilmesi amacıyla fikirlerin serbestçe ifade edilebilmesi ve kamu otoritelerinin beğenilmeyen icraatlarının eleştirebilmesi gerekir (Trager ve Dickerson, 2003: 8). Bunların olmadığı yerde seçmenlerin bilgi alabilmeleri ve kendilerince doğru gördükleri tercihlere ulaşabilmeleri oldukça zorlaşacaktır. Böyle bir toplumda ise halk, yaşamını ve geleceğini ilgilendiren konular üzerinde fikir üretip bunları açığa vuramayacağından bu sistem demokrasi olarak nitelenemez (Ünal, 1995: 242).

İfade hürriyetini demokrasiye dayandıran fikirlere Spinoza, Hume ve Kant'ın yazılarında rastlamak mümkünse de bu tez, en hararetli şekilde Amerikan siyaset felsefecisi Alexander Meikejohn tarafından savunulmuştur (Schauer, 2002: 52). İfade hürriyeti genellikle demokrasiyle birlikte düşünülen liberal bir doktrin olmasına rağmen demokrasiye dayanan tez, liberalizmi kişisel menfaatlara daha çok önem verip sosyal değerlere daha az değer verdiği için eleştirenler arasında bile ilgi görmektedir. Bu şekilde düşünenlerden biri olan yazar Robert Paul Wolff, "The Poverty of the Liberalism" (Liberalizmin Sefaleti) adlı kitabında vatandaşların siyasi katılımını öngören bu teze sempati ile bakmıştır (Beydoğan, 2003: 53).

İfade hürriyetini vatandaşların siyasi katılımına dayandıran bu tezle ilgili olarak demokrasiyle neyin anlatıldığı da önemlidir. Demokrasi kelimesi, onu kullanan kişi sayısınca farklı anlam ifade ettiği kadar, onu işiten insan sayısınca da farklı algılanabilmektedir. Bu çerçevede bugün demokrasi ne kadar otokratik olduklarına bakmadan bütün siyasi yönetimlerin kendilerini "demokratik" diye niteleme zorunluluğu duydukları devleti teşkilatlandırmanın uygun bir tarzı olarak kabul edilmektedir (Schauer, 2002: 53). Bu tezin konusu bakımından demokrasi kelimesini daha dar bir anlamda

kullanma zorunluluğu vardır. Bu bakımdan demokrasi genel olarak asli siyasi gücün halk elinde olduğu, bir organ olarak halkın bağımsız ve doğrudan veya temsilciler aracılığıyla yönetimin işlemini kontrol ettiği bir sistem olarak tanımlanabilir (Beydoğan, 2003: 54). Bu tez açısından demokrasi halk için bir düzen değil, halk tarafından bir düzendir. Demokrasinin halk tarafından bir düzen olması, halk için olmasını gerektirebilir, fakat halk için olması, halk tarafından olması anlamına gelmez. Günümüzde, totaliter sistemler de dahil, halk için olmadığını söyleyen bir sisteme rastlamak olası değildir.

Vatandaşların kamu politikalarının oluşumuna etkili bir şekilde katılımını öngören bu tez, günümüz modern demokrasilerinin benimsemiş olduğu ifade hürriyeti tezidir. Bu tez serbest ifade hürriyetine gerekçe oluşturan diğer tezlerden farklı olarak anayasa ve diğer yazılı belgelere girmek suretiyle daha somut bir hale gelmiştir.

İktidarın kaynağının halk olduğu bir sistem olan demokraside halkın yetkisi, yöneticileri seçmekle sınırlı değildir. Halk aynı zamanda seçtiği ya da seçmediği yöneticileri denetleme ve onları eleştirme hakkına da sahiptir (Trager ve Dickerson, 2003: 8). Demokrasinin bu özelliklerini göz önüne aldığımızda ifade hürriyetini demokrasiye dayandıran tez, Schauer (2002: 56)'in de belirttiği gibi, iki önemli unsurdan oluşur. Bunlardan birincisi seçmenin yetkilerini etkin bir biçimde kullanması sırasında hangi önermeleri kabul ve hangi önermeleri reddedeceğine karar verebilmesi için gerekli bütün bilgilere ulaşmasının mümkün kılınması zorunluluğudur. Kararları alma yetkisine sahip olan halk bir kararı almadan önce o konuyla ilgili tüm bilgilere ihtiyaç duymaktadır. Bu nedenle ifade hürriyeti üzerindeki bir sınırlama, kararları alacak olan kişilerin bilgi edinmelerini sınırlayarak müzakere sürecini sekteye uğratacak ve demokrasinin kendi kendini yönetme ilkesini aşındıracaktır. Oy kullanacağımız konuda

gerekli bilgilere ulaşamamak da oy kullanma hakkının engellenmesi kadar demokratik ilkelere aykırılık teşkil etmektedir. İkinci olarak ise, demokrasilerde halkın egemenliği kabul edildiğinden yöneticiler halka hükmetmekten ziyade halka hizmet edicidirler. Bu bakımdan ifade hürriyeti halkın isteklerini yöneticilere iletmesinin bir aracıdır. Böyle bir durumda varolma nedeni halka hizmet olan bir iktidarın, halkın isteklerini ifade etmesine izin vermemesi düşünülemeyecektir.

Demokratik sistemlerde ifade hürriyeti yöneticilerin seçilmesi ve onların seçmenler tarafından denetlenmesi için gereklidir. Demokratik bir devlette yaşayan herkesin; yöneticilerin seçimi, eleştirilmesi veya diğer konularda aynı düşüncelere sahip olmaları mümkün değildir. Bu nedenle sadece çoğunluk tarafından paylaşılan, toplumun ortak iyiliğine olduğu düşünülen fikirlerin yanında toplumun çoğunluğu tarafından tasvip edilmeyen, hatta toplumun tepkisini çeken fikirlerin açıklanması da ifade hürriyetinin kapsamında düşünülmelidir. Zaten ifade hürriyetinin önemi de bu tür fikirlerin ifade edilmesini korumak suretiyle serbest tartışma ortamının sağlamasındadır. Kişilerin benzer düşüncelere sahip oldukları, herkesin belirlenen “ortak iyi” doğrultusunda görüşlerini ifade ettiği kurgusal bir toplumda, ifade hürriyetinin kısıtlanması gereksiz görülecek hatta bu ortak iyiye ulaşma amaçlı düşüncelerin açıklanması teşvik edilecektir. Bu hususta ifade hürriyetinin demokratik bir toplum için vazgeçilmezliğine vurgu yapan AİHM, Handyside/İngiltere kararında bu hususu şu şekilde ifade etmiştir:

İfade hürriyeti, toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturur. İfade hürriyeti, 10. maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen

haber ve düşünceler için değil, ama ayrıca devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz¹⁹.

Sonuç olarak, seçilmiş yöneticilerin hükmedici değil de halkın hizmetçisi olarak algılandığı demokrasilerde, yöneticileri seçme yetkisine sahip kişiler, kendi isteklerini yöneticilere ulaştırmak ve yöneticilerin beğenmedikleri uygulamalarını eleştirebilmek için ifade hürriyetine sahip olmalıdırlar. Yönetilenlerin yöneticileri eleştiremediği, onlara kendi isteklerini ulaştıramadığı bir toplumda yöneticilerin ne suretle işbaşına geldikleri de bir anlam ifade etmeyecektir. Demokrasilerde neyin doğru neyin yanlış olduğuna karar verme yetkisi vatandaşlarda olduğundan, kamu politikalarının oluşumunda da halk belirleyici olmalıdır (Beydoğan, 2003: 58). Yöneticilerin seçimi konusunda halk da hata yapma hakkına sahiptir ve bu hatasını yine kendisi düzeltebilir. İfade hürriyeti aracılığıyla kişiler, yöneticilerin seçiminde ve kamu politikalarının oluşumunda temel belirleyici olduklarından, iktidarlar halk için olduğunu iddia etseler dahi halka rağmen bir şey yapamayacaklardır.

3.3.2. İfade Hürriyeti ve Gerçeğin Keşfedilmesi

İfade hürriyetini savunmak için başvuru tezlerden bir tanesi de ifade hürriyetini, gerçeğin keşfedilmesine dayandıran tezdır. İfade hürriyetine gerekçe teşkil eden tüm tezler arasında ağırlıklı ve en devamlı olanı bu tezdır. Bu teze göre, ifade hürriyeti gerçeğin ortaya çıkmasını sağladığı için özellikle değerlidir. Bu tez, açık tartışmanın serbest fikir alışverişinin araştırma ve eleştirme hürriyetinin gerçeğin

¹⁹Handyside/İngiltere, 5493/72, 07.12.1976. kararın Türkçe çevrisi için Bkz. Doğru (2002: 158-177).

araştırılabilmesi için gerekli olduğuna işaret etmektedir (Schauer, 2002: 21). Fikirlerin serbestçe ifadesi ve serbest tartışma olmaksızın gerçeğe ulaşamaz. Ancak ifade hürriyeti sayesinde fikirler serbestçe tartışılır ve gerçek ortaya çıkar.

İfade hürriyetini gerçeğin keşfedilmesine dayandıran tez, Mill ile özdeşleşmiştir. Mill (2004: 52)'e göre, otorite tarafından ortadan kaldırılmaya çalışılan düşünce pekala doğru da olabilir. Bir düşünceyi ortadan kaldırmak isteyenler doğal olarak onun doğruluğunu inkar ederler. Böyle yapanların konuyu bütün insanlık adına kesip atmaya hakları yoktur. Bir düşüncenin ifadesini otorite yanlış bulduğu için reddetmek, otoritenin gözündeki doğruyu mutlak olarak kabul etmektir. Bu şekilde davranmak tartışmayı susturmak ve bir yanılmazlık taslamaktır. Bu görüşleriyle doğrunun bastırılan fikirlerde olabileceğine dikkatimizi çeken Mill, fikirlerin yanlışlığını gerekçe göstererek onların ifade edilmesini engellemenin bazı bilgilerin ortadan kalkmasına neden olabileceğini ileri sürmektedir. Ayrıca serbest tartışmayı susturma girişimleri otoritenin doğrularını topluma tek doğru olarak dayatacak ve toplumu durağan bir hale getirecektir.

Mill'in ifade hürriyetini gerçeğin keşfine dayandırmasının, ifade hürriyetini savunmaktan ziyade onun gerekliliği konusunda başkalarını ikna etmeye yönelik bir çaba olduğu söylenebilir. Yani Mill, ifade hürriyetini, başka hiçbir faydasına bakılmaksızın, "başlı başına savunulması gereken bir değer" olarak görmektedir diyebiliriz. Mill (2004: 51)'in "Bir kişi hariç tüm insanlar aynı fikirde olsa bile nasıl tek kişinin karşı görüşteki tüm insanları susturmaya hakkı yoksa diğer insanların da o tek kişiyi susturmaya hakları yoktur" sözü bu kanıyı güçlendirmektedir.

Gerçeğin keşfedilebilmesi için toplumdaki fikirlerin birbirleriyle rekabetlerinin serbest olması ve bu serbestlik ortamının korunması önemlidir. Schauer, ifade

hürriyetinin gerçeği keşfetmedeki rolünü hukuktaki çapraz sorgulamaya ve ekonomideki görünmez el kuramlarına benzeterek izah etmeye çalışmıştır. Schauer (2002: 23)'e göre, mahkemelerdeki çapraz sorgu sistemiyle tarafların ileri sürdüğü delillerin test edilerek gerçeğin ortaya çıkarılması gibi, kabul edilmiş doğruları ve bunlara karşı ileri sürülen görüşleri test etmek ve değerlendirmek için eleştiri ve ifade hürriyeti gereklidir. Aynı şekilde nasıl ki Adam Smith'in "görünmez eli" en iyi üretimin serbest rekabet piyasasında ortaya çıkmasını sağlıyorsa, toplumda tüm görüşlerin serbestçe ifade edilmesi halinde de en iyi fikirler ortaya çıkacaktır. Bu nedenle gerçeğin ortaya çıkabilmesi için fikirlerin birbiriyle serbest rekabet içinde olmaları gerekmektedir. Yanlışlığı kabul edilen fikirlerin bir gün doğru olarak karşımıza çıkma ihtimali olduğu kadar doğru olduğunu kabul ettiğimiz fikirlerin de yanlış olabileceği gözden uzak tutulmamalıdır.

Gerçeğin keşfedilmesini fikirlerin serbestçe ifade edilebilmesinde gören Ziya Paşa (2003: 99)'ya göre, her araştırmanın doğruluğu ve tutarlılığı, fikri farklılıkları ortaya koymak ve bunları tartışmakla mümkün olup, tartışma sonunda da doğrunun ortaya çıkması için düşünürün şu sözlerine kulak verilmelidir (2003: 100):

Herhangi bir görüş veya iyi bir şekilde takip edildiği düşünülen yol, ciddi ve dikkatli bir araştırma ve tartışmadan geçmezse; yani ilgili olduğu hususta iyi ve kötü yönleri üzerine muhtelif görüşler ortaya konulduktan sonra doğruya en yakın olan bakış açısı kabul edilmezse, çoğunlukla yanlış olan sonuçlar çıkar.

Fikirlerin serbestçe ifade edilebilmesini gerçekliğin keşfine dayandıran bu tez, Amerikan Federal Mahkemesi hakimleri tarafından da benimsenmiş ve ifade hürriyetiyle

ilgili davalarda bu teze göndermeler yapılmıştır. Federal hakim Holmes , bir kısım davalıların casusluktan suçlu bulunduğu Abrams v. United States davasında bu tez ile ilgili görüşlerini şu şekilde açıklamıştır:

Görüşlerini açıklayanlara eziyet edilmesinin kendi içinde tutarlı bir mantığı vardır. Eğer senin evin ve gücün hakkında bir şüphen olmazsa ve samimi olarak bazı sonuçları istersen doğal olarak kanun içinde bütün isteklerini vurgular ve bütün muhalefeti süpürürsün. Muhaliflerin konuşmasına izin vermek, konuşmanın güçsüz olduğunu düşündüğünüzü göstermektedir. Örneğin bir adamın, bir daireyi kare haline getirdiğini söylemesi durumunda ya gerçekten sonucuyla ilgilenmiyorsundur ya da evin ve gücün hakkında herhangi bir endişe hissetmiyorsundur. Fakat insanlar çarpışan inançların devrildiğini fark ettiği zaman, fikir babında serbest ticaretin istenen düzeye ulaşmada daha faydalı olabileceğine, belki o zaman onların daha önce inandıklarından, daha fazla inanabilir. Böylece gerçeğin en iyi testi fikirlerin gücünden geçer. Çünkü böylece bir fikir piyasada rekabete açık bir ortamda kendisini kabul ettirmiş olacaktır²⁰.

Holmes, bu şekilde ifade ettiği görüşleriyle, kendisinin “fikirlerin pazar yeri” olarak adlandırdığı gerçekliğin keşfedilmesi tezine dayanmış ve gerçekliğin en iyi testinin düşüncenin piyasa rekabeti içinde yapılacağını belirtmiştir. Holmes’e göre üretilen malların pazar yerinde satışa arz edildiği gibi fikirler de denetlenmeyen rekabetçi bir

²⁰Abrams v. United States, 250 U.S.616(1919), 10.11.1919. Kararın Türkçe çevirisi için Bkz. ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü (2003: 57-66).

ortamda toplumdaki insanların beğenisine sunulur ve arz edilen bu fikirler kendilerini kabul ettirme güçlerine göre kabul görürler.

Gerçeklerin ortaya çıkması için fikirlerin serbestçe rekabet etmelerinin diğer bir sonucu da bir takım fikirlerin haksız bir korumadan faydalanmasının önlenmesidir. Doğru veya yanlış olsun bazı fikirlerin serbestçe ifadesine izin verilmemesi, gerçekliğin ortaya çıkmasını engellediği gibi ifadesine izin verilmeyen fikirlere de haksız bir koruma sağlayabilecektir. İfade edilmesine izin verilmeyen bir kısım fikirler, serbest bir piyasada test edilemediğinden toplumdaki insanların bir kısmı bu fikirlere karşı bir sempati duyabilmektedir. Aslında bu tür fikirlerin taraftar toplamaması için yasaklanması, bu yasaklamanın tam tersine o fikre haksız bir koruma sağlayarak taraftar sayısını artırabilmektedir. Bu bakımdan hem gerçekliğin ortaya çıkabilmesi hem de bazı fikirlerin ifadesine yasaklar getirilerek onlara haksız bir koruma sağlanmaması için fikirlerin birbirleriyle serbestçe rekabet etmesine müdahale edilmemelidir.

Gerçekliğin keşfine dayanan tez, devletin gizli bilgileri ve özel ticari sırların açıklanmasıyla ne kadar ilgilidir ya da bu tez gereği devletin gizli bilgilerinin ve özel ticari sırların açıklanması gerekir mi? Hemen her hukuk sisteminde gerek devlet sırlarının gerekse özel ticari sırların açıklanmasını yasaklayan hükümler vardır. Gerçekliğin keşfine dayana tez bu konuda herhangi bir istisna belirtmemiştir. Ancak Beydoğan (2003: 38-39)'ın da belirttiği gibi, bu konuda liberal demokrasilerin uzlaşmacı çözümlere ulaşarak, devletin güvenliği ve ticari kazancın korunması ile bilginin serbestçe akışı arasında bir denge kurulmaya çalışıldığı görülmektedir. Bu denge süreci bize serbest ifadenin mantık tarafından şekillendiğini göstermektedir.

3.3.3. İfade Hürriyeti ve Kendini Gerçekleştirme

Bu tez, ifade hürriyetini kişinin kendini gerçekleştirme, kişisel gelişimini tamamlama hakkına dayandırır. Demokrasiye dayanan tez ile gerçekliği keşfine dayalı tez, ifade hürriyetini toplumsal değerlere dayandırmasına rağmen bu tezin altında yatan değerler kişiseldir. Kişinin kendini gerçekleştirme ve geliştirmesi, diğer insani değerlerin de dayanağı olduğundan en temel ahlaki değerlerin başında gelmektedir. Erdoğan (2003: 41)'a göre, kişinin kendini gerçekleştirme ve yaratılıştaki potansiyellerini geliştirmesinin şartı, kendisini serbestçe ifade etmesidir. Kişilik ancak kendini ifade ile ortaya çıkar. Özgür ve özerk kişilik de ifade hürriyetiyle gerçekleşir.

Bir kimsenin bilgi ve fikirlere ulaşmasına ve kendi görüşlerini serbestçe ifade etmesine izin verilmezse, yani düşünceleri bastırılırsa kişiliğinin gelişmesi engellenmiş olur (Trager ve Dickerson, 2003: 8). Toplumsal refaha olumsuz katkıda bulunsa bile kişilerin dini, ekonomik, siyasi veya başka konulardaki görüş ve eleştirilerini ifade edebilmeleri gerekir. Bu nedenle gerek anayasal²¹ belgelerde gerekse uluslararası sözleşmelerde, ifade hürriyetinden bağımsız, olarak kişinin kendisini gerçekleştirme bir hak olarak güvence altına alınmıştır.

Schauer, devletin ifade hürriyetini tanımasının, vatandaşlarına saygının ve eşit davranmasının bir gereği olduğuna işaret etmektedir. Schauer (2002: 90)'e göre devlet, bir kişinin fikirlerini serbestçe ifade etmesini yasakladığında, o kişiyi aşağılayarak onun haysiyetini kırmış olacaktır. Bu durumda ise devlet bazı kişilerin fikirlerini yasaklamak suretiyle onları diğer vatandaşlarıyla eşit statüde görmemekte hem de fikirlerini açıklamalarını engelleyerek bu vatandaşlara saygı göstermemektedir.

3.3.4. Yasaklamanın Ters Etkisi

²¹ 1982 Anayasasının 17. Maddesinde bu husus, "Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir" şeklinde ifade edilmiştir.

Resmi otoritelerin bir fikri sakıncalı ya da yanlış bularak yasaklamaları bilinen bir olgudur. Ancak bir fikri yasaklamak, yasakçıların amaçladıklarının tam tersine, genellikle o fikrin aleyhine sonuçlar doğurmaz (Erdoğan, 2003: 42). Çünkü bir fikri yasaklamak suretiyle onu eleştirme ve yanlışlığını ortaya çıkarma fırsatı kaçırılmış olur. Yani yasaklanan fikre haksız bir korunma sağlanmış olur.

İnsan bir belirti olmasa bile doğal olarak meraklıdır. Bu merakın bir sonucu olarak Schauer (2002: 110)'in de belirttiği gibi, insanlar kendilerinden saklanan şeyin doğru olabileceği düşüncesine daha yatkındırlar. Bu bakımdan yasaklamalar çoğu zaman bu görüşlere yanlış olsalar dahi bir çekicilik sağlamaktadır.

Yasaklanan fikir ister doğru isterse yanlış olsun yasakçılık kesinlikle zararlıdır. Yasaklanan fikir doğru ise, böyle doğru bir fikrin toplumdaki insanlara ulaşması kısmen dahi olsa engellenmiş olacaktır. Yok eğer yasaklanan fikir yanlış ise, bu fikrin yanlışlığının test edilmesi önlenerek bu fikre bir dokunulmazlık kazandırılmış olacaktır. Ancak bu husus yasaklamanın tam etkili olmaması halinde söz konusudur. Yasaklamanın tam etkili olması halinde, doğru veya yanlış, yasaklamaya konu fikirlerin öğrenilebilmesi imkansızdır. Tam etkili yasaklamanın imkansız olduğu söylenebilirse de Mill (2004: 66)'in, "Tarih susturulmuş hakikatlerle doludur" sözü bunun mümkün olduğuna işaret etmektedir.

Yasaklamanın ters etkisi yalnızca yasaklanan fikirlere karşı diğer insanların gösterdiği ilgiyle sınırlı değildir. Ayrıca bu yasaklama bünyesinde fikirleri yasaklanan insanları şiddete teşvik etmek gibi bir tehlikeyi de barındırmaktadır.

3.4. İfade Hürriyetinin Niteliği ve Önemi

İfade hürriyeti, kişilerin sırf insan olmaları nedeniyle sahip oldukları ve genel olarak insan hakları diye adlandırılan haklardan biridir. İnsanın maddi ve manevi varlığının geliştirmeye katkıda bulunması yönünden önemli bir yere sahip olup, bir çok hak ve hürriyetin üzerine kurulu olduğu bir kaynak hürriyet niteliğindedir (Dost, 2001: 17). İfade hürriyeti insan haklarının tasnifi bakımından negatif statü hakları kategorisine girmektedir. Anayasalarda ve uluslararası insan hakları belgelerinde kişisel ve siyasal haklar kategorisinde yer almaktadır. Bu nedenle ifade hürriyetinin, devlete karışmama yükümlülüğü getiren negatif nitelikte bir hürriyet olduğu söylenebilir. Devlet bu negatif yükümlülüğünün bir gereği olarak, bu hakka kendisi müdahale etmeyecek ve başkalarının müdahale etmemesi içinde gerekli önlemleri alacaktır (Bıçak, 2003: 310).

İfade hürriyetini niteliğiyle ilgili olarak bir diğer husus ise onun karmaşık bir yapıda olmasıdır. Gerçekten ifade hürriyetinin kullanılmasında eğitim hürriyeti, bilim ve sanat hürriyeti ve siyasi parti kurma hürriyeti gibi önemli fonksiyon gören bir çok hürriyet yer almaktadır (Sunay, 2001: 10). İfade hürriyetinin içeriğinde de bu karmaşıklığa rastlamak mümkündür. Sosyal, siyasi, bilimsel vs. içerikli tüm ifadeler bu hürriyetin kapsamındadır. Ancak hakaret, sövme, tehdit ve iftirayla suçü övücü ve şiddeti teşvik edici ifadeler, ifade hürriyeti kapsamında değerlendirilmemelidir (Ünal, 1995: 242).

İfade hürriyetinin yapısı ve içeriği bakımından görülen karmaşıklık, kullanılan araçların çeşitliliği bakımından da geçerlidir. Fikirlerin söz, yazı, sinema, müzik, propaganda vs. her türlü araçla açıklanabilmesi mümkündür. Bu bakımdan haksız bir uygulamaya karşı kamuoyuna çağrı niteliğinde olan ve sivil itaatsizlik olarak adlandırılan eylemler de bir ifade aracıdır.

Kişinin kendini geliştirmesine yardımcı olan ifade hürriyeti hem kişiler hem de toplumlar açısından önemlidir. İfade hürriyeti kişilerin düşünce sahibi olup, bunları dışa vurmasını temin ederek kişinin manevi gelişimini sağlamasına yardım eder. Ayrıca yeni fikirlerin ifadesine imkan verilmesi, mevcut sistemin kusurlarını ortaya çıkartacak ve yanlış uygulamaları ortadan kaldırmak suretiyle toplumsal gelişmeye katkı sağlayacaktır (Bıçak: 2003: 309). Bir toplumda fikirlerin serbestçe ifade edilebilmesi, toplum yararına fikirlerin ortaya çıkmasına hizmet etmesinin yanında, toplumsal barışın sağlanmasına da katkıda bulunur. Fikirlerin serbestçe ifade edilememesi, düşmanlıkları kökleştirir, muhalefeti yer altına iter ve toplumsal sorunların akıl yoluyla değil kuvvet kullanarak çözümlenmesine yol açar (Emerson, 1982: 69 aktaran Ünal, 1995: 242). Yani o fikrin sahiplerini şiddete teşvik eder ve içinde yaşadığı toplumu o fikirlerin ifade edilmesinden doğacak zarardan daha büyük zararlara maruz bırakabilir.

Günümüz dünyasında kabul gören tek rejim olma yolundaki demokrasi, ifade hürriyetinin önemini artırmaktadır. Demokrasilerde iktidar gücünü halktan aldığından ve yöneticiler halka hizmetle yükümlü olduğundan halkın isteklerinin yöneticilere ulaşması, beğenilmeyen icraatların eleştirilmesi ve seçmenlerin özgürce tercihte bulunabilmeleri için ifade hürriyetinin önemi²² tartışılmaz bir şekilde kendini göstermektedir.

²² 1998 yılında yeniden yapılanan AİHM, ifade hürriyetine verdiği önem açısından bir sembol olmak üzere, ilk kararını ifade hürriyeti konusunda vermiştir. Bu karar 21.01.1999 tarihli Fressoz and Roire/Fransa kararıdır.

4. İFADE HÜRRİYETİNİN HUKUKİ BOYUTU

4.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

4.1.1. Genel olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Devletin yetkilerinin sınırlandırılmasına dayanan insan hakları düşüncesi, ilk başta bazı Avrupalı devletler ve Amerika Birleşik Devletleri tarafından bildiri halinde deklare edilmiş ve bu devletlerin iç hukukunun bir parçası olarak pozitif hukuka girmiştir. Daha sonraları insanların maruz kaldığı şiddetli insan hakları ihlalleri, insan haklarının anayasal düzeyde veya tek taraflı bildirimlerle korunamayacağı gerçeğini hissettirmiştir. Tek taraflı bildirimler ve anayasal düzenlemelerin bunları meydana getirenler hariç, diğer ülkeleri bağlamadığı gibi bazen kendilerini bile bağlamadığı görülmüştür. Ulusal düzeydeki bu düzenlemelerin yetersizliği devletleri bu konuda uluslararası belgeler oluşturmaya yöneltmiştir.

İnsan haklarının tanınıp korunmasıyla ilgili olarak ilk uluslararası belge, Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 10 aralık 1948 tarihinde kabul ettiği “İnsan Hakları Evrensel Bildirisi”dir. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi bu konuda önemli bir ilk olmasına rağmen, bu bildiriye kabul eden devletlere hukuki bir yükümlülük getirmediğinden, Kapani (1993: 62)’nin de belirttiği gibi “platonik bir haklar listesi olmaktan öteye gidememiştir”. Bu konudaki ikinci önemli belge ise Avrupa Konseyine üye ülkelerce 4 Kasım 1950’de imzalanan ve 3 Eylül 1953’te yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi veya tam adıyla “İnsan Haklarının ve Temel Hürriyetlerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi”dir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İnsan Hakları Evrensel Bildirisinden ve diğer uluslararası insan hakları belgelerinden (Arap, Afrika vs.) farklı özellikler taşımaktadır. Bu sözleşme, diğer uluslararası sözleşmelerden farklı olarak, sadece negatif

haklar da denilebilecek olan sivil ve siyasal hakları içermektedir. Bu hakların sağlanması ve korunması bakımından da etkili bir mekanizma öngörmektedir. Kanımızca diğer sözleşmelerden farklı olarak hak ve özgürlükler bakımından etkili bir koruma sistemi öngörmesi ve bunu gerçekleştirmesinin nedeni, sözleşmenin ilk metninde sadece sivil ve siyasal haklara yer verilmiş olmasıdır. Sosyal ve ekonomik hakların karışık yapısı ve devlete ek mali yükümlülükler getirmesi bakımından etkili bir koruma altında olmaları mümkün gözükmemektedir.

Hak ve özgürlükler açısından etkin bir koruma mekanizması öngören Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin özelliklerini şu şekilde sıralamak mümkündür²³:

1. AİHS'nin ilk metninde sadece sivil ve siyasal haklara yer verilmiştir. Sözleşmenin kabulünden sonra ek protokoller ile sözleşmedeki hakların kapsamı genişletilmişse de bu eklemeler, esasen sözleşmenin sivil ve siyasal hakları kapsamı şeklindeki genel ayırt edici özelliğini pek fazla değiştirmemiştir. Bu bakımdan sözleşme de güvence altına alınan haklar; yaşam hakkı (m.2), işkence ve kötü muamele yasağı (m.3), kölelik ve zorla çalıştırma yasağı (m.4), kişi özgürlüğü ve güvenlik hakkı (m.5), adil yargılanma hakkı (m.6), suç ve cezaların kanuniliği ilkesi (m.7), özel hayat ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı (m.8), düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (m.9), ifade hürriyeti (m.10), toplanma ve örgütlenme hakkı (m.11), evlenme ve aile kurma hakkı (m.12), hak arama hürriyeti (m.13), ayrımcılık yasağı (m.14) olarak düzenlenmiştir.

Avrupa konseyi, 1961 yılında kabul ettiği ve 1965 yılında yürürlüğe giren “Avrupa Sosyal Yasası”yla ekonomik ve sosyal hakları da güvence altına almıştır. Avrupa Sosyal Yasası hukuken bağlayıcı bir belge olmasına rağmen sivil ve siyasal haklarda olduğu gibi etkin bir koruma mekanizması öngörmemektedir.

²³ Bu konuda daha geniş bilgi için Bkz. Kalabalık (2004: 114-116).

2. Sözleşmenin ikinci özelliği ise, güvence altına aldığı sivil ve siyasal haklar konusunda etkili bir koruma sistemi öngörmesidir. Bu koruma sistemi içerisinde yargısal yetkiye sahip olan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi olmak üzere iki organ bulunmaktadır.

3. Sözleşme devletlerin yanında bireylere de hak ihlallerinin giderilmesi için yargısal yetkiye sahip organlara başvuru hakkı tanımıştır. Bu bakımdan sözleşme kişiyi uluslararası hukukta hak sahibi yapmıştır (Dost, 2001: 2; Memiş, 2000: 135). Kişiler, vatandaşı olsunlar yada olmasınlar, haklarını ihlal eden devlete karşı sözleşme organlarına şikayette bulunabilirler. Devletler de karşılıklılık ilkesine dayanmaksızın sözleşmedeki hakları ihlal eden bir diğer devlete karşı şikayette bulunma hakkına sahiptir.

4. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de diğer uluslararası insan hakları belgeleri gibi kapsadığı hak ve hürriyetlere bir sınır çizmiştir. Sözleşmedeki hak ve özgürlükler sınırsız bir güvence altında değildir. Sözleşmenin maddelerinde ilk önce hak ve hürriyet ifade edilmiş daha sonra ise bunun sınırları gösterilmiştir.

4.1.2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yapısı

Sözleşmeyi diğer uluslararası insan hakları belgelerinden ayırt eden en önemli özellik, düzenlediği hak ve özgürlükleri etkili bir biçimde koruyacak mekanizmayı da öngörmüş olmasıdır. Bu koruma mekanizmasının bel kemiğini ise hukuken bağlayıcı karar alma yetkisine sahip İnsan Hakları Mahkemesi oluşturmaktadır (Erdoğan, 2001: 155). 1 Kasım 1998 de yürürlüğe giren 11 nolu protokolden önce koruyucu mekanizma, yargısal yetkiye sahip olan İnsan Hakları Divanı ve İnsan Hakları Komisyonundan oluşmaktaydı. Bu protokolden sonra ikili yapıya son verilerek komisyon ve divanın

yargısal yetkileri Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi adıyla tek bir çatı altında toplandı. Bu mahkeme, sözleşmeye taraf devletlerin sayısı kadar hakimden oluşmakla birlikte hakimler seçildikleri ülkenin bir ajanı değildirler. Bu nedenle kendilerini seçen ülkeden bağımsız hareket etmektedirler.

11 nolu protokolün getirdiği diğer bir yenilik ise esasen Avrupa Konseyinin yürütme organı olan Bakanlar Komitesinin yargısal işlevine son verilmesidir. Bu protokolden önce bakanlar komitesi komisyon tarafından haklı bulunup da divan önüne götürülmeyen başvurularda sözleşmenin ihlal edilip edilmediğine karar verebildiği gibi sözleşmenin ihlal edildiği kanaatine varırsa başvurucuya tazminat ödenmesine de karar verebilmekteydi. Bakanlar Komitesinin yargısal yetkisinin kaldırılmasının doğal bir sonucu olarak mahkeme kabul edilebilir bulduğu başvurularla ilgili olarak hüküm vermek durumundadır.

11 nolu protokol sonrası oluşan yeni Mahkeme²⁴ dört daireden oluşmaktadır. Mahkemede görev yapan hakimlerin her biri dairelerden birinde çalışmaktadır. Dairelerden her birinin bir başkanı ve bir başkan yardımcısı bulunmaktadır. Dairelerden ikisinin başkanlığı mahkeme başkan yardımcıları tarafından yürütülür. Mahkeme çalışmalarını komite, kurul ve büyük kurul olarak adlandırılan heyetler halinde yapmakta ve karar vermektedir. Her dairede bulunan ve 3 hakimden oluşan komiteler 11 nolu protokolden önceki İnsana Hakları Komisyonunun benzeri bir işlevi yerine getirerek başvuruların kabul edilebilir olup olmadığı yönünde inceleme yapar. Kurullar da tıpkı komiteler gibi her daire içinde bir tane bulunur ve yedi hakimden oluşur. Kurulda hangi hakimlerin bulunacağı başvuruya konu olaya göre değişiklik gösterir. Kurulda daire başkanı ve aleyhinde başvuru yapılan devletin seçtiği hakim de bulunur. Aleyhine

²⁴ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. Bıçak (2002: 1-20); Ülgen (2006: 11-15).

başvuru yapılan devletin seçtiği hakim başka bir dairede üye ise ilgili daireye üye olarak çağırılmaktadır.

Mahkeme bünyesinde iki tane büyük kurul vardır. Bu kurullar 17 hakimden oluşmaktadır. Büyük kurulun oluşumunda coğrafi denge ve hakimlerin geldiği yerin hukuk sistemleri dikkate alınmaktadır. Mahkemede idari işleri yerine getirmek için birde genel sekreter bulunur.

4.1.3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İşlevi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kişinin hak ve hürriyetlerini totaliter anlayışlara karşı korumayı hedefleyen bir kuruluştur (Bıçak, 2002: 4). Belirtmek gerekir ki, sözleşmede sayılan hak ve hürriyetlerin korunmasında ilk ve esas sorumluluk, sözleşmeye taraf devletlere aittir. Mahkemenin varlık nedeni, sözleşmeye taraf devletlerin uygulamalarını denetlemektir. Taraf devletler sözleşmedeki hak ve hürriyetler konusunda, özellikle bunların sınırlanmasına yönelik olarak, belli bir takdir payına (margin of appreciation) sahiptirler. Ancak taraf devletlerin sahip oldukları bu takdir payı mahkemenin denetimine tabidir. Takdir payının genişliği, söz konusu hak ve hürriyete göre değişebilmektedir. Her devlete göre farklılık arz eden bir konuda- genel ahlak gibi- devletlere daha geniş bir takdir hakkı tanınması söz konusudur. Fakat ifade hürriyeti gibi ortak bir zeminde buluşmaya imkan veren konularda ise takdir payı oldukça dar tutulmaktadır (Macovei, 2003: 6).

Sözleşmedeki hak ve hürriyetleri yargısal güvence altına alan mahkeme, sözleşmeyi önüne gelen davalar nedeniyle sürekli yorumlamakta ve sözleşmeye bir dinamizm kazandırmaktadır. Bu dinamizm sözleşmeyi yaşayan bir belge haline getirmiştir. Mahkemenin davalar nedeniyle yapmakta olduğu yorumlar, sözleşmeyi, taraf

devletlerdeki gelişmelere uyarlamayı da kolaylaştırıcı olmuştur. Mahkemenin önüne gelen davalarda sözleşmeyi yorumlaması, sözleşmenin metnini açıklığa kavuşturduğu gibi sözleşmedeki hak ve hürriyetlerin kapsamının belirlenmesinde ve sınırlarının çizilmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Bu bakımdan sözleşme metninin mahkeme kararlarından ayrı olarak yorumlanamayacağını söylemek mümkündür (Macovei, 2003: 5). Mahkeme kararlarının bu şekilde sözleşmeyle bütünleşmesi, sözleşmeyi bir iç hukuk kuralı olarak benimsemeleri zorunlu olan taraf devletlerin iç hukukunu da yakından etkilemektedir. Ancak Mahkeme, sözleşmeye taraf devletlerin mahkemelerince verilen kararların temyiz yeri değildir. Mahkemenin görevi ulusal mahkeme kararlarını sözleşmeye uygunluk yönünden denetlemektir. AİHM bir temyiz mahkemesi olmadığından ulusal mahkemenin verdiği kararların taraf devletlerin iç hukuklarına uygunluğu yönünde bir görüş belirtmez.

4.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İfade Hürriyeti

4.2.1. Genel Olarak

İfade hürriyeti genel olarak sözleşmenin 10/2. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

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 alma ve verme 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.

Sözleşmenin 10/1. maddesi ifade hürriyetini “görüşlerini açıklayabilme, kanaat sahibi olabilme ve kamu otoritelerin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın bilgi ve fikir alıp verme” hürriyetlerinden oluşan bir bütün olarak ele almaktadır. Sözleşmenin 10. maddesi genel bir hüküm niteliğinde olup sözleşmenin özel hayat ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkını düzenleyen 8. maddesi, kanat hürriyetini düzenleyen 9. maddesi ve örgütlenme hürriyetini düzenleyen 11. maddeleriyle yakın ilişki içerisindedir. Mahkemenin ifade hürriyetiyle ilgili olarak vermiş olduğu kararlarda bu maddelere de göndermeler bulunmaktadır.

10. madde şekil bakımında sözleşmedeki 8 ve 9. maddelerle benzerlik arz etmektedir. Bu maddelerde olduğu gibi ilk fıkrasında güvence altına alınan ifade hürriyetinin kapsamı ikinci fıkrasında ise bu hürriyetin hangi şartlarda sınırlanabileceğini belirlenmiştir. 10. maddeyi diğer maddelerden ayıran özellik ise maddenin 1. fıkrasında radyo televizyon yada sinema işletmeciliğinin izne tabi tutulabilmesinin ifade hürriyetinin sınırlandırılmasından ayrı tutulmasıdır.

Sözleşmenin 10. maddesinde ifade hürriyetinin olmazsa olmaz unsurları olan “bilgi ve kanaatlere ulaşma hürriyeti”, “kanaat sahibi olma hürriyeti” ve “bilgi ve kanaat açıklama hürriyetleri” teminat altına alınmış, bunun yanında “basın hürriyeti” ve “radyo televizyon yayıncılığı hürriyeti”nden de dolaylı olarak söz edilmiştir.

Sözleşmede düzenlenen diğer hürriyetler gibi ifade hürriyeti de, mahkemenin içtihatlarıyla somutlaşmakta ve hürriyetlerin kapsamı ve sınırları belirgin olarak şekillenmektedir.

4.2.2. Bilgi, Fikir ve Kanaatlere Ulaşma Hürriyeti

Kısaca bilgi edinme hürriyeti olarak adlandırılan bu hürriyet, ifade hürriyetinin ilk basamağını oluşturmaktadır. İfade hürriyetinin gerçekleşebilmesi için kişilerin serbest bir şekilde bilgiye ulaşabilmeleri gerekir.

Bilgi edinme hürriyeti medya ile de yakından ilgilidir. Çünkü günümüzde bilgi edinmedeki en yaygın ve etkili araç medyadır. AİHM bu bağlamda, bilgi edinme hürriyetinin uluslararası televizyon yayınlarını da içerdiğini belirtmiştir²⁵. Bilgi edinmede hürriyeti konusunda medya kadar önem taşıyan bir diğer alanı ise, özel haberleşme alanı teşkil etmektedir. Mahkemeye bu konuyla ilgili bir kararında; telefon konuşmalarının dinlenmesini, mektupların zapt edilmesini, ceza ve tutukevlerinde bulunan kişilerin dışarıda bulunanlarla yazışmalarının engellenmesini ifade hürriyetine müdahale olarak değerlendirmiştir²⁶.

Bilgi edinme hürriyetinin kapsamı idareden bilgi istenmesi söz konusu olduğunda oldukça daralabilmektedir. Mahkeme, idareden bilgi istenmesi ile ilgili olarak verdiği bir kararında; askeri müzede geçici işçi olarak çalışırken burada sürekli memur olarak çalışmayı talep eden başvuruçunun, güvenlik soruşturması gerekçe gösterilerek başvurusunun kabul edilmemesi üzerine hükümetten kendisi ile ilgili olarak hazırlanan raporun içeriği hakkında bilgi istemesinin hükümet tarafından reddedilmesi nedeni ile yaptığı başvuruyu reddederek; 10. madde hükmünün başvuruçuya kendi hakkında tutulan kayıtlara ulaşma hakkını vermediğini hükümetin de bunları bildirmekle yükümlü olmadığını belirtmiştir²⁷. Mahkeme, bu davadaki yorumunu daha sonraki bir kararında da tekrarlamış, fakat somut olayda yetkili makamlar tarafından bilgi edinme talebinin

²⁵ Autronic Ag/İsviçre, 12726/87, 22.05.1990; nakleden Macovei (2003:12).

²⁶ Golder/İngiltere, 4451/70, 21.02.1975; nakleden Sunay (2001: 56).

²⁷ Leander/İsveç, 9248/81, 26.03.1987. Kararın Türkçe özeti için Bkz. Doğru (1999:78).

reddedilmesi halinde başvurucunun hakkını arayabileceği etkili bir hukuk yolunun hükümet tarafından sağlanmaması nedeni ile başvurucunun özel ve aile hayatına yönelik bir ihlal olduğuna karar vermiştir²⁸.

Bilgi edinme hürriyeti bakımından devletin pozitif yükümlülüğü bulunmamaktadır. Yani devlet bilgileri toplayıp yaymakla görevli değildir. Guerra ve Diğerleri/İtalya davasında Mahkeme, başvuranların civardaki bir kimya fabrikasında meydana gelebilecek bir kazada alınacak önlemler ve bu kazanın halkı tehdit derecesi hakkında devletin kendilerini bilgilendirmediği yönündeki şikayetlerini 10. madde kapsamın da değerlendirmeyerek, 10 maddenin devleti bilgileri toplayıp yaymakla görevli kılmadığını belirtmiştir²⁹.

4.2.3. Kanaat Sahibi Olma Hürriyeti

Kanaat sahibi olma hürriyeti 10. maddede güvence altına alınan unsur hürriyetlerden bir diğeridir. Bu hürriyet maddede belirtilen diğer hürriyetlerden farklı olarak herhangi bir sınırlamaya tabi olmayıp mutlak anlamda korumaya sahiptir. Bakanlar komitesi kanaat hürriyetinin bu özelliğini dikkate alarak bu hakkı getirilecek sınırlamaların demokratik toplumun gerekleri ile bağdaşmayacağını belirtmiştir (Macovei, 2003: 9).

Kanaat sahibi olma hürriyetine bir sınırlama getirilmesi mümkün olmamasına rağmen, devletlerin vatandaşlarına bir ideoloji aşlamaları ya da tek taraflı olarak bilgi yaymaları bu hürriyete ciddi bir müdahale olabilecektir. Ayrıca devletin tarafsızlığı bir

²⁸ Gaskin/İngiltere, 10454/83, 07.07.1989. Kararın Türkçe özeti için Bkz. Doğru (1999:138-139).

²⁹ Guerra ve Diğerleri/İtalya, 14967/89, 19.02.1998. Kararın Türkçe özeti için Bkz. Doğru (2002:997).

yana bırakıp belli kanaatleri taşıyan insanları farklı muamelelere tabi tutması da bu hürriyete müdahale anlamına gelecektir.

Bu hürriyet, doğası gereği, kanaatlerini açıkladığı için kınanmamayı ve kanaatlerini açıklamaya zorlanmamayı da kapsamaktadır. Bu iki koruyucudan yoksun olması halinde kanaat sahibi olma hürriyetinin bir anlamı kalmayacaktır.

4.2.4. Bilgi ve Kanaat Açıklama Hürriyeti

Sözleşmenin 10. maddesinin “Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir” demek suretiyle kapsamına aldığı bilgi ve kanaatleri açıklama hürriyeti, düşüncelerin dış dünyaya yansıtılması faaliyetidir. Bu dışa vurum faaliyeti, hem ifadenin içeriği hem de dışa vurum şekli bakımından çeşitlilik gösterebilmektedir. Açıklanan düşünceler siyasi, ekonomik, sanatsal vs. şeklinde olabileceği gibi düşüncelerin açıklaması da yazı, resim, söz, sinema vs. şeklinde olabilmektedir. Sözleşme ve sözleşmeyi somut olaylara uygulayan mahkeme, ifade edilen düşüncenin içeriğini ve dışa vurum şekillerini güvence altına alırken, sözleşme boyunca öne çıkan ve demokratik toplum kavramının özünü teşkil eden siyasi tartışma özgürlüğüne yani siyasi fikirlerin ifade edilmesine de büyük önem vermektedir.

Bilgi ve kanaat açıklama hürriyeti, hem bilginin hem de fikirlerin açıklanması ile ilgilidir. Bu nedenle bilgiler kanaatlere göre daha objektif (nesnel) bir yapıya sahip olup, doğru ya da yanlışlıkları kanıtlanabilir. Ancak kanaatler bir olgu ya da olay karşısındaki öznel bakış açısını yansıttıklarından, kanaatlerin doğru ya da yanlışlıklarını ispatlamak mümkün değildir. AİHM ifade hürriyeti ile ilgili olarak vermiş olduğu kararlarında; olgularla değer yargıları arasında bir ayırım yapılması gerektiğini söyleyerek, olguların varlığının ispatlanabileceğini ancak değer yargıların ispata konu olamayacağını, değer

yargılarına ilişkin olarak ispat yükümlülüğü getirilmesinin sözleşmenin 10. maddesinde düzenlenen ifade hürriyetini ihlal edeceğini belirtmiştir³⁰. Mahkeme bu konu ile ilgili olarak vermiş olduğu bir başka kararda ise, bir gazetecinin, doğruluğunu kanıtlayamayacağı eleştirel değer yargılarını ifade etmesinin engellenmesini, ifade hürriyeti bakımından kabul edilemez bulmuştur³¹. Ancak bilgi ve kanaatler arasındaki bu farklılık ve mahkemenin doğruluğu kanıtlanamayacak olan kanaatlerin de ifade hürriyeti kapsamında değerlendirilmesi yönündeki içtihatları, değer yargılarının olgulardan tamamen bağımsız olacağı anlamında düşünülmemelidir. Mahkemeye göre, değer yargılarının yeterli bir olgusal temele dayanması gerekir. Bir iddianın bir değer yargısından ibaret olduğu durumda bile, ifade hürriyetine yapılan müdahalenin orantısallığı ifade edilen iddia konusunda, yeterli bir olgusal temel olup olmadığına bağlı olacaktır³².

AİHM'ye göre, ifade hürriyeti toplumdaki herkes için önemli olmakla birlikte halkın seçilmiş temsilcileri olan milletvekilleri için daha da önemlidir. Bu kişiler halkın yararlarını temsil eder ve savunurlar. Ayrıca milletvekillerinin bu hürriyeti meclis dışında kullanması tek başına sınırlanmasını gerektirmez³³.

Bilgi ve kanaat açıklama hürriyetinin mevcudiyeti, demokrasinin gerçekleşmesi ve devamlılığının sağlanması bakımından büyük önem arz etmektedir. Kişilerin fikirlerini serbestçe açıklayamadığı, özellikle de, toplumun çoğunluğunun paylaştığı fikirlerle örtüşmeyen fikirlerin serbestçe ifade edilemediği bir ortamda demokrasiden ve

³⁰ Lingens/Avusturya, 9815/82, 24.06.1986. Kararın Türkçe çevrisi için Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü (2002:115-134).

³¹ Dalban/Romanya, 28114/95, 28.09.1999; nakleden Macovei (2003:11).

³² Jerulasem/Avusturya, 26958/95, 27.02.2001. Kararın Türkçe özeti için Bkz. Doğru (2002:1115).

³³ Castells/İspanya, 11798/85, 23.04.1992. Kararın Türkçe çevrisi için Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü (2002:135-164).

demokrasinin temel göstergelerinden bir tanesi olan ifade hürriyetinden bahsetmek olanaklı değildir. Fikirlerin serbestçe ifade edilebilmesi yöneticilerin seçimi aşamasında, seçilecek kişilerin hangi politikalarla ülkeyi yönetecekleri konusunda, seçmenlerin bilgilenmesi ve buna göre tercihlerini yapmaları konusunda toplumdaki seçmenlerin tercihlerinin oluşmasına katkı sağlayarak kamu politikası olmaya aday politikaların belirginleşmesini sağlayacaktır. Fikirlerin serbestçe ifade edilmesinin önemi, yalnız yöneticilerin seçiminden önceki durumla sınırlı olarak düşünülmemelidir. Yöneticilerin serbestçe seçilmesinin yanında seçilen yöneticilerin icraatlarının serbestçe eleştirilebilmesi de demokrasinin gereklerindedir. Bunun aksini düşünmek, demokrasiyi devlet iktidarını kullanan ve icraatları eleştirilemeyen kralların seçimle gelmesi olarak görmektir. Fikirlerin serbestçe açıklanmasının demokratik bir toplum açısından çok önemli olduğunu vurgulayan AIHM konuyla ilgili olarak Lingens/Avusturya kararında şu tespitleri yapmıştır:

İfade hürriyeti sözleşmenin 10/2. maddesinde güvence altına alındığı şekli ile demokratik bir toplumun en önemli temellerinden bir tanesini oluşturmaktadır. Demokratik toplumun gelişimi ve bireylerin kendi kişiliğini gerçekleştirmesinin temel koşuludur. İfade hürriyeti yalnız lehte olduğu kabul edilen veya zararsız ya da ilgilenmeye değmez görülen haber veya düşüncelerin ifadesi değildir. Aynı zamanda aleyhte olan çarpıcı gelen veya rahatsız eden haber ve düşüncelere de uygulanmalıdır. Çünkü bunlar demokratik toplumun olmazsa olmaz unsurları olan çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin gerekleridir³⁴.

³⁴ Lingens/Avusturya, 9815/82, 24.06.1986. Kararın Türkçe çevrisi için Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü (2002:115-134).

Mahkeme yine bu kararında demokratik toplumlardaki eleştiri hakkından da bahsetmiş ve kabul edilebilir eleştirinin sınırlarının, özel kişilere nazaran politikacılar için daha geniş olduğunu söylemiştir. Mahkemeye göre, özel kişilerin aksine politikacılar kaçınılmaz olarak her söz ve fiillerini hem gazetecilerin hem de halkın yakın tetkikine açarlar. Bunun sonucu olarak da eleştiriye daha fazla tolerans göstermek zorundadırlar. Sözleşmenin 10/2. maddesi başkalarının itibarının korunmasını da gerektirir. Bu koruma politikacıları da içine alır. Onlar özel şahıs olma sıfatları ile hareket etmedikleri durumda bile, bu korumadan yararlanırlar. Ancak böyle durumlarda bu korumanın gerekleri ile siyasi meselelerin alenen tartışılmasının yararları karşılaştırılarak değerlendirme yapılmalıdır.

Eleştiri hakkının genişliği yani eleştiriye daha fazla tolerans gösterme yükümlülüğü bakımından nasıl politikacılar özel kişilere nazaran daha hoşgörülü olmak durumunda iseler, hükümetler de politikacılar göre daha toleranslı olmak durumundadırlar. Mahkemeye göre, hükümeti eleştirmenin hoş görülebilir sınırları, kişileri hatta politikacıları eleştirmenin sınırından daha geniştir. Demokratik bir toplumda hükümetin eylem ve ihmalleri sadece yasama ve yargılama organlarının değil, basın ve kamuoyunun da yakın incelemesine tabidir³⁵.

Eleştiri hakkı sadece siyasetçilerin birbirlerini veya hükümeti eleştirmeleri ile ilgili olarak koruma altında değildir. Politikacı olmayan insanlar da gerek birbirlerini, gerek tüzel kişileri ya da kamu kurumlarını eleştirebilirler. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus eleştirinin hakaret ya da iftiraya dönüşmemesidir. Jerulasem/Avusturya davasına konu olayda, yerel parlamentonun bir üyesi, mecliste yapmış olduğu bir

³⁵ Castells/İspanya, 11798/85, 23.04.1992. Kararın Türkçe çevrisi için Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü (2002:135-164).

konuşmada yasal olarak faaliyet gösteren iki derneğin “ faşist eğilimler” ve “totaliter karakter” taşıdıklarını söylemiş ve derneklerin başvurusu üzerine meclis üyesinin aynı ifadeleri tekrar etmesi yasaklanmıştır. Mahkeme bu olayla ilgili kararında; ifade hürriyetinin özellikle seçilmiş politikacılar için önemli olduğunu, kamu alanında faaliyet gösteren derneklerin eleştiriye daha fazla açık olmaları gerektiğini söylemiştir³⁶. Mahkeme, vermiş olduğu bir diğer kararında ise, kişinin kendisinin çalışmakta olduğu kurumu da eleştirebileceğini söyleyerek çalıştığı televizyon kanalının yönetimini eleştirdiği için kişinin işine son verilmesini ifade hürriyetinin ihlali olarak değerlendirmiştir³⁷.

Siyasi içerikli ifadeler kadar geniş bir korumaya sahip olmasalar da mesleki ve ticari içerikli ifadeler de 10. maddenin koruması kapsamındadırlar. Bir düşüncenin sadece içeriğinin türüne bakarak onun ifade edilmesini yasaklamak, demokratik toplumlar tarafından kabul edilebilecek bir husus değildir. Çünkü bu tür bir yasaklama, toplumda sadece belli konulardaki fikirlerin açıklanmasını buna bağlı olarak da toplumdaki tartışmaların belli konulara hasredilmesini ve sadece bu konular bakımından bir düşünce dinamizmini netice verecektir. Bununla beraber mesleki ve ticari ifadelerin sınırlandırılması siyasi içerikli ifadelerin sınırlandırılmasından daha farklı bir özellik arz etmektedir. Taraf devletler, bu tür ifadeleri sınırlamak bakımından siyasi içerikli ifadelere göre daha geniş bir hareket alanına sahiptirler. Mahkeme de bu hususa işaret ederek, ticari konulardaki ifadelerin sınırlanması bakımından ülkelerin yetkili mercilerinin daha geniş bir takdir payına sahip olduklarını belirtmiştir³⁸.

³⁶ Jerulasem/Avusturya, 26958/95, 27.02.2001. Kararın Türkçe özeti için Bkz. Doğru (2002:1115).

³⁷ Fuentes Bobo/İspanya, 30293/98,29.02.2000. Kararın Türkçe özeti için Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü (2002:37)

³⁸ Markt Intern/Almanya, 10572/83, 20.11.1989; nakleden Macovei (2003:10).

Barthold/Almanya kararına konu olayda, bir veteriner hekim, hayvanlara acil yardım için kurulan servislerin durumları hakkında basınla yapmış olduğu röportajda reklam yasağını ihlal ettiği gerekçesi ile meslektaşları tarafından veterinerler birliğine şikayet edilmiş ve veterinerler birliğince kendisine disiplin cezası verilmiştir. Verilen disiplin cezası üzerine veteriner hekim, kendisine disiplin cezası verilmesi suretiyle ifade hürriyetine müdahale edildiğini söyleyerek AİHM'ye şikayette bulunmuştur. Başvuruyu inceleyen mahkeme, mesleki ifadelerin de 10. madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini söyleyerek yapılan bu müdahaleyi sözleşmeye aykırı bulmuştur³⁹.

Mahkeme, avukatların reklam vermesini ya da reklam sayılabilecek faaliyetlerini ise ticari ifade hürriyeti olarak değerlendirmemektedir. Casada Coca/İspanya⁴⁰ kararında mahkeme, bir avukatın düzenli olarak gazete ve dergilere bürosunun ilanını vermesi ve ticari işletmelere mektup yazması nedeni ile avukata baro tarafından disiplin cezası verilmesi ile ilgili olarak yapılan başvuruda, baro işletmelerinin ticari işletmelerle bir tutulamayacağını, baroların yargı organları ile toplum arasında aracı bir kurum niteliğinde olduklarını, baro mensuplarının ilan vermeleri ve reklam yapmaları konusunda kısıtlamalar yapılabileceğini söylemiştir.

Sanat hürriyeti ya da bilgi ve fikir açıklamasının sanat yolu ile yapılabilmesi hürriyeti, ifadenin içeriğinden ziyade dışa vurum şekli ile ilgilidir. Kişiler fikirlerini doğrudan doğruya açıklayabilecekleri gibi bazen de bir sanat kalıbı içerisinde ifade edebilirler. Sözleşmenin 10. maddesinde ifade hürriyetinden genel olarak bahsedilmiş ancak özel olarak sanat yolu ile ifade hürriyetinden açıkça söz edilmemiştir. Fakat

³⁹ Barthold/Almanya, 8734/79, 25.02.1985. Kararın Türkçe çevrisi için Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü yeti (2002:87-114).

⁴⁰ Casada Coca/İspanya, 15450/89, 24.02.1994. Kararın Türkçe özeti için Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü (2002:41)

mahkeme önüne gelen davalarda yapmış olduğu yorumlarla sanatsal ifadeleri de ifade hürriyeti kapsamında değerlendirmiştir. Mahkeme, Müller/İsviçre⁴¹ kararında; bir ressam tarafından sergilenen resimlere müstehcen oldukları gerekçesi ile el konulup ressamın da cezalandırılmasını, ifade hürriyetinin ihlali olarak görmemekle birlikte sanatsal ifadelerin de ifade hürriyeti kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Türkiye ile ilgili bir davada ise Mahkeme, Türkiye'deki Kürt isyan hareketlerini ve Diyarbakır cezaevindeki mahkumların sıkıntılarını kendi yorumlarını katarak destan formunda anlatan bir kitap nedeni ile yazarın cezalandırılması ile ilgili olarak; söz konusu kitabın destan formunda yazılmış bulunması nedeni ile kitabı sanatsal ifade hürriyeti kapsamında değerlendirmiş ve kitaptaki fikirlerin medya aracılığı ile değil de bu şekilde açıklanması nedeni ile söz konusu fikirlerin ülkenin ulusal güvenlik, kamu düzeni ve toprak bütünlüğü üzerindeki etkisini ciddi olarak azalttığı ve kişilere şiddet çağrısı yapmadığı gerekçesi ile ifade hürriyetinin ihlali olarak değerlendirmiştir⁴².

Wingrove/ İngiltere kararında da mahkeme, küfür içerdiği gerekçesi ile bir filme, film konseyi tarafından tasnif sertifikası verilme talebinin reddini ifade hürriyetinin ihlali olarak değerlendirmemiş ancak filmleri de sanatsal ifade hürriyeti kapsamında değerlendirmiştir⁴³.

4.2.5. Basın Hürriyeti

Sözleşmenin 10. maddesinde basın hürriyetinden açıkça söz edilmemektedir. Ancak basın hürriyeti ifade hürriyetinin en yaygın ve etkili kullanımlarından birisi olması

⁴¹ Müller ve Diğerleri/İsviçre, 10737/84, 24.05.1988. Kararın Türkçe Özeti için Bkz. Doğru(1999:101).

⁴² Polat/Türkiye, 23500/94, 08.07.1999. Kararın Türkçe çevrisi için Bkz. (<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/polat.htm>).

⁴³Wingrove/İngiltere, 17419/90, 25.11.1996. Kararın Türkçe özeti için Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü (2002:40).

nedeni ile özel bir yere sahiptir. Basın aracılığı ile ifade edilen fikirlerin geniş kitlelere ulaşmasının yanında kamuoyu oluşumunda da çok etkili olması kaçınılmazdır. Ayrıca basın fikirlerin ifadesine bir araç olmak dışında bilgilendirme sürecini işletici toplumsal ve siyasal hayata bir güç ve denetim işlevini yerine getiren bir özelliğe sahiptir (Sunay, 2001: 130). Demokratik bir toplumda basın kamuyu ilgilendiren konularda haber vermek, yöneticilerin icraatlarının denetim ve eleştirisini yapmak veya bir konuda kamuoyu oluşturmak gibi önemli fonksiyonları ifa eder. Bunların yanı sıra basın halkın toplumsal sorunlarla ilgili olarak bilgi edinmesini bu konuları tartışmasını ve alınan siyasi kararları etkilemesine ve icraatların denetlenmesine de aracılık eder (İçel, 1998: 97).

Basın hürriyetinin ifade hürriyeti bakımından işgal ettiği bu özel konuma, AİHM vermiş olduğu kararlar ile vurgu yapmıştır. İnsan Hakları Mahkemesi basının rolünü, sadece bilgi ve fikirlerin açıklanmasında bir araç olarak görmemekte onun kişilerin bilgi edinme hakkı ile olan ilgisine de dikkat çekmektedir. Mahkeme 1986 yılında vermiş olduğu kararı ile basının bu özelliğini açıkça ortaya koymuştur. Bu davanın konusu; Avusturyalı bir gazeteci olan Lingens'in Editörü olduğu dergideki yazılarında, federal başbakanın, geçmişinde "nazi ss tugayı"nda görev yapan bir siyasetçinin yönettiği parti ile koalisyon kurmak isteğinde olduğunu belirterek federal başbakanı "vakarsız", yaptığı bu davranışı da "ahlaka aykırı" ve "en adi fırsatçılık" olarak tanımlamasıdır. Avusturya mahkemeleri bu ifadelerinden dolayı Lingens'i hakaret suçundan mahkum etmişlerdir. Lingens'in mahkum olduğu bu davayı AİHM'ye taşıması üzerine AİHM vermiş olduğu kararında;

Basın Başkalarının saygınlığını korumak için kurulan sınırları aşmamakla yükümlü olmakla birlikte yine de halkı ilgilendiren diğer

alanlarda olduğu gibi siyasi meseleler hakkında bilgi ve fikirleri ile iletmekle yükümlüdür. Basının görevi sadece bu tür bilgi ve fikirlerin iletmekle sınırlı değildir. Halk da onları alma hakkına sahiptir⁴⁴.

şeklinde bir değerlendirme de bulunmuştur.

Mahkeme Lingens davasındaki bu değerlendirmelerini daha sonraki içtihatlarında da devam ettirmiştir. Bladet Troms ve Stensaas/Norveç kararında mahkeme, basın hürriyetinin yalnızca haber ve fikirleri iletmeye hürriyetinden ibaret olmadığını, bunun yanı sıra kamuoyunun onları alma hakkının da bulunduğunu söylemiştir. Mahkemeye göre, deniz avcılığı ile ilgili kuralların ihlali konusunda bir bakanlık müfettişi ile gerçekleştirilen mülakata dayalı olarak yapılan yayınların içeriğinin, o dönemde ülkede yeniden gündeme gelen kaçak avcılığın durumundan soyutlanarak ele alınması mümkün değildir. Ulusal mahkemelerce bu alanda çalışan kişilerin haklarına ve şöhretlerine zarar verici ve suç teşkil ettiği kabul edilen böyle bir yayın, yerel olmasının yanında milletlerarası nitelikteki ciddi bir kamu sorununa ilişkindir. Mahkemeye göre bu gibi durumlarda ulusal mahkemelerce yapılan müdahale basının kamu denetçiliği rolünü etkisiz hale getirebilecektir⁴⁵.

Haber ve fikirlerin basın aracılığıyla dile getirilmesi ya da halkın bu konudaki haber alma hürriyeti sadece siyasi fikir ve haberlerin aktarılması ile sınırlı değildir. Kamuyu ilgilendiren her konu, mahkemenin basın hürriyeti ile ilgili olarak ortaya koyduğu içtihatlar çerçevesinde korunmaktadır. Thorgeirson/ İzlanda davasında davacı, polisleri halka sert davrandıklarından dolayı “üniformalı Canavarlar” olarak tanımlamış ve polislerin kişilere karşı güç kullanırken bar fedailerinin kullandığı bir tekniği

⁴⁴ Lingens/Avusturya, 9815/82, 24.06.1986. Kararın Türkçe çevrisi için Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü (2002:115-134).

⁴⁵ Bladet Troms ve Stensaas/Norveç, 21980/93, 20.05.1999; nakleden Sunay (2001:132-133).

kullandıklarını, bu şiddete maruz kalan insanların zihninde hasar meydana geldiğini söyleyerek; polislerin davranışlarını “kabadayılık etmek”, “sahtekarlık”, “kanun dışı tutumlar”, “cüretkarlık” ve “beceriksizlik” gibi kavramlarla nitelendirmiştir. Thorgeirson hakkında bu ifadeler nedeni ile ulusal mahkemelerde dava açılmış ve başvurusunun polis gücünün adı belirtilmemiş mensuplarına hakaret ettiği sonucuna varılarak başvuru para cezasına çaptırılmıştır. Thorgeirson ulusal mahkemece verilen mahkumiyet kararının, ifade hürriyetini ihlal ettiğini ileri sürerek AİHM’ye başvurmuştur. AİHM ise önüne gelen bu davada, başvurusunun kendi ülkesindeki polis gaddarlığını gündeme getirdiğini belirterek, kamu yararını ilgilendiren konularda bilgi ve fikirleri açıklamanın basın görevi olduğuna saptama yapmış ve ulusal mahkemelerin başvurucuya vermiş olduğu cezayı, kamuyu ilgilendiren konularda açık tartışmayı engelleyici bir uygulama olarak nitelendirmiştir⁴⁶.

Mahkeme kamuyu ilgilendiren konularda toplumun basın aracılığı ile bilgi alma hakkının mahkemelerde görülen davaları da kapsadığını belirtmiştir. Sunday Times/İngiltere davasına konu olayda, İngiltere’de hamileler tarafından kullanılan Thalidomide isimli ilaç nedeni ile meydana gelen sakat doğumlardan dolayı ilaç firması aleyhine tazminat davaları açılmıştır. Davaların devam ettiği sırada Sunday Times gazetesi, ilacın neden olduğu tahribatı açıklayacağını okurlarına duyurmuştur. Bunun üzerine söz konusu ilacın satıcısı olan ilaç firması, yapılacak olan bu yayının görülmekte olan davaları etkileyebileceği gerekçesi ile mahkemeye başvurmuş ve ulusal mahkemeler de gazetenin bu ilaç konusunda yapacağı yayınlara yasak koymuştur. Gazetenin bu yasaklarla ilgili olarak başvurusunu değerlendiren AİHM, basının rolüne şu ifadelerle vurgu yapmıştır:

⁴⁶ Thorgeirson/İzlanda, 13778/88, 25.06.1992; nakleden Sunay (2001:95-96).

İfade hürriyeti demokratik bir toplumun esaslı temellerinden birini oluşturur. Düşünce hürriyeti 10. maddenin ikinci fıkrası sınırları içinde sadece lehte olduğu kabul edilen zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen haber ve düşünceler için değil, ama ayrıca devlet veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, ona çarpıcı gelen veya rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Basın söz konusu olduğunda bu ilkeler özel bir önem kazanır. Bu ilkeler önemli ölçüde toplumun yararına hizmet eden ve aydınlatılmış bir halkın işbirliğini gerektiren adaletin dağıtılması alanına da aynı ölçüde uygulanır. Mahkemelerin boşlukta çalışmadıkları, genel kabul gören bir olgudur. Mahkemeler, uyuşmazlıkların çözümünde bir forum durumundadırlar. Ama bu demek değildir ki, uzmanlaşmış dergilerde, genel basında ya da halk arasında uyuşmazlıklar önceden tartışılmaz. Dahası, basın yayın organları adaletin usulüne göre dağıtılmasına tecavüz etmeyip, kamu yararının bulunduğu diğer alanlarda olduğu gibi, mahkemelerin önüne gelmiş sorunlarla ilgili haber ve düşünceleri vermekle yükümlüdür. Sadece basın yayın kuruluşları bu tür haber ve düşünceleri vermekle görevli değildir. Halkın da bu haber ve düşünceleri edinme hakkı vardır⁴⁷.

Basın hürriyeti, yozlaşmış ya da zorba iktidarlara karşı bir güvencedir. Ancak Mill (2004: 50)'in de belirttiği gibi, basın hürriyetinin bu ihtiyaçla savunulması artık geride kalmıştır. Mill'in bu düşüncesi, devlet iktidarının sınırlandırıldığı günümüz

⁴⁷ Sunday Times/İngiltere, 6538/74, 26.04.1979. Kararın Türkçe çevrisi için Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü (2002:47-86).

dünyası açısından doğru olmakla birlikte, basın bu görevinin tamamen ortadan kalktığını söyleme imkanı yoktur. Çünkü siyasal iktidarın bir zorbalığa dönüşme ihtimali her zaman vardır. Liberal demokrasiyi benimsemiş bulunan devletlerin bile, insanların hak ve özgürlüklerini koruma adına, siyasal iktidarı zorbalığa çevirebilecekleri görülmektedir.

Kamuyu ilgilendiren konularda bir gazetecinin başkaları tarafından ileri sürülen fikirleri yayınlaması da basın hürriyeti kapsamındadır. Mahkeme Jersild/Danimarka davasında; bir gazetecinin, bir başkasının ileri sürdüğü iddiayı yayınladığı için cezalandırılmasını, basının kamu yararına ilişkin konuların tartışılmasına olan katkısını azaltıcı nitelikte olduğunu söyleyerek, bu müdahaleyi ifade hürriyetinin ihlali olarak değerlendirmiştir⁴⁸. Mahkeme bu davadaki görüşlerini, Sürek ve Özdemir/Türkiye davasında da tekrarlayarak, yasa dışı bir terör örgütünün lideri ile yapılan röportajın yayınlanmasında; söz konusu röportajda resmi politikaya karşı ağır eleştiriler yöneltildiğini ve Türkiye'nin Güneydoğusundaki rahatsızlığın kaynağına ilişkin olarak taraflı bir yaklaşım sergilendiğini belirttikten sonra, söz konusu röportajın bir terör örgütü lideri ile yapılmış olmasının tek başına ifade hürriyetine müdahalede bulunmayı gerektirmediğini belirtmiştir. Mahkeme, ayrıca, söz konusu röportajın tek taraflı bir yaklaşımı sergilemesine karşın amacının, Türkiye'nin bir bölgesindeki resmi politika ile ilgili olarak muhalefetin ardındaki itici güçlerin psikolojisine ilişkin kamuoyunu aydınlatmak olduğunu, bu nedenle de yapılan müdahalenin haklı olmadığını söylemiştir⁴⁹.

⁴⁸ Jersild/Danimarka, 15890/89, 23.09.1994. Kararın Türkçe çevrisi için Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü (2002:165-186).

⁴⁹ Sürek ve Özdemir/Türkiye, 23462/94,08.07.1999. Kararın Türkçe çevrisi için Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü (2002:229-270).

Basın hürriyeti sadece yazarları ya da gazetecileri ilgilendiren bir husus olmayıp, basın araçlarının sahiplerini de ilgilendirmektedir. Mahkeme, Sürek/Türkiye (No:1) davasında bu konuya değinmiş ve derginin yazı işlerinden sorumlu olmayıp sadece derginin sahibi olan başvurucunun bu sıfatıyla, yayınlanan yazı nedeni ile her tür cezai sorumluluktan muaf olduğu yönündeki savunmasını kabul etmemiştir. Mahkemeye göre, başvuran, yayın aracının sahibi olması nedeni ile yazı işlerini şekillendirme hakkına sahiptir. Bu açıdan bakıldığında başvuran bilgilerin toplanması ve yayınlanması konusunda derginin yazı işleri ve muhabir personelinin görev ve sorumlulukları açısından vekaleten sorumludur. Bu durum çatışma ve gerginlik hallerinde daha da önem taşımaktadır⁵⁰.

Demokrasinin işletilmesi konusunda basının görevini yerine getirebilmesi için basının habere ulaşma hakkı ve haber kaynaklarının korunması gereklidir. Özek (1978: 33)'e göre, habere ulaşma hakkı haber, fikir ve bilgilerin serbestçe toplanabilmesi demektir. Basın, habere ulaşma hakkını çeşitli şekillerde kullanabilir. Bunların başlıcaları, basının anketler düzenlemesi, kişilerle mülakatlar yapması, kişilerden aldığı ihbarları değerlendirmesi gibi şekillerde, yayınlanacak haber içeriğine göre farklılık arz eden biçimlerde, karşımıza çıkabilmektedir. Kamuyu ilgilendiren konularda ise basının esas haber kaynağı, devlet faaliyetleri yani yöneticilerin icraatlarıdır. Bu tür haberlere ulaşmanın en güvenli yolu ise devlet faaliyeti hakkında bilgi edinmeye izin veren yasal düzenlemelerin bulunmasıdır. Ancak hemen hiçbir ülkede, bu konuda yeterli bilgi akışını sağlayacak yasal düzenlemeler bulunmadığından haberciler bu tür bilgilere ulaşmak için kamu görevlileri ile irtibata geçerek devlet faaliyetleri ile ilgili bilgileri bunlardan

⁵⁰ Sürek/Türkiye (No:1), 26682/95, 08.07.1999. Kararın Türkçe çevrisi için Bkz. (<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/surek1.htm>).

almaktadır. Kamu görevlilerinin, devlet faaliyetleri hakkında görevleri nedeni ile öğrenmiş oldukları bilgileri açıklamaları da genelde cezai yaptırıma tabi tutulduğundan habere kaynaklık eden kamu görevlilerinin cezai yaptırımlara maruz kalmaması için haber kaynaklarının korunması önem arz etmektedir. Haber kaynaklarının açıklanmaya zorlanılmasına imkan tanınması halinde habere ulaşma hakkı kısıtlanmış olacaktır⁵¹.

AİHM, Goodwin/İngiltere davasında, haber kaynaklarının korunması hususunu ele almıştır. Mahkeme, bu davaya konu olayda; birçok şirketin faaliyetleri hakkında yapmış olduğu haberin kaynağını açıklamayan gazetecinin, başkalarının hakkını koruma gerekçesi ile cezalandırılmasını ifade hürriyetinin ihlali olarak görmüştür. Mahkemeye göre, haber kaynağının gizliliğinin korunması, basın hürriyetinin temel esaslarındandır. Haber kaynağının gizliliği korunmadığı takdirde kamunun aydınlanmasını sağlayacak bilgilerin ortaya çıkması engellenecek ve basın haber verme görevini gerektiği şekilde yerine getiremeyecektir. Başkalarının haklarını koruma amacı ile ifade hürriyetinin sınırlanabilmesi için kamunun menfaatinde daha ağır basan bir kamu menfaatinin bulunması gereklidir⁵².

Basının kendisinden beklenen faydaları sağlayabilmesi ile ilgili olarak değinilmesi gereken hususlardan bir tanesi de basın araçlarında “tekel” oluşumunun önlenmesi gerekliliğidir. Kamuyu ilgilendiren hususlarda açık bir tartışma ortamının oluşması için kişilerin farklı görüş ve fikirleri öğrenme hakkına sahip olmaları gereklidir. Bu hususun gerçekleşmesi için basın araçlarının tek elde toplanmaması konusunda gerekli önlemler alınmalıdır. Esas olarak basın sektöründe farklı adlarla bir çok yayın çıkması da halkın gerektiği gibi bilgilenebilmesi için yeterli değildir. Bir çok gazetenin, aynı

⁵¹ 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 15. ve 31. maddelerinde memurlar için basına demeç verme ve gizli bilgileri açıklama yasağı getirilmiştir.

⁵² Goodwin/İngiltere, 17488/90, 27.03.1996; nakleden Sunay (2001:148-149).

içerikteki haberleri yayınlaması çok seslilik olarak değerlendirilemez. Bu bakımdan yayınların sayı olarak çokluğundan ziyade farklı haber ve fikirlere yer verilmesi önem arz etmektedir. Avrupa Denetim organları, sınırlamaya ilişkin diğer şartlarda eksiklik bulunmaması kaydı ile basında tekelleşmeyi önleyecek tedbirler alınmasını sözleşmeye aykırı görmemektedirler (Gölcüklü ve Gözübüyük, 1998: 323).

4.2.6. Radyo ve Televizyon Yayıncılığı Hürriyeti

Radyo ve televizyon yayıncılığı hürriyeti de tıpkı basın hürriyeti gibi ifade kullanılan araçla ilgilidir. Sözleşmenin 10/1. maddesinde ifade hürriyetinin kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir alma hürriyetini de içerdiği belirtildikten sonra maddenin son fıkrasında “Bu madde devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmeciliğini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir” hükmüne yer vermiştir. Ancak bu düzenleme kendi içinde çelişkilidir (Dost, 2001: 46). Bu çelişkinin nedeni ise, maddenin düzenlendiği sırada, frekans sayısının sınırlılığı ve çoğu Avrupa devletinin radyo ve televizyon yayıncılığı üzerinde tekel hakkına sahip olmasıdır (Macovei, 2003: 16).

Sözleşmenin 10. maddesinin radyo, televizyon ve sinema işletmeciliğinin izne tabi tutulabileceğini belirtmesi karşısında, sözleşme organları da devletlerin bu konudaki tekel konumunu kabul ederek, özel işletmeleri ruhsata bağlamak sureti ile yayınları belli şartlara tabi tutabilme yetkisine sahip olduklarını belirtmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, izne tabi tutabilme yetkisi, tek başına ifade hürriyetine müdahale edilmesinin gerekçesi olamaz. İzin verme yetkisine dayanılarak ifade hürriyetine müdahale edilmesinin kabul edilebilmesi için sözleşmenin 10/2. maddesindeki diğer şartların da bulunması gerekir. Mahkeme 1993 yılında vermiş olduğu *Lentia/Avusturya* kararında,

televizyon yayınlarındaki devlet tekeline ve televizyon istasyonlarının kurulmasına izin verme yetkisine dayanarak devletin ifade hürriyetine müdahale etmesine ilişkin değerlendirmelerde bulunmuştur. Dava konusu olayda başvuruçunun televizyon istasyonu kurma konusundaki izin talebi, yürürlükteki mevzuatın yayıncılık alanında devlet tekeli kurduğu ileri sürülerek reddedilmiştir. Başvurunun reddi üzerine başvuruçucu, ifade hürriyetine müdahale edildiğini ileri sürerek AİHM'ye başvurmuştur. Davayı inceleyen mahkeme, başvuruçuya televizyon istasyonu kurması için izin verilmemesini, haber ve fikir yayma hürriyetine müdahale olarak nitelemiş ve bu nitelemeyi yaparken de haber ve fikirlerin yayılmasındaki en elverişsiz yolun devlet tekeli olduğu iddiasına dayanmıştır. Mahkemeye göre, kaliteli ve dengeli olmak şartı ile devlet tekeli de sözleşme ile bağdaşabilir. Ancak bu demokratik bir toplumda zorunlu bir tedbir değildir. Mahkeme, devletlerin genel olarak kendi sınırları içindeki yayınlara, özellikle teknik nedenlerle, müdahale edebileceklerini; ancak iznin verilmesi ya da izin talebinin reddedilmesi konusunda sınırsız bir değerlendirme yetkisinin söz konusu olamayacağını belirtmiştir. Mahkemeye göre, dava konusu olayla ilgili olarak günümüzdeki teknik gelişmeler, dalga frekanslarının zorunlu kıldığı kısıtlamaları geçersiz hale getirdiğinden davalı devletin ileri sürdüğü özel radyo ve televizyon istasyonlarının kurulması halinde bu alanda özel tekeller oluşacağı iddiası kabul edilemez. Böyle bir tekelleşme ihtimali olsa bile devletler bu tekelleşmeyi engelleme imkanına sahiptir. Sonuç olarak bu şekildeki bir müdahale, güdülen amaçlarla orantılı olmayıp demokratik toplumda zorunlu bir tedbir de değildir⁵³.

Mahkeme, konuya ilişkin başka kararlarında da özel radyo ve televizyon istasyonlarının kurulmasını desteklemekle birlikte, bu alandaki devlet tekeline de belli

⁵³ Lentia/Avusturya, 13914/88, 24.11.1993; nakleden Sunay (2001:131).

şartlar altında sözleşmeyle bağdaştırmakta ve tartışma konusu yapmamaktadır. Sözleşmeye taraf devletlerin özel radyo veya televizyon istasyonları kurulması konusundaki izin taleplerini, bu konuda bir mevzuat bulunmaması nedeni ile reddetmesini ise sözleşmeye aykırı görmektedir. Autronic Ag/İsviçre davasında mahkeme, bir İsviçre şirketinin bir Rus televizyon uydusundan yapılan televizyon programı yayınlarını aynen alıp İsviçre’de yayınlamak için yaptığı özel çanak anten kurma izni talebinin, bu konuda bir düzenleme olmadığından bahisle İsviçre hükümeti tarafından reddedilmesini sözleşmeye aykırı bulmuştur⁵⁴. Mahkemenin bu kararı üzerine İsviçre makamları ilgili konuda gerekli düzenlemeyi yaparak özel televizyon şirketlerine bu hakkı tanımışlardır (Ünal, 1995: 253).

4.3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde İfade Hürriyetinin Sınırlandırılması

4.3.1. Genel Olarak

İnsan haklarına ilişkin tüm uluslararası belgelerle devletlerin kendilerinin yapmış oldukları anayasalarda yer alan hürriyetler, bir takım sınırlamalara tabi tutulmuşlardır. Esasen hürriyetlerin sınırsız olduklarını kabul etmek mümkün gözükmemektedir. Hatta denilebilir ki, hürriyetlerin sınırsız olduğunu iddia eden kimse, kendisi dışındakilerin hür olmadığı iddiasındadır. Ancak genel kural hürriyetlerin sınırlı olduğu şeklinde olmakla birlikte, diğer hürriyetlerin gerçekleştirilebilmesi için taşıdığı önem göz önüne alındığında, bu genel kuralın ifade hürriyeti bakımından geçerli olup olmayacağı konusunda farklı görüşler ortaya atılmıştır. Bir kısım yazarlara (Tanör, 1969: 114- 120; Hafizoğulları, 1994: 10) göre, ifade hürriyeti mutlak bir hak olduğu için sınırlandırılması mümkün değildir. Ancak belirtmek gerekir ki, bu görüşlerin dayandığı nokta, ifade hürriyetinin bir unsuru olan düşünme ve kanaat hürriyetine ilişkindir. Yani bu mutlak ve

⁵⁴Autronic Ag/İsviçre, 12726/87, 22.05.1990; nakleden Ünal (1995:253).

sınırsızlık, yalnızca ifade hürriyetinin kişinin iç dünyasına bakan kısmı ile ilgilidir. İfade hürriyetinin de tıpkı diğer hürriyetler gibi sınırlanabileceğine ilişkin görüşler ise, ifade hürriyetinin diğer hürriyetler için bir nevi lokomotif hürriyet olması nedeniyle daha az sınırlandırılması gerektiğinin savunmaktadırlar (Erdem, 1998: 24; Sunay, 2001:73).

İfade hürriyetinin sınırlandırılmasına ilişkin görüşler başlıca bu şekilde olmalarına rağmen belirtmeliyiz ki, gerek uluslararası sözleşmeler gerekse de anayasalar, ifade hürriyetini sınırlı bir hürriyet olarak düzenlemişler ve onu mutlak bir hak olarak görmemişlerdir. Bu bağlamda AİHM de ifade hürriyetini mutlak bir hürriyet olarak korumamakta ve bilinçli olarak mahremiyetin gerekleriyle dengelemektedir (Barry, 2003: 19) İfade hürriyetinin sınırlandırılabilir bir hürriyet olması, onun gerçekleştirilebilmesi açısından bir gerekliliktir. Çünkü bir hürriyetin sınırları belirlenmediği sürece onun gerçek anlamda bir değeri olmayacaktır (Beydoğan, 2003: 117). Diğer tüm hürriyetler için geçerli olan bu durum ifade hürriyeti için de geçerli olup, ifade hürriyetinin birey açısından pratik bir önem ifade edebilmesi için sınırlarının belirlenmesi gerekir (Dost, 2001:61).

Diğer hürriyetlerin sınırlandırılmasında olduğu gibi ifade hürriyetinin sınırlandırılmasında da karşımıza hürriyet ve otorite çatışması çıkmaktadır. Gerçekten de bir taraftan ifade hürriyetinin kişi ve toplum bakımından taşıdığı önem ve sağladığı faydalarla diğer taraftan toplumsal düzenin sağlanması arasındaki denge ifade hürriyetinin sınırlarını belirleyecektir. İlk bakışta birbirlerine karşıt gibi duran bu farklı menfaatlerin dengelenmesi ifade hürriyetinin sınırları bakımından önemlidir. Böyle bir dengeleme, hem bu hürriyetin kötüye kullanımını önleyecek , hem de bu hürriyetten herkesin yararlanmasını sağlayacaktır (Erdem, 1998:24). Bu bakımdan ifade hürriyeti

zorunlu ve istisnai bir tedbir olarak sınırlanmalıdır. Yani devlet sınırlama yetkisini, kişi ve toplum açısından önemli fakat aynı zamanda sınırlı sayıdaki menfaatin ihlal edilmesi halinde kullanabilmelidir (Sunay, 2001: 74). Ancak bu şekilde bir müdahale yapılırken dahi ifade hürriyetine getirilebilecek sınırlamalar, düşüncenin açıklanış biçimiyle ilgili olmalıdır. Düşüncenin içeriğine ilişkin olarak getirilecek bir sınırlama, toplumdaki değişik düşünceleri izin verilen içeriğe doğru yaklaşmak zorunda bırakacak ve toplumda farklı içerikteki düşüncelerin ifade edilebilmesini önleyecektir. Böyle bir sınırlamanın varlığı ise demokratik toplum düzeniyle bağdaşmaz.

Sözleşmenin 10/2. maddesinde ifade hürriyetinin belli nedenlerle belli şartlar altında sınırlanacağı belirtilmiştir. Sözleşmenin 10/2. maddesinde; “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” denilmek suretiyle ifade hürriyetinin hangi amaç yada nedenlerle sınırlanacağı konusunda tahdidi bir düzenleme yapılmış ve bu nedenler dışında ifade hürriyetinin sınırlanamayacağı kesinlik kazanmıştır. Bu nedenlere dayalı olarak sınırlandırma yapılabilmesi de belli şartlara tabi tutulmuş, sınırlamanın demokratik toplumda zorunlu olması gerektiği ve kanunla öngörülmüş olması belirtilmiştir.

10/2. maddede belirtilen nedenler; başkalarının haklarının korunması, yargı görevinin gereği gibi yerine getirilmesinin sağlanması, kamu düzeni ve milli güvenliğin korunması gibi amaçlara hizmet etmektedirler. Maddede belirtilen sınırlama nedenlerini,

kamusal menfaatlerin korunmasının amaçlayan nedenler ve özel menfaatlerin korunmasını amaçlayan nedenler olmak üzere iki kategoriye ayırmak mümkündür.

İfade hürriyetinin kamusal menfaatlerin korunması amacıyla sınırlanması nedenleri, kamu düzeninin ve milli güvenliğin sağlanması, devlete ait gizli bilgilerin açıklanmasının önlenmesi ve yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması gibi nedenlerdir. Bu nedenlere dayanılarak toplumdaki insanları suç işlemeye teşvik eden ya da devletin varlığına son vermeyi amaçlayan fikirlerin önüne geçilmesi ve yargı organlarının görevlerini gereği gibi yerine getirmeleri için ifade hürriyetine sınırlamalar getirilebilmektedir.

Özel menfaatlerin korunmasına yönelik olan sınırlandırma nedeni ise, başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunmasıdır. Başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, aynı zamanda hürriyetin klasik sınırını oluşturmaktadır. Barry (2003: 32)'nin de belirttiği gibi, sınırsız bir ifade hürriyetinin geçerli olması, bir bütün olarak toplumun yararına olabilirse de bu durum yalan yanlış bilgilerin yayılmasından gadre uğramış kişilerin ortaya çıkmasına da sebep olabilir. Bu nedenle ifade edilen düşünceler başkalarının kişiliğini olumsuz etkiliyorsa bu düşünceler ifade hürriyeti kapsamında korunmamalıdır. Ancak belirtmek gerekir ki başkalarının kişiliğine olumsuz etkide bulunan düşünce açıklamaları, eleştiri dışında kalan sövme, iftira, tehdit ve hakaret içeren ifadelerdir. Eleştiri bu kapsamda değerlendirmek doğru değildir.

10/2. maddedeki bu nedenlerin varlığı halinde ifade hürriyetine yapılacak müdahale, aynı maddede belirtilen şekil şartlarına da uygun olmalıdır. Ayrıca sınırlama sebepleriyle alınan tedbir arasında bir denge bulunmalı ve sınırlama demokratik toplumda zorunlu bir tedbir niteliğinde olmalı ya da başka bir deyişle, demokratik toplum düzenine

aykırı olmamalıdır. Bunlardan “demokratik toplumda zorunlu olma” ölçütü, Mahkeme uygulamasında bu konudaki davaların sonucunu belirlemede en önemli rolü oynamaktadır (Sunay, 2001: 76). Bu ölçütün rolünün önemi ise, Mahkemenin, ifade hürriyetini demokratik toplumun zorunlu temellerinden biri olarak görmesinden kaynaklanmaktadır.

Maddede “kullanılması görev ve sorumluluk gerektiren bu haklar” denilmek suretiyle sözleşmedeki ifade hürriyetinin kullanılmasının, görev ve sorumluluk gerektirdiği belirtilmiştir. Ancak bu, sözleşmede benzeri olmayan bir düzenlemedir. Bu düzenlemeden, görev ve sorumluluk gerektiren bazı mesleklerde çalışan kişilerin ifade hürriyetinin, otomatik olarak sınırlandırılabilceği sonucunu çıkarmak mümkündür. Fakat mahkeme kararlarında bu düzenlemenin ayrı bir sınırlama nedeni olmadığı, ikinci fıkradaki diğer sınırlama nedenleri varsa bu durumun göz önüne alınacağı hükme bağlanmıştır⁵⁵.

4.3.2. İfade Hürriyetini Sınırlama Nedenleri

Sözleşme sisteminde genellikle maddelerin ilk fıkralarında hak ve hürriyetler güvence altına alınmış, ikinci fıkrada ise hak ve hürriyetlere getirilecek sınırlamalar üzerinde durulmuştur. Sözleşmedeki hürriyetler bakımından genel sınırlama sebeplerine yer verilmemiş olup, hürriyetleri sınırlandırma nedenleri sayma suretiyle tek tek gösterilmiştir. Sözleşmenin hürriyetler konusunda genel sınırlama maddesine yer vermemiş olması hürriyetlere getirilen sınırlamaların dar yorumlanması gerektiği konusunda da yol gösterici olmaktadır (Çağlar, 1993: 259). Çünkü sınırlama nedenleri

⁵⁵ Bu konuda Bkz. Wille/Liechtenstein, 28396/95, 28.10.1999. Kararın Türkçe çevrisi için Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü (2002:383-408).

tahdidi olarak belirtildiğinden kıyas yoluyla bunların sayısının artırılması ve müdahalenin genişletilebilmesinin önüne geçilmiştir.

Sözleşmenin 10/2. maddesine göre demokratik bir toplumda ifade hürriyeti, ancak ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlık ve ahlakın veya başkalarının şöhret ve haklarını korunması, gizli tutulması kaydıyla alınmış bilgilerin açıklanmasının engellenmesi veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması nedenleriyle sınırlandırılabilir.

Sınırlama nedenlerinin belirlenmiş olması, ifade hürriyetinin sınırlandırılması ile ilgili sorunları çözmeye yeterli değildir. Her ne kadar sınırlama nedenleri sayılı bir şekilde belirtilmişse de bunların soyut nitelikte olmaları sebebiyle içeriklerinin tam olarak tespiti yapılmamıştır. Yani sınırlama nedeni olarak sayılan bu kavramların içeriğinin belirlenmesi hususu, taraf devletlere bırakılmıştır. Bu kavramların içeriğinin belirlenmesi konusunda taraf devletler bir takdir hakkına sahiptirler. Ancak taraf devletlerin tanınmış olan bu takdir payı, ifade hürriyetinin sınırlarının belirlenmesi kapsamında ülkelerinin şartlarını, sözleşme organlarına göre daha iyi bilmelerinden ve bu konudaki ihtiyaçları daha iyi tespit edebilecekleri düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Taraf devletlere bu şekilde bir takdir payı tanımak suretiyle sözleşmedeki hürriyetlerin korunması bakımından sözleşme organlarına denetleyici ve tamamlayıcı bir rol tevdi edilmiştir. Ülkelerin takdir payı, sözleşme organlarının denetimine tabidir.

Taraf devletlere kavramların içeriklerini doldurmak bakımından bir takdir payı verilmekle birlikte sözleşme organları, ifade hürriyetine getirilecek meşru sınırlamaları belirleyen kavramlara taraf devletlerin yüklemiş olduğu anlamla bağlı değildir (Dost,

2001: 23). Bu kavramların içerikleri, sözleşme organları tarafından otonom bir şekilde tespit edilmektedir. Sunday Times/İngiltere davasında mahkeme, İngiliz hükümetinin sözleşmenin 10/2 maddesindeki “yargılama gücünün otorite ve tarafsızlığını koruma” kavramı ile İngiliz hukukundaki “mahkemeye saygısızlık (contempt of court)”ın kastedildiği iddiasını kabul etmemiş ve yargı gücünün otorite ve tarafsızlığını koruma kavramının, İngiliz hukukundaki mahkemeye saygısızlık kurumundan alınmış olsa bile 10/2. maddenin bu kurumu olduğu gibi benimsemeyerek bağımsız bir bağlama dönüştürdüğü değerlendirilmesinde bulunmuştur⁵⁶.

10/2. maddede sayılan sınırlama nedenlerinin kaynağı kültürel, ahlaki, sosyal vb. gibi çeşitlilik arz etmektedir. Kaynakları farklı olan bu sınırlama nedenlerinin korudukları menfaatleri göz önüne alarak ifade hürriyetinin sınırlanmasındaki amaçları iki başlık altında inceleyebiliriz:

1. Kamusal menfaatlerin korunması amacıyla getirilen sınırlamalar.
2. Başkalarının şöhret veya haklarının korunması amacıyla getirilen sınırlamalar.

4.3.2. 1. İfade Hürriyetinin Kamusal Menfaatlerin Korunması Amacıyla

Sınırlaması

Sözleşmenin 10/2. maddesine göre bu gruba giren sınırlandırma nedenleri; ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın korunması ve yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanmasıdır. Sözleşmede ifade hürriyetinin sınırlandırma nedeni olarak gösterilen bu sebepler, soyut nitelikte kavramlardır. Bu

⁵⁶ Sunday Times/İngiltere, 6538/74, 26.04.1979. Kararın Türkçe çevrisi için Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü (2002:47-86).

kavramların belirginleştirilmesinde sözleşme organlarının yorumu belirleyici olmaktadır. Bu çalışmada dava konusu olan sınırlama nedenleri üzerinde durulacaktır.

4.3.2.1.1. Ulusal Güvenlik ve Kamu Düzeni

Sözleşmenin 10/2. maddesinde belirtilen ve soyut bir kavram olan ulusal güvenlik, “devletin bağımsızlık ve bütünlüğüne yönelik dış ve iç tehdit ve tehlikelerden korunması” (Günday, 2002: 21) olarak tanımlanabilir. AİHM ifade hürriyetinin sınırlarını ulusal güvenlik açısından Sunday Times/İngiltere (No:2) davasında ele almıştır. Dava konusu olay, emekli bir İngiliz istihbarat teşkilatı mensubunun yazmış olduğu “Spycather” başlıklı anı kitabının bazı bölümlerinin başvuran gazete tarafından yayınlanması ile ilgilidir. The Observer ve The Guardian gazetelerinin 1986 Haziran’ında söz konusu kitabın ayrıntıları hakkında bilgiler yayınlamaları üzerine başvuru bu gazeteler aleyhine ulusal güvenliği sarstıkları gerekçesiyle dava açarak yayınlarının durdurulmasını talep etmiş ve İngiliz mahkemeleri de bu konudaki yayınların durdurulmasına karar vermiştir. Anı kitabı 1986 Temmuz’unda ABD’de yayınlanmış ve bazı nüshaları İngilizler tarafından satın alınarak İngiltere’ye sokulmuş ancak İngiliz makamları kitabın İngiltere’ye sokulmasına yasak getirmemişlerdir. Daha sonra aynı kitabın bazı bölümlerini 1987 yılında Sunday Times gazetesi yayınlamaya başlayınca Lordlar Kamarası, daha önceki mahkeme kararına dayanarak ilgili gazete ve diğer bütün medya araçlarına bu konuda yayın yasağı getirmiştir. Sunday Times’in getirilen yayın yasağının sözleşmeye aykırılığı konusundaki başvurusu üzerine AİHM, İngiliz mahkemesinin The Observer ve The Guardian gazeteleri için koyduğu geçici yayın yasağının ulusal güvenlik açısından gerekli olduğunu belirtmekle beraber Sunday Times ve diğer medya araçlarına konan ikinci yayın yasağının sözleşmeye aykırı olduğunu

belirtmiştir. Mahkemeye göre, anı kitabının Amerika’da yayınlanması nedeniyle gizliliği kalmadığından ulusal güvenliği koruma gerekçesi ortadan kalkmıştır. İstihbarat teşkilatının etkinlik ve itibarının korunması ise yayın yasağı konulmasının yeterli bir gerekçesi olamaz⁵⁷.

İfade hürriyetinin sınırlandırılmasının bir diğer nedeni olan kamu düzeni ise, anlam olarak ulusal güvenliğe göre daha dar bir kavramdır. Kamu düzeni kavramının, devletin dış güvenliği ile herhangi bir ilgisi bulunmamaktadır. Belirtmek gerekir ki, ulusal güvenliği ilgilendiren her hususun kamu düzenini bozduğu söylenebilirse de kamu düzenini bozan her olgu, ayrıca ulusal güvenliği bozmayabilir (Tezcan, Erdem ve Sancakdar, 2004: 265). Kamu düzeni, toplumun dış ve maddi düzeni olup umuma açık yerlerdeki düzeni ifade eder (Günday, 2002: 246). Ulusal güvenlik gibi kapsamı kolayca belirlenecek bir kavram değildir. Somut olayın yeri zamanı ve niteliğine göre kapsamı belirlenmeye çalışılmalıdır. Bu bakımdan kamu düzeni nedeniyle ifade hürriyetinin meşru bir şekilde sınırlanabilmesi için düşüncenin açıklanış şekli, zamanı ve yeri göz önüne alınmalıdır. (Sunay, 2001: 85).

AİHM, Chorherr/Avusturya kararında, kamu düzeninin korunmasıyla ilgili olarak değerlendirmede bulunmuştur. Dava konusu olayda başvuran, Viyana Belediye Meydanında yapılan ve 50 bin kişinin katıldığı bir kutlama töreninde, Avusturya Ordusuna avcı uçakları alınmasını protesto eden bir pankart açmıştır. Bunun üzerine seyircilerin görüş alanını sınırladığı ve karışıklığa yol açabileceği gerekçesiyle engellenmiş ve para cezasına çarptırılmıştır. Mahkeme, bu müdahalenin çıkabilecek karışıklıkların önlenmesi amacıyla yapıldığını ve demokratik toplumda gerekli olduğunu

⁵⁷ Sunday Times/İngiltere(No:2), 13166/87, 26.11.1991; nakleden Ünal (1995:262).

belirterek kamu düzenini koruma amaçlı değerlendirmiş ve ifade hürriyetinin ihlal edilmediğine karar vermiştir⁵⁸.

4.3.2.1.2. Kamu Güvenliği, Toprak Bütünlüğü ve Suçun Önlenmesi

Bu gruptaki sınırlama nedenlerinden bazıları da kamu güvenliği, toprak bütünlüğü ve suçun önlenmesidir. Açıklanan düşüncelerin suça teşvik edici olması ya da devletin toprak bütünlüğünün bozmaya yönelik olması durumunda bu amaçlarla ifade hürriyetinin müdahale edilebilecektir. Demokratik toplumlarda suçü övme, suça teşvik ve tahrik niteliğindeki fikir açıklamaları ifade hürriyeti kapsamında değerlendirilemez (Sunay, 2001: 88).

İfade hürriyetinin kamu güvenliği, toprak bütünlüğü ve suçun önlenmesi nedeniyle sınırlandırılması konusundaki değerlendirmeler AİHM tarafından Zana/Türkiye davasında yapılmıştır. Davanın konusu, eski bir belediye başkanı olan başvurucunun terör örgütü PKK'nın silahlı eylemlerine ve sivillerin öldürmesine destek veren sözleri nedeniyle eski TCK'nın 312. maddesi uyarınca cezalandırılmasıdır. Mahkeme, bölgenin özel durumu ve yapılan açıklamaların zamanını da göz önüne alarak başvurucunun cezalandırılmasını ülkenin toprak bütünlüğünün korunması ve suçun önlenmesi amacıyla yapılmış haklı bir müdahale olarak görmüştür⁵⁹.

4.3.2. 1.3. Genel Ahlakın Korunması

Genel ahlakın korunması ile ilgili başvurular daha çok müstehcen yayınlar konusunda yoğunlaşmaktadır. Mahkeme, bu konudaki değerlendirmelerini ilk olarak Handyside/İngiltere davasında yapmış ve bu davada bu konudaki tartışmalara ilişkin

⁵⁸ Chorherr/Avusturya, 13308/ 87, 25.08.1993; nakleden Sunay (2001:85-86).

⁵⁹ Zana/Türkiye, 18954/91, 25.11.1997. Kararın Türkçe çevrisi için Bkz. (<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmt/zana.htm>).

standartlar ortaya koymuştur. Handyside davasının konusu, bir yayınevi sahibi olan Richard Handyside'nin iki Danimarkalı yazar tarafından yazılmış olan "Küçük Kırmızı Kitap" adlı ders kitabını İngiltere'de yayınlaması üzerine başlayan tartışmalarla ilgilidir. Bu kitap eğitim ve öğretime ilişkin olup kitabın bir bölümünde cinsel konular ele alınmaktadır. Kitabın İngiltere'de yayınlanması üzerine İngiliz makamları müstehcen yayınlarla ilgili İngiliz kanunlarına dayanarak adı geçen ders kitabını toplatmışlar ve yayıncıya para cezası vermişlerdir. Handyside'nin bu cezaya ilişkin olarak bir üst mahkemeye yapmış olduğu itiraz ise üst mahkemece; kitabın zararlı bir yayın olduğu ve kitap bir bütün halinde incelendiğinde onu okuyan gençlerin büyük bir kısmında ahlak bozukluğuna ve ahlaki çöküntüye yol açacağı gerekçesiyle reddedilmiştir. Handyside'nin bu davayı AİHM'ye taşınması üzerine Mahkeme, öncelikle ahlaki değerlerin korunması zorunluluğunun zamana ve yere göre değiştiğini, bu nedenle ortak bir Avrupa ahlak anlayışından söz etmenin mümkün olmadığını belirtmiştir. Daha sonra ise, her ülkenin ahlaki değerlere ilişkin yaklaşım ve düşüncelerinin hızlı bir değişim gösterdiğini, ahlaki gerekliliklerin kapsamı ve bunları karşılamak için getirilecek yaptırımların niteliği bakımından taraf devletlerin herhangi bir görüşün açıklanmasında uluslararası bir yargıçtan daha elverişli bir konumda olduklarını açıklamıştır. Sonuç olarak mahkeme, ifade hürriyetine yapılan müdahalenin ahlaki değerlerin korunması bakımından sözleşmeye uygun olduğuna karar vermiştir⁶⁰. Mahkeme, Handyside davasında belirlemiş olduğu standartları, Müller ve Diğerleri/İsviçre davasına da uygulamıştır. Müller ve Diğerleri/İsviçre davası da müstehcen yayınlarla ilgilidir. İsviçre vatandaşı olan başvuru Müller, dokuz arkadaşıyla birlikte düzenlediği bir resim sergisinde insanlarla hayvanlar arasındaki cinsel ilişkiyi kaba biçimde gösteren resimler sergilemiştir. İsviçre

⁶⁰ Handyside/İngiltere, 5493/72, 07.12.1976. kararın Türkçe çevrisi için Bkz. Doğru (2002: 158-177).

makamları resimlere el koyarak başvurucuya ceza vermiştir. Bunun üzerine Müller kendisine ceza verilmesinin sözleşmeye aykırı olduğunu ileri sürerek mahkemeye başvurmuştur. Mahkeme, sözleşmenin 10. maddesinin çeşitli ifade biçimleri arasında herhangi bir ayırım yapmadığını kültürel, siyasal veya toplumsal bilgi ve fikirlerin alış verişinde sanatsal ifadelerin de kullanılabileceğini belirttikten sonra yapılan müdahalenin, resimlerin sergilendiği kantondaki halkın yapısı ve serginin tüm yaş gruplarına açık olmasını da göz önüne alarak, ahlaki değerleri koruma amacıyla yapılmış meşru bir müdahale olduğuna karar vermiştir⁶¹.

4.3.2. 1.4. Yargı Gücünün Otorite ve Tarafsızlığının Korunması

Mahkeme, İfade hürriyetinin yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının korunması nedeniyle sınırlandırılmasını Sunday Times/İngiltere davasında incelemiştir. Davanın konusu, hamilelikleri esnasında Thaldomide adlı ilacı kullanan annelerin çocuklarının sakat doğması üzerine ilaç firması aleyhine açtıkları davalar sürerken Sunday Times gazetesinin bu konuda bir makale yayınlamasıdır. Gazete bu makaleyi yayınlamakla kalmamış bu konuda yakında ayrıntılı bilgiler içeren bir araştırmayı da yayınlayacağını duyurmuştur. Bu duyurudan sonra davalı firma, yapılacak yayınların görülmekte olan davaları etkileyebileceğini gerekçe göstererek, bu yayınların yasaklanması için İngiliz mahkemesine başvurmuş ve İngiliz mahkemesi de bu talebi kabul ederek konuyla ilgili yayın yapılmasını yasaklamıştır. Gazetenin başvurusu üzerine davayı inceleyen AİHM, dava konusu olayda yargı gücünün otoritesine yönelik bir tehdidin kesin olarak ortaya çıkmadığını belirterek, mahkemelerin tamamen yalıtılmış bir ortamda çalışmadıkları gerçeğine işaret etmiştir. Mahkemeye göre, uyuşmazlıkların çözüm yerleri mahkemeler olmakla birlikte bu durum anlaşmazlığa konu olan olayların basında ya da halk arasında

⁶¹ Müller ve Diğerleri/İsviçre, 10737/84, 24.05.1988. Kararın Türkçe Özeti için Bkz. Doğru(1999:101).

tartışılmayacağı anlamına gelmemektedir. Önemli olan adaletin gerçekleşmesi için öngörülen sınırlara riayet edilmesidir. Bunun dışında mahkemelerin önüne gelen davalarla ilgili olarak da haber ve fikir akışının sağlanması gerekmektedir. Bu nedenlerle İngiliz makamları tarafından ifade hürriyetine getirilen sınırlama farklı bir nedene dayanmadığından sözleşmeye aykırı bulunmuştur⁶².

AİHM, hakimlerin eleştirilmesi ile ilgili değerlendirmesini ise Barfod/Danimarka kararında yapmıştır. Barfod davasının konusu, yerel bir yönetim makamının, adadaki bir Amerikan üssünde çalışan Danimarkalı seçmenlerin yerel seçimlerde oy kullanmayacaklarına dair kararına karşı açılan iptal davasının reddedilmesi sonucu gelişen olaylardır. Davanın reddedilmesi üzerine şikayetçi, bir gazetede makalesinde ret kararı veren mahkemenin kuruluş tarzını eleştirmiştir. Şikayetçinin eleştirdiği mahkeme, hakimlik mesleğinden gelen bir başkanla davalı idarede müze müdürü ve iskan danışmanı olarak görevli ve hukukçu olmayan iki üyeden oluşmaktadır. Şikayetçi makalesinde, bu iki üyenin hukukçu olmaması nedeniyle davanın reddedildiğini belirtmiş ve bu yazısından dolayı yargının saygınlığı ve vatandaşların yargıya olan güvenini sarstığı gerekçesiyle yargılanıp mahkum edilmiştir. Şikayetçi kendisine verilen ceza ile ifade hürriyetinin ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'ye başvurmuştur. Davayı inceleyen mahkeme; devletlerin, hakimlerin saygınlık ve haysiyetlerinin korunmasıyla yükümlü olduklarını belirterek başvuranın cezalandırılmasını sözleşmeye aykırı görmemiştir⁶³.

Hakimlerin eleştirilmesiyle ilgili olarak AİHM'nin baktığı diğer bir dava ise De Haes ve Gijssels/Belçika davasıdır. Davaya konu olayda, bir noterle eşi arasındaki boşanma davası sürerken noter hakkında eşi ve onun anne ve babası tarafından çocukları

⁶² Sunday Times/İngiltere, 6538/74, 26.04.1979. Kararın Türkçe çevirisi için Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü (2002:47-86).

⁶³ Barfod/ Danimarka, 11508/85, 22.02.1989; nakleden Ünal (1995:267).

cinsel yönden istismar ettiği gerekçesiyle bir soruşturma açılmıştır. Boşanma davası devam ederken noter hakkındaki bu soruşturma, iddianame düzenlenmeden sonuçlandırılmış ve boşanma davasının sonunda da çocukların velayeti noter olan babaya verilmiştir. Başvurucu gazeteciler, soruşturmanın dava açılmadan kapatılması ve çocukların velayetinin babaya verilmesiyle ilgili olarak üç hakim ve bir savcuyu yazmış oldukları toplam beş yazıyla şiddetli bir şekilde eleştirmişlerdir. Bu yazılar üzerine eleştirilen hakimler ve savcı, yazıların yayınlandığı gazete ve yazının sahipleri olan gazetecilere karşı şöhretlerine zarar verildiği iddiasıyla tazminat davası açmışlardır. Hukuk mahkemesinde görülen dava sonunda gazeteciler, hakimler ve savcının notere siyasi yakınlıkları nedeniyle bilinçli biçimde yanlış karar verdiklerini yazmak suretiyle onların tarafsızlıkları konusunda güçlü kuşkular yarattıkları için mahkum olmuşlardır. Gazetecilerin başvurusu üzerine davayı inceleyen AİHM, yargı mensuplarının kamunun güvenine sahip olması gerektiğini, bu nedenle de olgusal temelden yoksun saldırılardan korunmaları gerektiğini belirttikten sonra, başvuru yazılarında uzmanların fikirleri dahil birçok ayrıntıya değinildiğini, gazetecilerin kamuyu bilgilendirmeden önce ciddi bir araştırma yaptıklarını, yazıların amacının ensest konusunu yargının nasıl ele aldığı konusunda kamuyu bilgilendirmek olduğu gerekçesiyle başvuruların ifade hürriyetine yapılan bu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığına karar vermiştir⁶⁴.

AİHM, mahkeme kararlarına uyulmaması nedeniyle ifade hürriyetine müdahale edilmesi konusundaki değerlendirmesini ise, Steel ve Diğerleri/İngiltere davasında yapmıştır. Başvurucu, altmış arkadaşıyla birlikte tilki avını protesto etmek için avcılarının önüne geçmiş ve onların ateş etmelerini engellemiştir. Başvurucunun kendisi toplum huzurunu bozmaktan dolayı İngiliz mahkemelerince oniki ay süreyle bu tür gösterilere

⁶⁴ De Haes ve Gijssels/Belçika, 19983/92, 24.02.1997; nakleden Macovei (2003:76-77).

katılmaktan yasaklanmış ve para cezasına çarptırılmıştır. Ancak mahkemece verilen bu yasağa uymayı kabul etmediği için cezası hapse çevrilmiştir. Bunun üzerine AİHM'ye başvurarak ifade hürriyetine yapılan bu müdahalenin sözleşmeye aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Davayı inceleyen AİHM, mahkemenin yasaklamasına rağmen başvurusunun bu tür davranışlarının sürdürme niyetini açığa vurması karşısında mahkeme kararlarına saygıyı sağlamak için yapılan bu müdahalenin sözleşmeye aykırı olmadığına karar vermiştir⁶⁵.

4.3.2.2. *İfade Hürriyetinin Başkalarının Şöhret ve Haklarının Korunması*

Amacıyla Sınırlanması

Sözleşmenin 10/2 maddesinde belirtilen sınırlama nedenlerinden bir tanesi de başkalarının şöhret ve haklarının korunmasıdır. Sözleşme bu nedene dayanılarak ifade hürriyetinin sınırlandırılması konusunda herhangi bir ayırım yapmamışsa da AİHM bu konuda vermiş olduğu kararlarında, ifade hürriyetinin bu amaçla sınırlanmasını kamu görevlileri ve politikacılar açısından daha dar tutmuştur. Politikacı ve kamu görevlilerinin daha fazla eleştiriye açık olmaları gerektiği şeklindeki bu içtihatlar, politik konular ve kamu hizmetlerinin yerine getirilmesiyle ilgilidir. Özel yaşama saygı bakımından bu sıfattaki insanlar da toplumdaki diğer insanlarla eşit bir şekilde bu korunmadan yararlanmaktadırlar.

Politikacılar ve kamu görevlilerinin şöhret ve haklarının korunması konusundaki ilkeler esas itibariyle Lingens/Avusturya davasında ortaya konmuştur. Avusturyalı bir gazeteci olan Lingens bir dergideki yazısında, Federal Şansölyenin, geçmişinde nazi faaliyetleriyle ilgisi bulunduğu bilinen bir parti lideriyle koalisyon kurmaya çalıştığını söyleyerek federal şansölye için “vakarsız”; davranışları için de “ahlaka aykırı”, “en adi

⁶⁵ Steel ve Diğerleri/İngiltere, 24838/94, 23.09.1998; nakleden Ünal (1995:267).

fırsatçılık” ifadelerini kullanması nedeniyle Avusturya mahkemelerince cezalandırılmıştır. Bu mahkumiyet kararının ifade hürriyetine haksız bir müdahale olduğunu ileri süren başvuru davayı AİHM’ye taşımıştır. Başvuruyu inceleyen AİHM, başvurucaunun bu ifadelerinden dolayı mahkum edilmesini sözleşmeye aykırı bulmuş ve bu konuda bazı değerlendirmeler yapmıştır. Mahkemeye göre, ifade hürriyeti demokratik toplumun en önemli temellerinden biridir. İfade hürriyeti sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız yada ilgilenmeye değmez haber ve fikirlere uygulanmamalıdır. Toplumun çoğunluğuna ters gelen ya da rahatsız edici haber ve fikirler de ifade hürriyeti kapsamındadır. Basın söz konusu olduğunda ifade hürriyeti özel bir önem arz etmektedir. Basın diğer fonksiyonlarının yanında siyasi liderlerin fikirleri ve davranışları hakkında halkın bilgi sahibi olmasını sağlayan en iyi araçlardan bir tanesidir. Sözleşme boyunca öne çıkan demokratik toplum kavramının özünü siyasi tartışma hürriyeti teşkil ettiğinden kabul edilebilir eleştirilerin sınırları özel kişilere nazaran politikacılar için daha geniştir. Özel kişilerin aksine politikacılar kaçınılmaz olarak ve bilerek söz ve fiillerini hem gazetecilerin hem de halkın tetkikine açtıklarından eleştirilere daha fazla tolerans göstermek zorundadırlar. Ancak onlar bu sıfatlarıyla bile şöhretlerinin ve haklarının korunması bakımından 10/2 maddedeki korumadan yararlanırlar. Fakat böyle bir durumda bu korumanın gerekleriyle siyasi konuların alenen tartışılmasının yararları arasındaki denge gözetilmelidir⁶⁶.

Bir politikacının özel yaşamına ilişkin olarak yapılan yayınlar söz konusu olduğunda politikacıların şöhret ve haklarının korunması gerekir. AİHM, Tammer/Estonya davasında, bir siyasi partinin mensubu ve İç işleri bakan yardımcısı

⁶⁶ Lingens/Avusturya, 9815/82, 24.06.1986. Kararın Türkçe çevrisi için Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü (2002:115-134).

olan bayanın, kocasının eski ailesinin parçalanmasındaki rolü nedeniyle yapılan yayınların kamuyu ilgilendirmedeği için ifade hürriyeti kapsamında korunmayacağı belirtilmiştir⁶⁷.

AİHM kamu görevlilerinin şöhret ve haklarının korunması amacıyla ifade hürriyetinin sınırlandırılması konusunu ise, Thorgeirson/İzlanda davasında değerlendirmiştir. Bu davaya konu olay, bir yazarın, polisin ülkedeki tutumunu vahşilik ve kabalık olarak niteleyen makalelerinden dolayı polise hakaretten yargılanarak mahkum olmasıdır. Başvuru üzerine davayı inceleyen AİHM, başvuranın mahkumiyetini sözleşmeye aykırı bulmuştur. AİHM'ye göre, başvuran öncelikle basın aracılığıyla kamuyu yakından ilgilendiren bir konuda görüşlerini açıklayarak ifade hürriyetini kullanmıştır. Kamusal sorunların serbestçe tartışılması, demokratik toplumun temel özelliklerinden bir tanesi olması nedeniyle halkın bu konular bakımından bilgilendirilmesi basının önemli fonksiyonlarından biridir. Davaya konu olayda başvurucunun amacı, tüm polis teşkilatının şöhretine zarar vermek değildir. Başvurucunun amacı, bireysel birkaç olaydan hareketle polisin bu alandaki sorumluluğunu tartışmaya açmaktır. Bu nedenle başvuru hakkında verilen mahkumiyet kararı kamuyu ilgilendiren sorunlarla ilgili açık tartışma yapma cesaretini kırııcı bir nitelik arz ettiğinden yapılan müdahale meşru amaçla orantılı değildir⁶⁸.

AİHM, Thorgeirson davasına benzer bir dava olan Nilsen ve Jonsen/Norveç davasında ise daha farklı değerlendirmelerde bulunmuştur. Bu davanın konusu, bir ceza hukuku profesörü olan Anders Brotholm'ün polisin şiddete başvurması konusundaki çalışmalarını “polis şiddete başvurması” adlı bir kitapla yayınlamasından sonra Norveç

⁶⁷ Tammer/Estonya, 41205/98, 06.02. 2001; nakleden Macovei (2003: 67).

⁶⁸ Thorgeirson/İzlanda, 13778/88, 25.06.1992; nakleden Sunay (2001:95-96).

ve Bergen polis derneklerinin başkanları olan başvurucuların bu çalışmaya “polise zarar vermeyi amaçlayan katıksız bir yanlış bilgilendirme”, “kasıtlı bir yalan” vs. ifadeler kullanmak suretiyle tepki göstermeleri sonucunda cezalandırılmasıdır. Başvurucuların bu ifadelerinden dolayı cezalandırılması, AİHM tarafından sözleşmeye aykırı bulunmuştur. Mahkemeye göre, yayınlanan araştırmada kullanılan ifadeler oldukça sert ve aşağılayıcı olduğundan bunlara verilen cevapları da bu çerçevede düşünmek gerekir. Bu gibi tartışmalarda her iki tarafın şöhreti de tehlike altında olmakla birlikte, kullanılan ifadelerdeki aşırılık hoş görülmemelidir. Araştırmada kullanılan üslup ile araştırmaya verilen cevaptaki üslup mukayese edilmeyecektir. Bu nedenle araştırmacının şöhret ve haklarının korunması amacıyla başvurucuların ifade hürriyetine sınırlama getirmek sözleşmeye aykırıdır⁶⁹.

4.3.3. *Demokratik Toplumda Gerekli Olma*

İfade hürriyetine yapılan müdahaleler, demokratik toplum⁷⁰ düzeninin korunması bakımından gerekli olmalıdır. Sözleşmenin 10/2 maddesindeki bu koşul, sözleşmede düzenlenen diğer haklar bakımından da söz konusudur. Ancak sözleşme bize demokratik toplumun gereklerinin ne olduğu konusunda herhangi bir şey söylememektedir. İfade hürriyetinin sınırlamakta kullanılacak olan bu koşul da tıpkı diğer koşullar gibi öncelikle taraf devletlerin takdirine bırakılmıştır. Taraf devletlerin bu konudaki takdir yetkileri ise mutlak olmayıp AİHM’nin denetimine tabidir. Sözleşmenin bu kavramı tanımlamamış olmasının bir diğer nedeni de bağlayıcı tanımlardan uzak durarak hem insan haklarının dinamikliğine hizmet etmek, hem de sözleşme metnini daha uzun ömürlü kılmak olarak düşünülebilir.

⁶⁹ Nilsen ve Jonsen/Norveç, 23118/93, 25.11.1999. Kararın Türkçe çevrisi için Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü (2002:409-452).

⁷⁰“Demokrasi” ve “demokratik toplum”la ilgili geniş bilgi için Bkz. Turhan (1991: 410-411).

Kavramların sözleşme tarafından tanımlanmamış olması, onların geniş biçimde yorumlanması sonucunu doğurursa ifade hürriyetine yapılacak müdahalelerin de alanı genişlemiş olacaktır. Bu bakımdan sözleşme organlarının uygulamaları da göz önüne alınarak bu kavramlar dar yorumlanmalıdır.

Sözleşmenin başlangıcında sözleşmeyle garantiye alınan hakların ancak demokratik bir toplumda var olup korunabilecekleri belirtilmektedir. Yıldız (1998:186)'a göre, sözleşmedeki haklar bakımından böylesine önemli bir yere sahip olan demokratik toplum kavramına sözleşme sisteminde iki önemli fonksiyon yüklendiği görülmektedir. Bunlardan ilki, sözleşmedeki hakların yorumu konusundaki yönlendiricilik fonksiyonu, diğeri ise temel hakların sınırlanmasındaki son ölçü olma fonksiyonudur. Bahsedilen bu iki fonksiyon aynı zamanda sınırlamaların sınırını göstermektedir.

AİHM önüne gelen davalarda, demokratik toplum kavramını tanımlamak yerine onun unsurlarından bahsetmektedir. Mahkeme Handyside/İngiltere kararında;

ifade hürriyeti toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturur. İfade hürriyeti onuncu maddenin sınırları içinde sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen haber düşünceler için değil, ama ayrıca devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar çoğulculuğun, hoşgörü ve açık fikirliliğin gerekleridir. Bunlar olmaksızın demokratik toplum

olmaz. Bu demektir ki başka şeyler bir yana bu alanda getirilen her formalite, koşul, yasak ve ceza meşru amaçla orantılı olmalıdır⁷¹.

demek suretiyle demokratik toplumun unsurlarının çoğulculuk, hoşgörü, açık fikirlilik ve ölçülülük (orantısallık) olduğunu belirtmiştir.

Mahkeme, demokratik toplumun zorunlu unsurları olarak ifade ettiği bu kavramlara da genel bir tanım getirmemiş ve bu kavramların her somut olay bakımından yorumlanması gerekliliğini benimsemiştir. Mahkeme ifade hürriyetine yapılan bir müdahalenin demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşıp bağdaşmadığını denetlerken, somut olayın bütün özelliklerini göz önüne alarak değerlendirme yapmaktadır. Şener/Türkiye davasında mahkeme, bu husustaki denetim yetkisini kullanırken davaya konu olayların bir bütün olarak ele alınmasını, yapılan müdahalenin meşru amaçla orantılı olup olmadığı ve ulusal otoriteler tarafından yapılan müdahaleyi savunmak için gösterilen nedenlerin ilgili ve yeterli olup olmadığının tespit edilmesi gerektiğini söylemiştir⁷².

Yapılan müdahalenin, demokratik toplum düzeninin gerekleri bakımından meşru olması için aynı zamanda ölçülülük ilkesinin de mevcut olması gerekmektedir. Ölçülülük ilkesi, amaç- araç dengesini ifade etmektedir. İfade hürriyetinin sınırlanması bakımından amaç, sözleşmenin 10/2. maddesinde belirtilen amaçlardır. Araç ise, bu amaçların gerçekleşebilmesi için ifade hürriyetine yapılan bir müdahaledir. Yani ulusal yasalarda yer alan yaptırımlardır. Hedeflenen amacın gerçekleşmesi ile seçilen aracın birbirleriyle orantılı olmaları gerekir. Hedeflenen amacın tazminat ödettirilerek gerçekleştirilme imkanı varsa, ilgiliye hapis ya da para cezası verilmesi halinde bu ilke ihlal edilmiş

⁷¹ Handyside/İngiltere, 5493/72, 07.12.1976. kararın Türkçe çevrisi için Bkz. Doğru (2002: 158-177).

⁷² Şener/Türkiye, 26680/95, 18.07.2000. Kararın Türkçe çevrisi için Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü (2002:499-516).

olacaktır. Ölçülülük ilkesi bakımından da sözleşme taraf devletlere takdir payı tanınmaktadır. Ancak bu takdir hakkı da denetime tabidir. Şener kararında mahkeme, müdahalenin ölçülü olup olmadığını değerlendirilirken, verilen cezaların şiddetinin de dikkate alınması gerektiğini, hükümetlerin sahip oldukları hakim pozisyon nedeniyle kendilerine yapılan haksız eleştirilere cevap vermek için başka yollar varken cezai işlemlere başvurmaması gerektiğine işaret etmektedir. Mahkeme, yine ülkemizle ilgili olan Ekrem Pakdemirli kararında ise, başvuranın Cumhurbaşkanı'na hakaret nedeniyle mahkum edildiği tazminat miktarının yüksekliğini dikkate alarak, ifade hürriyetine yapılan bu müdahalenin ölçüsüz olduğunu dolayısıyla da demokratik toplumda gerekli olmadığını belirtmiştir⁷³.

AİHM demokratik bir toplumda gerekli olma kavramındaki “gerekli” sözcüğünün anlamını ise, Handyside/İngiltere davasında belirlemeye çalışmıştır. Mahkeme taraf devlet yetkililerinin, ülkelerinin esas güçleriyle doğrudan ve sürekli ilişki içinde olması nedeniyle yasak ve cezanın gerekliliği hakkında görüş bildirirken uluslararası bir hakimden daha iyi bir durumda olduklarına işaret ederek bu konudaki takdir yetkisini belirttikten sonra; sözleşmenin 10/2. maddesindeki “gerekli” sıfatının “zorunlu” sıfatıyla anlamdaş olmadığı gibi, “kabul edilebilir”, “olağan”, “makul”, “yararlı” ve “arzu edilen” sıfatlarının esnekliğine sahip olmadığını, bu sıfatın bir toplumsal ihtiyaç baskısının varlığına işaret ettiğini belirtmiştir⁷⁴.

Mahkemenin de belirttiği gibi, ifade hürriyetine yapılacak bir müdahalenin toplumsal ihtiyaç baskısının varlığından kaynaklanması gerekir. Toplumsal ihtiyaç baskısının varlığı, ancak somut olayların bir bütün içerisinde değerlendirilmesi

⁷³ Ekrem Pakdemirli/Türkiye, 35839/97, 22.02.2005.Kararın Türkçe çevrisi için Bkz. (<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmr/ekrempakdemirli.doc>).

⁷⁴ Handyside/İngiltere, 5493/72, 07.12.1976. kararın Türkçe çevrisi için Bkz. Doğru (2002: 158-177).

neticesinde anlaşılabilir. Mahkeme bu konuda yapmış olduğu değerlendirmelerde, demokratik toplumda bireyin amaç olma konumunu da göz önüne alarak hürriyet ve otorite arasında bir denge kurmaya çalışmaktadır. Wille/Liechtenstein davasında AİHM, demokratik toplumda gereklilik değerlendirmesini başvuran lehine yapmıştır. Davaya konu olayda idare mahkemesi başkanı olan başvuru, 1995 yılında bir araştırma kurumunca düzenlenen bir dizi konferans programı çerçevesinde “Liechtenstein Anayasa Mahkemesinin yapısı ve görevleri” konulu konferansta meclisle prens arasında bir anlaşmazlık olursa anayasayı yorumlama yetkisinin Anayasa Mahkemesinde olduğunu söylemiştir. Başvurucunun bu beyanları, bir gazetede yayınlanmış ve bunun üzerine Prens II. Hans Adam, başvurucuya bir mektup yazarak bu görüşleri nedeniyle kendisini, meclis veya hükümet önerse bile, bir kamu kurumunun başına atamayacağını söylemiştir. Başvuranın görevi 1997 yılında sona ermiş ve meclis başvurunu tekrar aynı göreve ataması için prene önermiştir. Ancak Prens, önceki görüşleri nedeniyle başvurunu bu göreve atamayacağını duyurmuştur. Başvuran ise Prens’in, kendisini söz konusu göreve atamayacağını duyurarak ifade hürriyetine müdahale ettiğini ve bu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığını ileri sürerek AİHM’ye başvurmuştur. Hükümet ise savunmasında bu müdahalenin amacının kamu düzenini korumak, toplumun istikrarını kuvvetlendirmek ve yargının bağımsızlığını sağlamak olduğunu söylemiştir. Mahkeme başvuranın görüşünü ülkedeki birçok kişinin paylaştığını, yapılan konuşma ile kimseye hakaret edilmediğini, başvuranın göreviyle ilgili olarak yakında başlayacak bir dava hakkında bilgi vermediğini bu nedenle de başvuranın ifade hürriyetine yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda zorunlu olmadığını söylemiştir⁷⁵.

⁷⁵ Wille/Liechtenstein, 28396/95, 28.10.1999. Kararın Türkçe çevrisi için Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü (2002:383-408).

Zana/Türkiye davasında ise mahkeme, başvuranın basına yaptığı bir konuşmada; silahlı terör örgütü PKK'nın şiddet eylemlerini kurtuluş mücadelesi olarak nitelendirmesi nedeniyle cezalandırılmasının, sarf edilen sözlerin PKK'nın işlediği cinayetlerin ardından ifade edilmesini de göz önüne alarak, başvuranın ifade hürriyetine yapılan müdahalenin zorunlu toplumsal bir ihtiyaçtan kaynaklandığını söylemiştir⁷⁶.

4.3.4. Kanunla Öngörölmüş Olma

İfade hürriyetine yapılan bir müdahalenin meşru olması için gerekli üçüncü koşul, yapılacak müdahalenin kanunla öngörölmüş olması gerekliliğidir. Sözleşmenin 9,10 ve 11. maddesinde düzenlenen hakların sınırlandırılmasıyla ilgili olarak “kanunca öngörölme” şartından bahsedilmişse de kanun kavramının tanımına ilişkin bir şey söylenmemektedir. Tıpkı diğer birçok kavramda olduğu gibi burada da sözleşme, kavramların yorumlanmasını ve somutlaştırılmasını önce taraf devletlere sonra da sözleşme organlarına bırakmış görünmektedir.

Müdahaleye temel oluşturan “kanun” kavramıyla, şekli- maddi kanun ayırımından hangisinin benimsendiği açık değildir (Sunay, 2001: 122). Ancak belirtmek gerekir ki, ister şekli ister maddi anlamda olsun böyle bir kanunun tüm bireylerce ulaşılabilir olması ve formüle edilişinden, bir hukukçunun yardımıyla olsa bile, belirli bir davranışın ne tür sonuçlar doğuracağıнын kestirilmesinin mümkün olması gerekir (Tezcan, Erdem ve Sancakdar, 2004: 264). AİHM Sunday Times/ İngiltere kararında kanun deyimini şu şekilde yorumlamıştır:

Hukuken öngörölmüş ifadesinden şu iki koşul ortaya çıkmaktadır.

Birincisi uygulanabilecek olan hukuk, yeterince ulaşılabilir olmalıdır.

⁷⁶ Zana/Türkiye, 18954/91, 25.11.1997. Kararın Türkçe çevrisi için Bkz. (<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmt/zana.htm>).

Eş deyişle, vatandaşlar belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmelidirler. İkincisi, vatandaşların davranışlarını düzenlemelerine olanak vermek için yeterli açıklıkta düzenlenmemiş bir norm hukuk kuralı olarak kabul edilmez. Vatandaşlar belirli bir eylemin gerektirdiği sonuçları, durumun makul saydığı ölçüde ve eğer gerekiyorsa uygun bir danışmayla önceden görebilmelidir. Bu sonuçların mutlak bir belirginlikle önceden görülebilir olması gerekmez. Çünkü tecrübeler bunun mümkün olmadığını göstermektedir. Belirgin olması daha çok arzu edilir. Ancak bu aşırı derecede bir katılığı beraberinde getirebilir. Oysa hukuk değişen koşullara ayak uydurabilmelidir. Bu nedenle bir çok yasa az ya da çok kaçınılmaz olarak muğlak terimlerle ifade edilir. Bunların yorumu ve uygulanması hukuk tatbikatının sorunudur⁷⁷.

Bu ifadelerden de anlaşıldığı üzere, “kanun” ya da “hukuken öngörölmüş olma” kavramlarından, müdahaleye temel teşkil eden kuralların ulaşılabilirlik ve anlaşılabilirlik özelliklerine sahip olması gerekmektedir. Bir kural, bu özellikleri taşıdıktan sonra onun kanun, yönetmelik vs. adlarla ifade edilmesi kanunilik şartının varlığını engellemez.

Mahkeme, Sunday Times davasında tespit ettiği ilkeler ışığında, Barthold/Almanya davasında; veteriner hekimler konseyinin veterinerlik mesleğiyle ilgili olarak çıkardığı tüzüğe dayanılarak ifade hürriyetine müdahale edilmesinde yapılan müdahalenin, kanunilik şartını taşıdığına hükmetmiştir⁷⁸. Mahkeme yine Sunday Times

⁷⁷Sunday Times/İngiltere, 6538/74, 26.04.1979. Kararın Türkçe çevrisi için Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü (2002:47-86).

⁷⁸Barthold/Almanya, 8734/79, 25.02.1985. Kararın Türkçe çevrisi için Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü (2002:87-114).

davasında ve Malone/İngiltere davasında; ulaşılabilirlik ve açıklık özelliğini taşıyan kuralların yazılı olması gerekliliğini de aramayarak, örf ve adet kurallarını da kanunilik şartı bakımından yeterli bulmuştur⁷⁹.

Özetle söylemek gerekirse, kanunilik şartının var sayılabilmesi için ifade hürriyetine müdahaleye esas teşkil eden kuralların ulaşılabilirlik ve açıklık şartlarını taşımaları yeterlidir. Bu şartlara sahip olmayan düzenlemelerin, adları ne olursa olsun, kanunilik şartı için yeterli olmaları mümkün değildir. Ancak belirtmek gerekir ki, ifade hürriyetine müdahale edilmesinde kullanılan araç, cezai müeyyide ise sözleşmenin 7. maddesi uyarınca burada iç hukuktaki kanun deyimine uygun bir düzenlemenin varlığı aranacaktır.

4.4. Türk Hukukunda İfade Hürriyeti ve Sınırları

4.4.1. 1982 Anayasasında İfade Hürriyeti ve Sınırları

4.4.1.1. 1982 Anayasasında İfade Hürriyeti

1982 Anayasası ifade hürriyetini, AİHS'deki sisteme benzer bir şekilde iki ayrı maddede düzenlemiştir. Anayasasının 25. maddesinde sözleşmenin 9. maddesinde olduğu gibi “düşünce ve kanaat hürriyeti”, 26. maddede ise, sözleşmenin 10. maddesine paralel olarak, “düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti”ne ilişkin esaslar belirlenmiştir⁸⁰.

⁷⁹ Malone/İngiltere, 8692/79, 02.08.1984. Kararın Türkçe çevrisi için Bkz. Doğru (2002:755-765).

⁸⁰ 1982 Anayasasının 26. maddesi son haliyle, “Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.

(Değişik: 3.10.2001-4709/9 md.) Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.

(Üçüncü fıkra mülga: 3.10.2001-4709/9 md.)

Sözleşmeden farklı olarak, din ve vicdan hürriyeti ifade hürriyetinden ayrı bir şekilde 24. maddede ele alınmıştır.

Sözleşmeyle olan bu benzerlik, söz konusu maddelerin içeriği yönünden de göze çarpmaktadır. Ancak sadece bu benzerliklerden yola çıkarak, Anayasamızın da ifade hürriyetine AİHS gibi yaklaştığını söylemeye imkan bulunmamaktadır. Her şeyden önce ifade hürriyeti bir bütün olarak kabul edilmemektedir. İfade hürriyetinin iki ayrı maddede birbirinden bağımsız hürriyetler gibi düzenlenmesine gerekçe olarak; düşünce ve kanaat hürriyetinin, düşünceyi açıklama hürriyetiyle bağlantılı olsa bile nitelikleri ve sonuçları bakımından birbirinden farklı olması gösterilmiştir. Madde gerekçesinden de anlaşılacağı üzere anayasayı hazırlayanlar esasen bir bütün olan ifade hürriyetini, birbirinden bağımsız iki hürriyet gibi düşünmüşlerdir. Bu anlayışa göre düşünce ve kanaat hürriyeti bir iç hürriyet olup, bu bakımdan anayasanın 13. maddesinde belirtilen genel sınırlamalar dışında herhangi bir sınırlamaya tabi değildir. Düşüncelerin dışa vurumu olan düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti ise, hem 13. maddedeki genel sınırlama nedenlerine hem de 26. maddedeki özel sınırlama nedenlerine dayanılarak sınırlanabilecektir. Sunay (2001: 31)'a göre, ifade hürriyetinin iki ayrı hürriyetmiş gibi ayrı maddede düzenlenmesinin diğer bir nedeni ise, Anayasa Mahkemesinin 1961 Anayasası döneminde vermiş olduğu kararlardan kaynaklanmaktadır.

Anayasanın, ifade hürriyetini iki ayrı maddede “düşünce ve kanaat hürriyeti” ve “düşünceyi açıklama hürriyeti” olarak ayrı ayrı ele alması, Erdem (1998: 29)'e göre, ifade hürriyetine yaklaşımının ilk olumsuz belirtisidir. Can (2003: 372)'a göre ise önemli

Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz.

(Ek: 3.10.2001-4709/9 md.) Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir.” şeklindedir.

olan, düşünce hürriyetinin, düşünceyi açıklama hürriyetinin temelini oluşturduğunun unutulmaması olup bu durum, bu konuda tek başına bir kanaat oluşturmamalıdır. İfade hürriyetinin kaç maddede düzenlendiğinden ziyade, Anayasanın bir bütün olarak hürriyetlere nasıl yaklaştığı ve Anayasanın nasıl yorumlandığı önemlidir. Gerçekten de 1961 Anayasasında⁸¹ ifade hürriyeti, “Düşünce Hürriyeti” başlığı altında tek maddede düzenlenmiş olmasına rağmen Anayasa Mahkemesi bu dönemde vermiş olduğu bir kararında; ifade hürriyetini bağımsız iki hürriyet şeklinde ele almıştır. Anayasa Mahkemesine göre, düşünce ve kanaat hürriyeti insanların en tabii haklarından biridir. Herkes istediği gibi düşünebilir ve istediği fikre inanabilir. Bu yönüyle kişilerin iç alemi kanununun müdahalesinin dışındadır. Fakat kişinin iç alanında kaldığı sürece mutlak ve sınırsız olan düşünce ve kanaat hürriyeti toplum hayatını ilgilendirdiği andan itibaren hukukun ve kanunun sahasına girer ve bazı sınırlamalara bağlanabilir⁸². Oysa Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasası döneminde vermiş olduğu bir kararında ise, düşüncelerin serbestçe oluşumunun ifade hürriyetinin bir başka yönünü oluşturduğunu belirterek, düşüncelerin serbestçe oluşabilmesi için radyo ve televizyon gibi etkili iletişim araçları üzerinde tek yönlü etkileme faaliyetlerinin gerçekleştirilmesini engelleyecek kanuni düzenlemelerin yapılması gerektiğini söylemiştir⁸³.

Bu kararlardan da anlaşılacağı gibi anayasanın yorumu, metnin gerekçesinin aksine, söz konusu hürriyetin olumlu ya da olumsuz biçimde ele alınabildiğini göstermektedir. Sunay (2001: 31)’ın da işaret ettiği gibi önemli olan ifade hürriyetinin

⁸¹ 1961 Anayasasının “Düşünce Hürriyeti” başlıklı 20. maddesi şu şekildedir: “Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir; düşünce ve kanaatlarını söz, yazı, resim ile veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklayabilir ve yayabilir.

Kimse, düşünce ve kanaatlarını açıklamaya zorlanamaz”.

⁸² AYMK, E.1963/16, K.1963/83, 08.04.1963. Kararın tam metni için Bkz.

(<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1963/K1963-083.htm>).

⁸³ AYMK, E.1989/9, K.1990/8, 18.05.1990. Kararın tam metni için Bkz.

(<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1990/K1990-08.htm>).

kaç maddede düzenlendiği değil, bu hürriyetin düşüncenin oluşum süreci de dahil olmak üzere, kanaat hürriyeti ve düşüncüyü açıklama hürriyetini de kapsayan bir bütün olarak kabul edilmesidir..

AİHS basın, bilim ve sanat hürriyetlerini ayrı bir düzenlemeye tabi tutmayarak hepsini 10. maddenin kapsamında mütalaa etmektedir. 1982 Anayasası ifade hürriyetini, düşünce ve kanaat hürriyeti ve düşüncüyü açıklama hürriyeti gibi ikili bir ayrıma tuttuktan sonra düşüncüyü açıklama hürriyetinin uzantısı sayılabilecek şekilde basın hürriyeti ve bilim sanat hürriyetine de yer vermiştir.

4.4.1.2. 1982 Anayasasında İfade Hürriyetinin Sınırlanması

Diğer Anayasalarımızda olduğu gibi, 1982 Anayasası da ifade hürriyetini sınırlı bir hürriyet olarak düzenlemiştir. İfade hürriyetinin sınırlandırılması, Anayasamız bakımından sadece 26. maddede sayılan nedenlere bağlı değildir. Anayasamız daha bir çok yerde ifade hürriyetini sınırlandıran hükümler içermektedir. İfade hürriyetinin sınırlanması, AİHS açısından, sadece ifade hürriyetinin kullanılış biçimine ilişkin olmasına rağmen Anayasamız, ifadeyi içerik olarak da sınırlamaktadır.

Anayasanın 26/2. maddesinde, Sözleşmenin 10/2 maddesine paralel şekilde, ifade hürriyetinin hangi nedenlerle sınırlandırılacağı hükme bağlanmış, üçüncü fıkrada ise düşüncelerin açıklanması konusunda sözleşmede benzeri olmayan bir dil şartı getirilmiştir. Anayasada, düşüncelerin açıklanması veya yayılmasında kanunla yasaklanmış olan dillerin kullanılmayacağı ve bu yasağa aykırı olarak yapılan yayınların toplanacağı öngörülmüştür. Bu kısıtlama bakımından resmi yada özel alan ayrımı da yapılmamıştır. Oysa resmi makamlarla olan ilişkilerde resmi dilin kullanılması şart ise de, özel alanda hangi dilin kullanılacağı devlet müdahalesinin dışında kalması gereken bir

konudur⁸⁴. Sözleşmenin 10/1. maddesinde ve AİHM kararlarında ifade hürriyetinin sınırlar ötesi olduğunun belirtilmesi karşısında, Anayasadaki bu dil sınırlamasının ifade hürriyetine getirilmiş gereksiz bir sınırlama olduğu söylenebilir. Nitekim AB'ye uyum sürecinde yapılan anayasa değişikliği sırasında ifade hürriyetine getirilen dil kısıtlaması kaldırılmıştır.

26. maddenin 3 ve 4. fıkralarında 4709⁸⁵ sayılı yasa ile olumlu değişiklikler yapılmıştır. Ancak yine bu yasayla, ikinci fıkrada gösterilen sınırlama sebeplerine “cumhuriyetin temel niteliklerinin korunması” gibi geniş ölçüde ifade hürriyetini sınırlandırmaya yönelik belirsiz bir neden eklenmesi ise bu olumlu değişime gölge düşürmüştür.

İfade hürriyetinin sınırlandırılması, 26. maddedeki düzenleme ile sınırlı değildir. 26. maddedeki özel sınırlama nedenleri ile birlikte Anayasanın 13. maddesinde de genel sınırlama nedenleri olarak bir takım nedenlere yer verilmiştir. Bu maddede genel sınırlama nedeni olarak belirtilen “devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğü, milli egemenlik, genel asayiş, ...” in korunması tüm hürriyetlerin sınırlaması bakımından kullanılabilir bir özelliğe sahiptir. Bu madde hürriyetlerin sınırlandırılması için genel sebeplerle birlikte sınırlamaların sınırı da gösterilmiştir. 13. maddeye göre, temel ve hak ve hürriyetlere getirilecek genel ve özel sınırlamalar demokratik toplumun gereklerine aykırı olamazlar ve öngörülükleri amaç dışında kullanılamazlar. 13. madde hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlandırabileceğini de hükme bağlayarak yasama tasarrufu

⁸⁴ AİHM dil konusunda resmi ve özel alan ayrımı yapılması gerektiğini söylemektedir. Mahkemenin bu konudaki değerlendirmeleri için Bkz. Belçika Dil Davası, 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, 23.07.1968; nakleden Sunay (2001: 45-46).

⁸⁵ 4709 sayılı yasa ile yapılan değişikliklerle ilgili ayrıntı değerlendirmeler için Bkz. Gözler (2001:53-67).

dışındaki düzenleyici işlemlerle hak ve hürriyetlere sınırlama getirilmesinin de önüne geçmiştir.

13. maddenin ikinci fıkrasında ise sözleşmenin 10/2. maddesindeki benzer bir şekilde sınırlamanın sınırı gösterilmiştir. 13/2. maddeye göre, “sınırlamanın sınırı” demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama ve sınırlama nedenlerinin öngörüldüğü amaç dışında kullanılmamasıdır. Madde gerekçesinden demokratik düzeninin gerekleri ölçütünün, 1961 Anayasasının kabul ettiği “öze dokunmama” ölçütünden daha belirgin ve uygulamasının daha kolay olduğu belirtilmiştir. Madde metninde açıkça orantılılık ilkesinden bahsedilmemiş olmakla birlikte gerekçede, amaç ve sınırlama orantısının korunması gerekliliğine işaret edilmiştir.

Sözleşmenin 10/2. maddesinde sınırlamanın sınırı olarak gösterilen demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünün Anayasanın 13. maddesinde de öngörülmüş olması bizdeki uygulamanın da AİHM’dekine benzer olduğunu söylemek için yeterli değildir. AİHM demokratik toplumun unsurlarını; demokratik “çoğulculuk”, “hoşgörü”, “açık fikirlilik” ve “ölçülülük (orantısallık)” olarak belirlemiş⁸⁶ olmasına karşın Anayasa Mahkemesi değişmez ve belli bir demokratik toplum anlayışı ortaya koyamamıştır. Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında, demokratik toplum düzeniyle Anayasa’da belirtilen hürriyetçi demokrasi ve bunun gerekleriyle belirlenen hukuk düzeni anlaşılması gerektiğini söyleyerek evrensel ilkelerden uzak milli bir demokrasi tanımlı yapmıştır⁸⁷. Anayasa Mahkemesi daha sonraki bazı kararlarında ise, “...Anayasamız hürriyetlere saygılı olunmasını istemekle yetinmemiş, bunların kullanılması sağlayacak önlemler alınmasını devletin temel amaç ve görevleri arasında

⁸⁶ Handyside/İngiltere, 5493/72, 07.12.1976. kararın Türkçe çevirisi için Bkz. Doğru (2002: 158-177).

⁸⁷ AYMK, E.1985/21, K.1986/23, 06.10.1986. Kararın tam metni için Bkz.

(<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1986/K1986-23.htm>).

saymak suretiyle hürriyetçi bir görüşü benimsemiştir” şeklinde değerlendirmelerde bulunarak, AIHM’nin yorumlarına yakın bir değerlendirme yapmışsa da bu konuda istikrarlı bir ölçü tutturamamıştır⁸⁸.

4709 sayılı yasayla 13. maddedeki genel sınırlama nedenleri kaldırılmış ve sınırlamalarda uyulması gereken “öze dokunmama”⁸⁹ ölçütü yeniden Anayasaya girmiştir. Ayrıca madde gerekçesinde belirtilen “ölçülülük ilkesi” de açıkça metne dahil edilmiştir.

Anayasanın 15. maddesinde ise sözleşmenin 17. maddesiyle paralel şekilde hak ve hürriyetlerin durdurulmasından bahsedilmektedir. Bu maddeye göre, savaş ve seferberlik hallerinde, uluslararası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, temel hak ve hürriyetler kısmen yahut tamamen durdurulabilir. Ayrıca hak ve hürriyetlerin sınırlanması bakımından belirtilen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir. Bu maddeyle hak ve hürriyetlerin durdurulmasının sınırı, ölçülülük ve uluslararası hukuktan doğan yükümlülükler olarak belirlenmiştir. Bu düzenlemeyle temel hak ve hürriyetleri sınırlamanın en son sınırı, dolaylı olarak AIHS çerçevesinde belirlenmektedir.

Belirtilen bu sınırlamalar dışında Anayasada doğrudan ifade hürriyetinin içeriğine yönelik sınırlamalar da vardır. AIHS çerçevesinde ifade hürriyetinin sınırlandırılmasının içerik yönüyle değil de açıklanış biçimi bakımından olduğu göz önüne alındığında, içerikle ilgili sınırlamaların varlığı devletin ideolojik bir yapıya sahip olduğunun göstergesidir. Anayasaya hakim olan resmi ideolojinin açıklandığı başlangıç kısmının

⁸⁸ AYMK, E.1985/8, K.1986/27, 26.11.1986. Kararın tam metni için Bkz.

(<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1986/K1986-27.htm>).

⁸⁹ Gözler (2001:57)’e göre, “hakın özü” kriterine geri dönmüş olması bir talihsizliktir. Çünkü, “hakın özü” kriteri, belirgin bir kriter değildir. Hakın özü neresidir; “öz” olmayan ve dolayısıyla sınırlanabilecek olan kısmı neresidir? Bu iki kısım birbirinden nasıl ayrılabilir. Bunu objektif olarak tespit etmek, tanımlamak imkansızdır.

(Can, 2003: 387) 5. paragrafındaki⁹⁰ düzenleme ifade hürriyetine getirilmiş bir içerik kısıtlamasıdır. Bu düzenleme ile ifade edilen düşüncelere içerik yönünden devletin farklı bir yaklaşım sergileyeceği belirtilmiştir (Can, 2003: 390). Bu düzenleme karşısında, belirtilen resmi ideolojiye aykırı fikirler, başka sınırlama nedeni olmasa bile, sırf içeriklerinden dolayı sınırlandırılabilirlerdir. Sunay (2001: 36)'a göre, İfade edilen fikir ve düşünceler arasında bu tür bir farklılığın gözetilmesi çoğulculuğu engelleyici niteliktedir. İfade hürriyetinin ifade edilen fikirlerin içeriği nedeniyle sınırlanması, AİHS'ye aykırı olduğundan AB'ye uyum sağlanabilmesi için 4709 sayılı yasayla yapılan değişiklikler sırasında 5. paragrafta da düzenlemeye gidilerek, “hiçbir düşünce ve mülahazanın” ibaresi metinden çıkartılarak, bunun yerine “hiçbir faaliyetin” ibaresi metne dahil edilmiştir. Can (2000: 506-508)'a göre yapılan bu düzenlemeyle, “ayrıcalıklı düşünce” anlayışına son verilerek düşünce hürriyeti önündeki önemli bir engel kaldırılmışsa da, düşünceyi açıklama hürriyeti ve anayasadaki diğer hürriyetler açısından olumsuz bir durum oluşturulmuştur.

Diğer bir içerik kısıtlaması ise Anayasanın 14. maddesinde düzenlenmiştir. Anayasanın 14. maddesine göre, diğer hürriyetler gibi ifade hürriyeti de bazı amaçlara yönelik olarak kullanılması halinde başka hiçbir şart aranmaksızın sınırlandırılabilir. Bu madde ile düşüncenin açıklanmasına çok net bir şekilde içerik sınırlaması getirilmiştir (Beydoğan, 2003: 128). 4709 sayılı yasayla yapılan değişiklikle maddede sayılan kötüye kullanım amacının faaliyetle yapılması gerektiği metne dahil edilerek ifade hürriyeti bakımından olumlu bir düzenlemeye gidilmiştir.

⁹⁰ 1982 Anayasasının başlangıç kısmının 5. paragrafı önceki haliyle: “Hiçbir düşünce ve mülahazanın Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında koruma göremeyeceği ve laiklik ilkesinin gereği kutsal din duygularının, devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı;” şeklindeydi.

4.4.2. İfade Hürriyetinin Kanunlarla Sınırlanması

Türk hukukunda, ifade hürriyeti genellikle cezai tedbirlerle sınırlanmış olduğundan, ifade hürriyetinin sınırlarının belirlenmesi için bu yasal düzenlemelere değinmek gerekecektir. Bu yasal düzenlemelerden ifade hürriyetine müdahale için en sık başvurulanları ise, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)'nun 159, 312. maddeleri ile Terörle Mücadele Kanunu (TMK)'nun 6 ve 8. maddeleridir⁹¹. 5237 sayılı yasa ile 765 sayılı TCK yürürlükten kaldırılarak 159 ve 312. maddelerin yerine 301, 215 ve 216. maddeler getirilmiştir. 765 sayılı TCK ve TMK'daki düzenlemelerin gerek yapılarından gerekse uygulanmasından kaynaklanan bir takım aksaklıklar nedeniyle ülkemiz AİHM'de mahkum olmaktadır. Bu nedenle bu yasa maddeleri üzerinde durmak faydalı olacaktır.

4.4.2.1. Türk Ceza Kanunu 301. Madde

5237 sayılı TCK'nın 301. maddesi Türklüğü, Cumhuriyeti, Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM)'ni, hükümeti, yargı organlarını, askeri ve emniyet teşkilatını alenen aşağılamayı ceza tehdidiyle yaptırıma bağlamıştır. Bu suç, "devletin egemenlik alametlerine ve organlarının saygınlığına karşı suçlar" bölümünde yer almaktadır. Yeni TCK'nın 301. maddesi, 765 sayılı TCK'nın 159. maddesinin⁹² karşılığıdır. Bu

⁹¹ Hukuk sistemimizde ifade hürriyetini sınırlayan diğer yasal düzenlemelere örnek olarak; 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu ve 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu sayılabilir.

⁹² 765 sayılı TCK'nın 159. maddesi önceki haliyle şu şekilde idi: "(Değişik: 235 - 5.1.1961) Türklüğü, Cumhuriyeti, Büyük Millet Meclisini, Hükümetin manevi şahsiyetini, Bakanlıkları, Devletin askerî veya emniyet muhafaza kuvvetlerini veya Adliyenin manevi şahsiyetini alenen tahrir ve tezyif edenler (Değişik ibare: 4744 - 6.2.2002 / m.1) "(Değişik ibare: 4963 - 30.7.2003 / m.1) "altı aydan" üç seneye kadar hapis" cezası ile cezalandırılırlar.

Birinci fıkrada beyan olunan cürümlerin irtikâbında muhatap sarahaten zikredilmemiş olsa bile onlara matufiyetinde tereddüt edilmeyecek derecede karineler varsa tecavüz sarahaten vukubulmuş addolunur. Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına veya Büyük Millet Meclisi Kararlarına alenen sövenler (Değişik ibare: 4744 - 6.2.2002 / m.1) "15 günden 6 aya kadar hapis" cezası ile cezalandırılır. Türklüğü tahkir yabancı memlekette bir Türk tarafından işlenirse verilecek ceza üçte birden yarıya kadar artırılır.

(Ek fıkra: 4771 - 3.8.2002 / m.2 a) Birinci fıkrada sayılan organları veya kurumları tahkir ve tezyif kastı bulunmaksızın, sadece eleştirmek maksadıyla yapılan yazılı, sözlü veya görüntülü düşünce açıklamaları

düzenlemenin kaynağı ise 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu 123 ve 126. maddeleridir. Benzer düzenlemeler Belçika, Almanya ve İspanya Ceza Kanunlarında da yer almaktadır (Odyakmaz, 1999: 484).

Madde, devletin egemenlik alametleri ve organlarının saygınlığına karşın suçlar bölümünde düzenlenmiş olmakla birlikte maddenin içeriğinden, korumanın kapsamının daha geniş olduğu görülmektedir. Devletin egemenlik alametleri dendiğinde aklımıza bayrak, milli marş, para gibi devlet olmanın olmazsa olmazları olan unsurlar gelmektedir. Devletin organlarıysa genel olarak yasama, yürütme ve yargı erkleriyle bunları oluşturan diğer kurumlardır. Oysa 301. maddede “Türklüğü aşağılamak” da suç sayılarak koruma alanına devletin egemenlik alametleri ve organları dışında başka değerlerin de dahil edildiği görülmektedir. TCK’nın, “Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin kurum ve organlarını aşağılama” başlıklı 301.maddesi şu şekildedir:

MADDE 301. – (1) Türklüğü, Cumhuriyeti veya Türkiye Büyük Millet Meclisini alenen aşağılayan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini, Devletin yargı organlarını, askerî veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (3) Türklüğü aşağılamanın yabancı bir ülkede bir Türk vatandaşı tarafından işlenmesi hâlinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır. (4) Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.

301. maddenin amacı, bir kısım devlet organları ile devlet şeklinin ve Türklüğün saygınlığının korunmasıdır. Korunan bu değerler maddede Türklük, Cumhuriyet, TBMM, Hükümet, yargı organları, askeri ve emniyet teşkilatları olarak sayılmıştır. Bunlar

cezayı gerektirmez. (Değişik son fıkra: 4963 - 30.7.2003 / m.1) Tahkir, tezyif ve sövme kastı bulunmaksızın, sadece eleştirmek maksadıyla yapılan düşünce açıklamaları cezayı gerektirmez.”

dışındaki devlet kurumları veya değerler aşağılandığında maddedeki suçun oluşması mümkün değildir.

Maddede geçen Türklük deyiimiyle, yasanın gerekçesinde de belirtildiği üzere, dünyanın neresinde yaşarsa yaşasınlar Türklere has müşterek kültürün ortaya çıkardığı ortak varlık ifade edilmektedir. Bu varlık Türk Milleti kavramından daha geniştir. Bu yönüyle maddedeki Türklük deyiimi evrensel bir kavramdır. Ülkenin sınırları dışında yaşayan Türklerin oluşturduğu kültürü de kapsamakta olup, Türkiye Cumhuriyeti Vatandaşlığından daha geniş bir anlama sahiptir. Bu bakımdan Türklerin ulusal dili, dini duyguları ve inançları bu kavram içinde düşünülebilir (Malkoç ve Güler, 1999: 1231). Ancak Yargıtay'ın, 159. madde dönemindeki kararlarında Türklük kavramını maddede öngörüldüğü biçimden daha farklı anladığı gözükmektedir. Yargıtay, bu madde döneminde vermiş olduğu bir kararda; sanığın öğrenciler arasında çıkan bir çatışma nedeniyle polis aracına bindirildiği sırada “Kahrolsun Türkiye” şeklinde bağırması olayında, Türkiye deyiminden Türklüğü kastettiğini söyleyerek sanığın cezalandırılması gerektiğini söylemiştir⁹³. Bu suçun oluşabilmesi için genel olarak Türklüğün aşağılanması gerekir. Yoksa fert olarak bir Türk'ün aşağılanması bu suçun oluşması için yeterli değildir.

Yasama organı olan TBMM de bu maddeyle korunan kurumların başında gelmektedir. Maddenin uygulanması bakımından TBMM bir bütün halinde düşünülmelidir. Tek tek veya heyet halindeki üyelere veya komisyonlara karşı yapılan eylemlere bu madde uygulanamaz.

⁹³ 9. C.D., E.1980/1281, K.1980/2368, 28.05.1980. Kararın özeti için Bkz. Yargıtay Kararlarında İfade Hürriyeti (2003:105).

Cumhuriyet deyiimiyle kastedilen ise, Türkiye Cumhuriyeti Devletidir. Madde bakımından cumhuriyet, sadece Türkiye Devletinin şekli olması nedeniyle bir koruma görmektedir. Cumhuriyet bir kurum olarak korunmamaktadır.⁹⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YCGK)'na göre de, maddedeki cumhuriyet deyiimiyle Türkiye Devletinin şeklinden bahsedilmektedir. Bu madde bakımından devlet ile cumhuriyet eş anlamlı olarak düşünölmelidir. Ancak devlet kurumlarında çalışan kişilerin korunması bu madde kapsamında değerlendirilmez. Devlet kurumlarında görev alan bazı kamu görevlilerinin eylem ve faaliyetlerine dikkat çekilerek, “devletin mafyalaştığı” şeklinde sözler sarf edilmesi, cumhuriyeti aşğılamaya yönelik olarak değerlendirilemez⁹⁵. Hükümet kelimesi, hem dar hem de geniş anlamda kullanılabilir. Dar anlamda hükümet deyiminden, bakanlar kurulu anlaşılırken; geniş anlamda hükümet deyiminden ise devletin yürütme gücünün bir parçası olan tüm organlar akla gelmektedir. Maddenin metninden de anlaşılacağı üzere bu madde kapsamında korumaya alınan organ, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti yani Bakanlar Kurulu'dur. Bu bakımdan Bakanlar Kurulu dışında kalan kuruluşlar ile Bakanlar Kurulunun üyeleri olan Başbakan ve Bakanlar, maddenin uygulanması bakımından, hükümet deyiminin kapsamında düşünölmemelidir. Benzer durum hükümeti oluşturan parti ya da partiler için de söz konusudur (Beydoğan, 2003: 148).

765 sayılı TCK'nın 159. maddesinde “hükümetin manevi şahsiyetini tahkir”den söz edilmekte iken, yeni TCK'nın 301. maddesinde manevi şahsiyet ibaresine yer verilmemiştir. 159. maddedeki manevi şahsiyet deyiimi, tüzel kişilikle aynı anlamda değildir. Çünkü hükümet tek başına bir tüzel kişiliğe sahip olmayıp, devlet tüzel

⁹⁴ Farklı görüş için bkz. Erem (1993: 142-143).

⁹⁵ YCGK, E.1998/9-70, K.1998/1562, 04.11.1998. Kararın özeti için Bkz. Yargıtay Kararlarında İfade Hürriyeti (2003:70-75).

kişiliğinin bir organıdır. O halde manevi şahsiyet, devlet gücünü kullanan bu kuruma duyulması gereken saygıyı ifade etmek amacıyla icat edilmiş olan sembolik bir kişiliktir. Odyakmaz (1999: 512-515)'a göre, esasen hükümetin manevi bir şahsiyeti yoktur ve bu tabir durumu zihinlerde büyütme ve suçun niteliği ve kapsamı hakkında zihinleri karıştırmaktan başka bir işe de yaramamaktadır.

Devletin yargı organlarından maksat ise, Anayasamızın 9. maddesinde belirtildiği üzere yargı yetkisini kullanan bağımsız mahkemelerdir. Genel mahkemeler, idari ve askeri mahkemelerle Anayasada sayılan yüksek mahkemeler maddenin koruması kapsamındadır. Ayrıca cumhuriyet savcılığı teşkilatının da bu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir (Malkoç ve Güler, 1999: 1232). Ancak belirtmek gerekir ki, yargılama yetkisini kullanmadığı halde, yargı mensupları üzerinde geniş idari yetkileri bulunan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK)'nın bu kapsamda değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu suçun oluşabilmesi için yargı organlarının bir kurum olarak hedef alınması gerekir; yoksa yargı yetkisini kullanan bir hakime ya da hakimler heyetine yönelik eylemler, bu suçu oluşturmazlar; fakat bu tür eylemler genel hakaret suçu kapsamında değerlendirilebilir. Yine yargı erk ve organlarıyla bir ilişkisi olmadığı halde kendi mensupları hakkında soruşturma işlemi yapan kurullar da yargı organı olarak kabul edilemezler.

Madde kapsamındaki devletin askeri ve emniyet teşkilatlarından ise, Türk Silahlı Kuvvetleri ile polis teşkilatını anlamak gerekir. Ayrıca Milli İstihbarat Teşkilatı (MİT) de bu kavrama dahildir. Bu teşkilatları aşağılamak, maddedeki suçu oluşturacaktır. Ancak rütbesi ve görevi ne olursa olsun bir komutana karşı yapılmış olan fiil bu maddedeki suçu oluşturmayacaktır (Erem, 1993: 144). Aynı şekilde belli bir askeri birlik veya emniyet

birimine yönelik eylemler de bu suç oluşturmaz. Bu konuya ilişkin olarak yargı kararları arasında bir birlik bulunduğunu söylemek zordur. Yargıtay vermiş olduğu bir kararında; sanığın bir polis memuru ve inzibat eriyle tartıştıktan sonra genel olarak polise ve askere sövmesini, bu eylemin olayın akışı içinde tartışmış olduğu görevlilere yönelik olduğunu söyleyerek askeri ve emniyet teşkilatını aşağılamanın söz konusu olmadığına karar vermiştir⁹⁶. Ceza Genel Kurulu ise, bu içtihadın aksi yönünde bir karar vererek; askerlik yaptığı birlikteki subaylara hakaret eden sanığın, devletin askeri teşkilatını aşağıladığına hükmetmiştir⁹⁷.

301. maddedeki suçun maddi unsuru maddede sayılan değer veya kurumları aşağılamaktır. 5237 sayılı yasanın 301. maddesi, 765 sayılı yasanın 159.maddesinden farklı olarak sadece aşağılamak deyimini kullanmış ve 159. maddedeki “tahkir” ve “tezyif” kavramlarındaki gibi ikili bir ayrıma gitmemiştir. 301. maddenin gerekçesinde aşağılamak, suçun konusunu oluşturan değer ve kurumların saygınlığını azaltmaya yönelik davranışlar olarak ifade edilmiştir. Maddedeki aşağılamak deyimini, genel hakaret ve sövme suçundan farklı bir husus değildir. Bu nedenle bu değer ve kurumlara yönelik olarak gerçekleştirilen sövgü ve saygınlık azaltıcı ifadeler, aşağılama olarak nitelendirilmelidir.

Yeni yasada tahkir ve tezyif deyimlerine yer verilmemesi, suç sayılan eylemin kapsamının daraltıldığı anlamına gelmez. Çünkü aşağılama kavramı tahkir ve tezyif deyimlerini de kapsayıcı bir özelliktedir. Yargıtay uygulaması da bu görüşü destekler niteliktedir. Yargıtay 159. maddeyle ilgili olarak vermiş olduğu bir kararında; tahkir ve tezyiften maksadın 159. maddede yazılı kurumlara karşı saygı eksikliği, gösterilmesi

⁹⁶ 9. C.D., E.1983/688, K.1983/826, 18.03.1983. Kararın özeti için Bkz. Yargıtay Kararlarında İfade Hürriyeti (2003:107).

⁹⁷ YCGK, E.1983/9-482, K.1983/18, 31.01.1983. Kararın özeti için Bkz. Malkoç ve Güler (1999:1237).

gereken saygı vazifesinin ihlali, ortak saygı duygusunun incitilmesi olduğunu belirtmiştir⁹⁸.

Suçun oluşabilmesi için aşağılamanın huzurda veya gıyapta yapılmış olması önemli değildir. Ancak maddede sayılan kurumlardan hükümet hariç, diğerlerinin huzurda aşağılanması mümkün gözükmemektedir. Hükümetin (Bakanlar Kurulu) huzurda aşağılanması halinde ise eylem hem resmi kurula karşı hakaret suçunu, hem de hükümeti aşağılamak suçunu oluşturabilecektir. Böyle bir durumda hükümeti aşağılamak suçu daha özel bir hüküm olması sebebiyle uygulama yeri bulacaktır. Aşağılamanın huzurda veya gıyapta yapılmasının önemli olmadığı gibi belli bir şekilde yapılması şartı da aranmamaktadır. Aşağılama söz, yazı, resim veya başka bir şekilde gerçekleştirilebilir.

Suçun oluşabilmesi için sayılan değer ve kurumlara yönelik aşağılamanın alenen yapılması gerekmektedir. Aleniyet şartı hem 301. madde bakımından, hem de 159. madde bakımından geçerlidir. Ancak her iki madde de aleniyet kavramını tanımlamamıştır. Kelime olarak açıkça anlamına gelen alenen deyimini, doktrinde (Önder, 1994a: 246), “birçok kimsenin failin hareketini algılayabilme imkanının mevcut olduğu durum” olarak tanımlanmaktadır. Bu tanıma göre, sadece failin davranışının birçok kişi tarafından algılanabilme ihtimalinin varlığı aleniyet şartının gerçekleşmesine yeterli olmayacaktır. Aleniyetin gerçekleşebilmesi için çok sayıda kişinin aşağılamayı algılayabilmelerini sağlayacak elverişli bir vasıtanın kullanılması ve ortamın da buna elverişli olması gereklidir. Böyle bir durumda aşağılanma, bir çok kimse tarafından algılanmasa bile aleniyet şartı gerçekleşmiş olacaktır. Yargıtay ise aleniyet şartının gerçekleşmesi bakımından, suçun herkesin algılayabileceği bir ortamda işlenmesini yeterli kabul ederek, eylemin başkaları tarafından algılanabilmesi için elverişli bir

⁹⁸ 1. C.D., E.1967/2581, K.1967/2718, 09.11.1967; nakleden Odyakmaz (1999:519).

vasıtanın kullanılması gerekliliğini aramamıştır. Ceza Genel Kurulu konuyla ilgili olarak vermiş olduğu bir kararında; otobüs içerisinde yan yana oturan erlerin kendi aralarındaki sohbette askerlik yapmış oldukları birlikteki subaylar hakkında yapmış oldukları yerici konuşmaları, sadece ön koltukta oturan ve özel bir ilgiyle sanıkları dinleyen bir subayın duyması halinde bile konuşmanın otobüsteki diğer yolculardan herhangi biri tarafından duyulmamış olmasının, aleniyeti ortadan kaldırmadığına karar vermiştir⁹⁹. Görüldüğü gibi Yargıtay bu olayda, yapılan eylemin birçok kişi tarafından algılanabilme ihtimalini yeterli görerek kullanılan aracın elverişliliğini (ses tonunun diğer kimseler tarafından duyulmaya müsait olup olmadığını) aramamıştır. Ancak Yargıtay daha sonraki bir kararında elverişlilik unsurunu benimsemiş gözükmektedir. 1992 yılında vermiş olduğu bir kararında; olay yeri olan tarlanın ıssız bir yer olması durumunda sarf edilen sözlerin algılanabilirliği ortadan kalkacağı için aleniyet unsurunun oluşmayacağını belirtmiştir¹⁰⁰.

Aleniyet ve ihtilat kavramları zaman zaman birbirleriyle karıştırılabilmektedir. İhtilat, sarf edilen sözlerin veya yapılan davranışın ikiden fazla kimse yani en az üç kişi tarafından algılanmış olmasıdır. Bu kişiler failin davranışını algılayamamışsa suç oluşmayacaktır. Ancak aleniyetin oluşması için failin davranışının algılanmaya elverişli olması yeterlidir. Ayrıca algılanmış olması gerekmemektedir. Şahıslardan birinin yaş küçüklüğü ya da akıl hastalığı sebebiyle failin eylemini algılayamayacak durumda olması halinde ihtilat unsuru gerçekleşmeyecektir (Önder, 1994a: 233).

Aleniyetin varlığı kadar fail tarafından istenmiş olması da gereklidir. Aleniyetin failin istemi dışında ortaya çıkması durumunda faile ceza verilmesi mümkün değildir.

⁹⁹YCGK, E.1983/9-482, K.1983/18, 31.01.1983. Kararın özeti için Bkz. Malkoç ve Güler (1999:1237).

¹⁰⁰ 2. C.D., E.1992/276, K.1992/859, 29.01.1992. Kararın özeti için Bkz. Erdurak (1994:901).

Yargıtay da bu görüş doğrultusunda hareket ederek, bir kimsenin açmaya yetkili olmadığı bir mektubu açması durumunda aleniyetin oluşmayacağına hükmetmiştir¹⁰¹.

Aleniyetin suçun unsuru mu yoksa cezalandırma şartı mı olduğu konusunda da tartışmalar bulunmaktadır. Bir anlayışa göre aleniyet, suçun bir unsuru olmayıp cezalandırma şartıdır. Bu anlayışa göre aleniyetin yokluğu suçun oluşumuna engel değildir. Ancak aleniyet yoksa faile ceza verilmeyecektir. Soyaslan (1997: 666)'a göre ise aleniyet, cezalandırma şartı olmayıp suçun unsurudur. Aleniyetin unsur sayılmasının doğal sonucu da suçun oluşabilmesi için failin fiili alenen yaptığını bilmesi gerekliliğidir.

Aleniyet, neşirle (yazıyla) işlenen eylemlerde de söz konusu olabilir. Ancak neşir vasıtasıyla gerçekleştirilen her eylemin aleni olduğunu söylemek mümkün değildir. Neşirle yapılan eylem, çok kişiye ulaşmaya elverişli ise aleniyet gerçekleşmiştir. Aleniyetle neşir kavramları bir arada bulunabilirlerse de aynı anlamda değildirler. Aleniyette geçicilik, neşirde ise, isnat yazıyla tespit edilmiş olduğundan, bir devamlılık söz konusudur (Erem ve Toroslu, 1994: 496).

TCK'nın 301. maddesinde düzenlenen suç, kasıtlı işlenebilen bir suçtur. Maddede sayılan değer ve kurumlar bilinerek ve istenerek aşağılanmalıdır. Yani suçun manevi unsuru kasttır. Kasttan başka bir kusurluluk hali suçun oluşumu için yeterli değildir. Kast, suçun kanuni tanımındaki eylemlerin bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. 765 sayılı yasa döneminde bu suçun oluşması için özel kastın aranıp aranmayacağı konusunda doktrinde ve yargı kararlarında tartışmalar yapılmıştır. Odyakmaz (1999: 534)'a göre, bu suçun oluşabilmesi için failde söz konusu kurum ve değerleri tahkir ve tezyif özel kastı bulunmalıdır. Failde tahkir ve tezyif kastı yoksa faile ceza verilemez. Bunun aksini kabul etmek tenkit, mizah ve şakanın cezalandırılması sonucunu

¹⁰¹ 1. C.D., E.1964/380, K.1964/1225, 12.06.1964; nakleden Odyakmaz (1999:533).

doğurabilecektir. Erem (1993: 146)'e göre ise, suçun düzenlendiği maddede suçun özel kasıtlı işlenmesi gerektiğine dair bir işaret bulunmamaktadır. Suçun oluşabilmesi için özel kastın bulunması gerektiği durumlarda kanun bundan açıkça bahsetmiştir. Bu nedenle suçun oluşabilmesi için genel kastın yeterli olduğunu kabul etmek gerekir. Yargıtay ise, bu görüşlerden birincisiyle aynı doğrultuda karar vererek; TCK'nın 159. maddesinde öngörülen suçun oluşabilmesi için tahkir ve tezyif özel kastının bulunması gerektiğini, sanıkta bu özel kastın bulunmaması halinde sanığın cezalandırılmayacağına hükmetmiştir¹⁰². Yeni ceza kanunu, bu suçun oluşması için özel kastın gerekip gerekmediği tartışmalarına, 301. maddesinin son fıkrasında “eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz” demek suretiyle son vermiştir.

03/08/2002 tarih ve 4771 sayılı yasanın ikinci maddesi ile 765 sayılı TCK'nın 159. maddesine “birinci fıkrada sayılan kurumları tahkir ve tezyif kastı bulunmaksızın sadece eleştirmek maksadıyla yapılan yazılı, sözlü veya görüntülü düşünce açıklamaları cezayı gerektirmez” fıkrası eklenmek suretiyle 159. maddedeki suçun oluşabilmesi için özel kastın bulunması gerekip gerekmediği tartışmalarına son verilmiştir. Bu yasayla birlikte Türklüğü, Cumhuriyeti, Hükümeti, TBMM'yi, bakanlıkları, güvenlik güçlerini ve yargı organlarını tahkir ve tezyif kastı olmaksızın sadece eleştirmek amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç olmaktan çıkarılmıştır. TCK 159. madde anlamında ifade hürriyetinin kapsamını genişleten bu yasadan sonra ise 07/08/2003 tarih ve 4963 sayılı yasanın 1. maddesiyle 4771 sayılı yasayla 159. maddeye eklenen fıkranın kapsamına 159. maddedeki diğer kurumlar da dahil edilerek ifade hürriyetinin sınırları biraz daha genişletilmiştir. Bu yasayla ayrıca 159. maddedeki cezanın alt sınırı bir seneden altı aya indirilmiş ancak cezanın üst sınırında herhangi bir indirim yapılmamıştır. Beydoğan

¹⁰² 9. C.D., E.1991/2719, K.1991/2939, 10.07.1991. Kararın özeti için Bkz. Erdurak (1994:288).

(2003: 161)'a göre maddedeki cezanın üst sınırında bir indirim yapılmaksızın sadece alt sınırının indirilmesi bir anlam ifade etmemektedir. Fakat uygulamada bütün suçlar bakımından genellikle faile alt sınırdan ceza verildiği göz önüne alınınca bu değişikliğin de ifade hürriyetinin genişletilmesi yönünde bir iyileştirme olduğunu söylemek mümkündür.

Maddede sayılan değer ve kurumlara yapılan her türlü saygısızlığı, nezaketsizliği ya da kabalığı aşağılama olarak değerlendirmek doğru değildir. Söz konusu kurumları aşağılamakla, demokratik toplumlarda bir hak olan yorum ve eleştiriye birbirinden ayırmak gerekir. Bu kurum ve değerlere yönelik her türlü yorum ve eleştiriye suç sayıp cezalandırmak, demokratik toplum gerekleriyle bağdaşmaz. Yorum ve eleştiri, bir konuyla ilgili olarak inanç ve değer yargılarının ifade edilmesidir. Eleştiri hakkı demokrasilerin işleyişi ve iktidarın kamuoyu tarafından denetlenebilmesi için gereklidir.

Yargıtay TCK'nın 159. maddesinin uygulanması bakımından aşağılama (tahkir) ve eleştiri arasındaki ayrımı, 1983 tarihli bir kararında ortaya koymuş bulunmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK)'na göre, her okuyan ve dinleyenin zihninde gerçek bir kuşku ve tepki uyandıracak yanlış bir yorum ve anlayışa imkan sağlayacak zamansız, yersiz, haksız ve çok ağır hakaret içeren beyanlar aşağılama sayılmalıdır. Genel kurul aşağılama sayılabilecek düşünce açıklamalarının özelliklerini bu şekilde belirledikten sonra; bir Milli Eğitim Bakanının henüz somut bir icraatı yokken yayınlamış olduğu bir genelgeye dayanılarak, Atatürk İlkelerine ve demokratik düzene aykırı davrandığı izlenimini oluşturarak onun demokrasi, halk, okuma, kitap vs. düşmanı olduğunun kamuoyuna ilan edilmesini aşağılama olarak nitelendirmiştir¹⁰³. Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise, 1998 tarihinde vermiş olduğu bir kararında; aşağılama ile eleştiri kavramları

¹⁰³ YHGK, E.1979/4-1871, K.1983/121, 09.02.1983; nakleden Sunay (2001:160-161).

arasındaki ayrımı somut ifadelere dayanarak ortaya koymuştur. Mahkemeye göre “mafyalanmış devlet”, “kaba kuvvetin hakim olduğu devlet”, “Latin Amerika ülkesi olmuş devlet”, “cinayet işleyen devlet”, “suçluları yönetici yapan devlet”, “serveti koruyan devlet” şeklindeki sözler, tahkir ve tezyif niteliğinde olmayıp ağır eleştiri sayılmalıdır. Mahkeme yapmış olduğu bu değerlendirmelere paralel olarak insan hakları derneği başkanı olan sanığın, “Susurluk olayı” olarak bilinen olaydan sonra devletin mafyalanmış, mafyanın devletleştiği şeklindeki sözleriyle devletin varlığını oluşturan kurullarda görev yapan bazı kişilerin eylem ve konumlarına dikkat çektiğini ve bu ifadelerin eleştiri niteliğinde olduğuna karar vermiştir¹⁰⁴. Yargıtay’a göre, bu konuda değerlendirme yapılırken sarf edilen sözler bir bütün halinde değerlendirilmelidir. Konuşmanın içerisindeki bazı sözcüklerin tek tek ele alınarak bu sözcüklere olumsuz anlamları açısından bakılmak suretiyle yapılan bir değerlendirme isabetli olmayacaktır¹⁰⁵.

TCK’nın 159. maddesindeki suçun kovuşturulması Adalet Bakanlığının iznine bağlı iken 5237 sayılı yasa ile bu izin şartı kaldırılmış ve bu suçun soruşturulması bakımından siyasi mülahazalarla hareket edilebilme ihtimali ortadan kaldırılmıştır.

4.4.2.2. *Türk Ceza Kanunu 215. Madde*

“Suçu ve suçluyu övme” başlıklı 215. madde 765 sayılı TCK’nın 312/1. maddesine paralel bir düzenlemedir. 312/1. maddede “cürm”ün övülmesinden bahsedilmişse de yeni TCK, suçlardaki cürüm ve kabahat ayrımını kaldırdığından 215. maddede sadece suçun ve suçlunun övülmesinden bahsedilmekte olup maddenin metni;

¹⁰⁴ YCGK, E.1998/9-70, K.1998/1562, 04.11.1998. Kararın özeti için Bkz. Yargıtay Kararlarında İfade Hürriyeti (2003:70-75).

¹⁰⁵ YCGK, E.1989/9-63, K.1989/165, 24.04.1989. Kararın özeti için Bkz. Yargıtay Kararlarında İfade Hürriyeti (2003:52-54).

“İşlenmiş olan bir suçu veya işlemiş olduğu suçtan dolayı bir kişiyi alenen öven kimse, iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” şeklindedir.

Maddedeki suç tipinin kaynağı İtalyan ceza kanununun 247. maddesidir. Bu suç tipi sadece kaynak yasada değil başka isimler altında neredeyse tüm ceza yasalarında bulunmaktadır (Önder, 1994b: 396).

Suç tipinin amacı, suçun ve suçlunun övülmesini önlemek suretiyle kamu düzeninin korunmasıdır. Suçun ve suçlunun övülmesinin serbest olduğu bir hukuk düzeni bulunmadığı gibi bunların övülmesinin serbest olduğu bir ortamda da kamu düzeninden bahsedilemez. Özek (1967: 449)’e göre, suçun övülmesinin, suç olarak kabulü mantık gereğidir. Çünkü bir suçun cezalandırılmasındaki amaç o suçun övülmesinde de mevcuttur. Övme suç olarak kabul edilmezse esas suçun cezalandırılmasından beklenen yarar ve etki ortadan kalkacaktır. Başka bir deyimle suçu övme bir suç olarak kabul edilince, esas suçun cezalandırılmasından beklenen yararlar artacak ve cezanın etkisi kuvvetlenmiş olacaktır.

Suç ve suçluyu övme şekli bir suç olup, icra hareketlerinin yapılması yani övmenin gerçekleşmesiyle suç tamamlanmış olacaktır. Ayrıca övülen suçun bir başkası tarafından işlenmiş olması gerekmez.

Suçun maddi unsuru, işlenmiş olan bir suçu veya işlemiş olduğu suçtan dolayı bir kişiyi alenen övmektir. 765 sayılı yasanın 312/1. maddesi cürmün övülmesini suç sayarken 5237 sayılı TCK’da suçların cürüm ve kabahat olarak ayrı iki gruba ayrılmasına son verildiğinden, 215. madde yalnızca suçun övülmesinden bahsetmektedir. Suç, kanunların cezai bir yaptırıma tabi tuttuğu eylemlerdir. Ancak buradaki suç deyimini dar olarak yorumlanmalı ve bu maddenin uygulaması bakımından sadece adli ve idari cezayı

gerektiren fiillerin bu kavrama dahil oldukları kabul edilmelidir. Disiplin suçlarını bu gruba dahil etmek, amacı aşan bir uygulama olacaktır. 312/1. maddede olduğu gibi, 215. maddede övülen suçun taksirli veya kasıtlı olması konusunda bir ayırım gözetmemektedir. Bu nedenle doktrinde taksirli suçların madde kapsamında olup olmadığı yönünde tartışmalar yapılmaktadır. Yazarlardan bir kısmı (Erem ve Toroslu, 1994: 231), suç övmenin suça dolayısıyla tahrik niteliğinde olduğunu, ancak taksirli suçların nitelikleri gereği böyle bir tahrik neticesinde işlenmelerinin mümkün olmadığını savunurken, bu görüşün aksini savunanlar ise kanunun suç deyimini kullandığını, taksirli veya kasti suç ayırımı yapmadığını belirterek taksirli suçlarda taksiri meydana getiren davranışların iradi olduğunu bu davranışlardan sakınılması hususundaki dikkat ve özenin sarsılmasına neden olarak taksirli suçların övülmesinin de bu madde kapsamında suç teşkil edeceğini belirtmektedirler (Bayraktar, 1977: 213). Maddenin ifadesinde teorik olarak taksirli suçların övülmesinin de, suç olabileceği düşünülebilirse de taksirin mahiyeti gereği taksirli suçların övülmesi uygulama bakımından suçun oluşması için yeterli olmayacaktır.

Övmeye konu olan suçun işlenmiş olması gerekip gerekmediği konusunda 765 yasa zamanında tartışmalar yapılmışsa da 5237 sayılı yasada övülen suçun işlenmiş olması gerektiği açıkça vurgulanarak, bu konudaki tartışmalara son verilmiştir. Ancak işlenmiş suçtan maksat tamamlanmış suç değildir. Övülen suçun teşebbüs aşamasında kalması halinde de övme suçu oluşacaktır. Suçlunun övülmesinde ise kişinin işlemiş olduğu suçtan dolayı övülmesi yani işlenen suçun onaylanarak, kişinin bu suçtan dolayı takdir edilmesi söz konusudur. Kişinin işlemiş olduğu suçtan dolayı mahkum olması şart değildir. Sadece övme fiilinin kişinin suç teşkil eden eylemi nedeniyle yapılması

yeterlidir. 312. maddede failin bir cürmü iyi gördüğünü söylemesi de, suç sayılırken yeni yasada bu hüküm yer almamıştır.

Övme deyiminden maksat, yasaca suç sayılan bir fiili veya işlediği bir suçtan dolayı suçluyu açık ya da örtülü bir şekilde tasvip etmek ve yüceltmektir. Övme, suçun ya da işlediği suçtan dolayı suçlunun onaylanmasıdır. Başka bir ifade ile övme, başkalarını suç işlemeye dolayısıyla tahrik etmektir (Erem ve Toroslu, 1994: 230). Yani övme suretiyle hukuka uygun olmayan bir fiilin doğruluğu ve haklılığı konusunda kişilerde bir kanaat oluşturulmaya çalışılmaktadır. Yargıtay'a göre, failin suç teşkil eden fiilini beğendiğini söylemesi ya da bu fiili başkalarına beğendirmeye çalışması suçun veya suçlunun övülmesi olarak değerlendirilmelidir¹⁰⁶.

Suç ve suçluyu övme, kasten işlenilebilen bir suçtur. Bu suçun taksirle işlenmesi söz konusu değildir. Ancak bu suçun oluşabilmesi için özel bir kasıt aranmayıp genel kast yeterli görülmektedir.

4.4.2.3. Türk Ceza Kanunu 216. Madde

TCK'nın 216. maddesi de tıpkı 215. madde gibi 765 sayılı TCK'nın 312/2¹⁰⁷ maddesinin yeni yasaya yansımış halidir. Ceza kanununun, kamu barışına karşı suçlar bölümünde yer alan ve "Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama" başlığını taşıyan 216. maddesi şöyledir:

¹⁰⁶ 3. C.D., E.1972/173, K.1972/180, 03.05.1972; nakleden Önder (1994b:401).

¹⁰⁷ Son haliyle 312. madde; "(Değişik: 4744 - 6.2.2002 / m.2) Bir cürmü alenen öven veya iyi gördüğünü söyleyen veya halkı kanuna uymamaya tahrik eden kimseye altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir.

Sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığına dayanarak, halkı birbirine karşı kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde düşmanlığa veya kin beslemeye alenen tahrik eden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

Halkın bir kısmını aşağılayıcı ve insan onurunu zedeleyecek bir şekilde tahkir eden kimseye de birinci fıkradaki ceza verilir.

Yukarıdaki fıkralarda yazılı suçlar 311 inci maddenin ikinci fıkrasında belirtilen araçlar veya şekillerle işlendiğinde verilecek cezalar bir katı oranında artırılır" şeklindedir.

MADDE 216. – (1) Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Halkın bir kesiminin benimsediği dinî değerleri alenen aşağılayan kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması hâlinde, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Bu maddedeki suçun amacı da, 215. maddedeki suç ve suçluyu övme suçu gibi, kamu düzenini korumaktır.

5237 sayılı TCK'nın 216. maddesi bünyesinde dolaylı tahrik suçu olarak nitelendirilebilecek iki tip suça yer vermiştir. Bunlardan bir tanesi halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu diğeri ise halkın bir kesiminin aşağılanması suçudur.

216/1. maddede düzenlenen halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu; halkın sosyal sınıf, ırk din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesiminin diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa tahrik edilmesini cezalandırmaktadır. Eski 312. maddeden farklı olarak bu suçun oluşabilmesi için tahrikin alenen yapılması ve bu tahrik neticesinde kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması gerekir.

Madde “kin ve düşmanlığa tahrik”ten bahsettiği için kin ve düşmanlığın birlikte bulunması şarttır. Madde gerekçesinde kin, öç almayı gerektirecek şiddetli düşmanlık hareketlerinin zeminini oluşturan psikolojik bir hal olarak tanımlanmıştır. Düşmanlık ise, husumet beslenen konuya karşı düşünerek ve tasarlayarak zarar vermeye ve onu mağlup

etmeye yönelmiş kin duygusu olarak ifade edilmiştir. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere düşmanlığın, kini de kapsadığı açıktır. Kanunun bu şekilde, kin ve düşmanlıktan birlikte bahsedilerek düzenlenmesi, bizim hukukumuzda özgü bir durumdur. Çünkü suçun oluşumu için biri (kin), bir diğèrinin (düşmanlık) unsuru olan iki kavramı birlikte aramak gereksiz bir ifade biçimidir. Bu nedendir ki, Alman hukukunda 1960 yılına kadar “şiddet eylemlerine tahrik” ifadesi kullanılırken bu tarihten sonra kin veya düşmanlık ayrı ayrı belirtilerek ilgili madde yeniden düzenlenmiştir. Aynı şekilde Avusturya hukukunda da kinden hiç bahsedilmeyerek “düşmanca hareketler” deyimini kullanılmıştır (Önder, 1994b: 414).

Kışkırtma anlamına gelen tahrik deyiminin gerekçede tanımı yapılmamış ancak tahrikin; soyut saygısızlık ve reddin ötesinde, bir halk kesimine karşı düşmanca tavırlar gösterilmesini sağlamaya veya bu tür tavırları pekiştirmeye objektif olarak elverişli olması gerektiği belirtilmiştir. Bu nedenle kin ve düşmanlık düzeyine varmayan ancak sınıfları birbirine karşı kışkırtan ifadeler suç olarak değerlendirilemez. Yargıtay konuyla ilgili olarak vermiş olduğu bir kararında; İran’daki İslam devrimini öven sanığın bir yazıda, İran İslam Cumhuriyeti karşıtlarını kafir olarak nitelendirmesi şeklindeki eyleminin halkı sınıf, ırk, din, mezhep ve bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik etmek suçunu oluşturmadığına karar vermiştir. Bu kararda ayrıca; belli görüşteki kişi, sınıf ve gruplara karşı dostça olmayan her düşünce açıklamasının, kin ve düşmanlığa tahrik suçunu oluşturmayacağına işaret edilmiştir¹⁰⁸.

¹⁰⁸ 8. C.D., E.1989/9668, K.1989/3475, 21.04.1989. Kararın özeti için Bkz. Yargıtay Kararlarında İfade Hürriyeti (2003:117-119).

Kin ve düşmanlığa tahrik sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılıklarından en az birine dayanılarak ve bu kesimleri karşı karşıya getirmek amacıyla gerçekleştirilmelidir. Tahrikin aynı sosyal sınıf, aynı din, aynı mezhep ya da aynı bölgeye mensup olup da farklı görüşlere sahip olanlar arasında yapılması halinde “suç ve ceza da kanunilik” ilkesi gereği suç oluşmayacaktır. Aynı şekilde farklı sınıflar arasında kin ve düşmanlığı tahrik etmeden, devlet idaresinin uygulamalarını ağır şekilde de olsa eleştirmek, bu madde bakımından suç teşkil etmez. Halkı devlete karşı kin ve düşmanlığa tahrik etmek de, bu madde kapsamında cezalandırılmaz. Ancak 312. madde yürürlükteyken kin ve düşmanlığa tahrik suçunun kapsamı, siyasal düzenle bir biçimde uyuşmayan tüm düşüncelerin ifadesini cezalandıracak kadar geniş tutulmuştur. Bu dönemdeki Yargıtay kararlarında, devlet uygulamalarının eleştirilmesi ya da laiklikle uyuşmayan düşünce açıklamaların cezalandırıldığı görülmektedir. Yüksek Mahkeme bir kararında; bir gazetenin sorumlu yazı işleri müdürü olan sanığın “devlet Silopi ve Derik’e kurşun yağdırdı” başlıklı yazıda, “Gerillalar (PKK’lı teröristleri kastediyor) gece devletin kurumlarına baskın düzenledi. O sırada devlet güçleri hiçbir ateş açmadı gerilla çekildikten sonra devlet bu sefer ortalığa rasgele ateş açtı. Bütün evleri arayan askerler baskında bulduklarını götürdüler. Devlet hayvanlarımızı bile öldürdü. Canlı ne buldularsa öldürdüler” şeklindeki ifadeleriyle yöre halkını etnik köken ve bölge ayrımı gözeterek devlete karşı kin ve düşmanlığa tahrik etmek suçundan cezalandırılmasına karar vermiştir¹⁰⁹. Yargıtay vermiş olduğu bu kararlar kanunilik ilkesine aykırı hareket ederek 312. maddedeki suçun kapsamını genişletmiştir. Çünkü 312/2. madde yalnızca sosyal

¹⁰⁹ 8. C.D., E.1994/6163, K.1994/7188, 10.06.1994. Kararın özeti için Bkz. Yargıtay Kararlarında İfade Hürriyeti (2003:134-135).

sınıf, ırk, din, mezhep veya bölgesel farklılıklara dayalı olarak halkın bir kesiminin bir başka kesime karşı kin ve düşmanlığa tahrikini suç saymıştır. Oysa bu kararlar halkın devlete karşı kin ve düşmanlığa tahrik edilmesi cezalandırılmıştır. Bu karardaki hukuka aykırılık, söz konusu ifadelerin cezalandırılıp cezalandırılmamasından ziyade sanığın bu maddeye göre cezalandırılmaması gerektiği yönündedir.

Yargıtay laiklik uygulamalarının eleştirisiyle ilgili olarak vermiş olduğu bir kararında ise; 28 Şubat diye bilinen süreçte yürürlüğe konan kesintisiz sekiz yıllık eğitimi, “kesin dinsiz eğitim” olarak niteleyip Kuran kursu ve İmam Hatip Liselerine bazı kısıtlamalar getirilmesini ve Sincan’da tankların yürütülmesini sert bir şekilde eleştiren sanığın, halkın masum din duygularını alet ederek onları yönetenlere ve orduya karşı alenen tahrik ettiği için TCK 312. maddesi uyarınca cezalandırılmasını onamıştır¹¹⁰. Bu karara bakıldığında yine kanunilik ilkesinin ihlal edildiği ve suçun kapsamını genişleten hukuka aykırı bir yorum yapıldığı görülmektedir. Laiklik uygulaması ile ilgili başka bir kararda ise önceki kararlarından farklı olarak; sanığın, radyoda yapmış olduğu bir konuşmasında toplum ve devlet yaşamına şeriat kurallarının egemen olması isteğini dile getirmesinde 312/2. maddedeki suçun oluşmadığına karar verilmiştir¹¹¹.

216/1. maddeye göre, kin ve düşmanlığa tahrik suçunun oluşabilmesi için gerekli bir diğer şart, bu tahrik sonucu kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin¹¹² ortaya çıkması gerekliliğidir. Madde metninde bu husus “açık ve yakın tehlike” şeklinde belirtilmese de bu paralelde bir şartın varlığı bu suçun amacı bakımından gereklidir. Tahrikin kamu düzenini bozmaya elverişli olmadığı halde cezalandırılması, ifade

¹¹⁰ 8. C.D., E.1999/7181, K.1999/10820, 24.06.1999. Kararın özeti için Bkz. Yargıtay Kararlarında İfade Hürriyeti (2003:217-219).

¹¹¹ 8. C.D., E.2002/10522, K.2002/10422, 11.11.2002.Kararın özeti için Bkz. Yargıtay Kararlarında İfade Hürriyeti (2003:261).

¹¹² “Açık ve Yakın Tehlike” ölçütü hakkında daha geniş bilgi için Bkz. Arslan (2003: 49-66).

hürriyetini önemli ölçüde kısıtlayacaktır. 312. maddede bu husus kanunun ilk metninde “cemiyyetin muhtelif sınıflarını, umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda kin ve adavete tahrik” şeklinde ifade edilmiş ve bu şart, 09/07/1953 tarihinde 6123 sayılı yasayla yapılan değişiklikle sadeleştirilerek aynen muhafaza edilmiştir. Ancak 07/01/1980 tarihinde 2370 sayılı yasa ile yapılan değişikliklerle kin ve düşmanlığa tahrikin kamu düzeni için tehlike oluşturacak şekilde gerçekleşmesi gerekliliği, suçun unsuru olmaktan çıkarılarak cezanın ağırlaştırıcı hali olarak maddeye eklenmiştir. Yapılan bu değişiklik hukukumuz açısından bir geriye gidiş örneğidir. Ayrıca bu tarihe kadar Asliye Ceza Mahkemesinde görülen bu suç Devlet Güvenlik Mahkemesi (DGM)’nin görev alanına dahil edilmiştir. AB’ye uyum sürecinde 06/02/2003 tarih ve 4744 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle tahrikin “kamu düzeni için tehlikeli olabilecek” şekilde olması gerektiği, yeniden yasaya dahil edilmiştir. Kanun koyucu gerek 5237 sayılı TCK gerekse 4744 sayılı yasa ile bu suçu soyut tehlike suçu olmaktan çıkararak somut tehlike suçu haline getirmiştir. Bu düzenlemeler nedeniyle kin ve düşmanlığa tahrikin, şiddet çağrısı içermesi ve kamu düzeni için somut ve yakın tehlike oluşturması durumlarında suç oluşabilecektir. Eğer bu şartlar birlikte gerçekleşmez ise bu suç oluşmayacaktır.

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun oluşabilmesi için tahrik eylemi, alenen yapılmış olmalıdır. 312. maddedeki “açıkça” deyimini alenen şeklinde anlaşılmış ve uygulamaya yansıtılmıştır. Aleniyetin varlığının tespiti için olay bir bütün halinde değerlendirilerek fiilin işlendiği yer, ulaşılan kişi sayısı ve kullanılan vasıtanın elverişliliği birlikte göz önüne alınarak bir sonuca varılmalıdır. Bu suç bakımından aleniyetin oluşmasıyla ilgili olarak yargı kararları arasında birbirine zıt kararlar olduğu gözükmektedir. Yargıtay uygulamasında; cezaevindeki bir mahkumun başka bir

cezaevindeki arkadaşına yazdığı mektubun cezaevi görevlileri tarafından okunması halinde aleniyet unsurunun gerçekleşmediği kabul edilmişken¹¹³, diğer bir kararda ise Yüksek Mahkeme, Cumhurbaşkanının zatına gönderilen bir mektupta laiklik uygulamasının eleştirilmesinde, aleniyet unsurunun varlığını kabul ederek sanığın 312/2. madde uyarınca cezalandırılmasına karar vermiştir¹¹⁴.

216. maddedeki suçun manevi unsuru kasttır. Fail, halkın farklı kesimlerini bir birlerine karşı yasada belirtilen farklılıklara dayanarak kin ve düşmanlığa tahrik ettiğini bilmeli ve istemelidir. Bu suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir. Failin tahrik fiilini gerçekleştirirken hangi saikle hareket ettiğinin bir önemi yoktur. Yani suçun oluşması için özel kastın varlığı gerekli değildir.

Kin ve düşmanlığa tahrik suçunun unsurlarının tam olarak belirlenmesi ve bu konudaki farklı uygulamaların ortaya konabilmesi için YCGK'nın son dönemlerde vermiş olduğu iki karar üzerinde durmak faydalı olacaktır. Bu kararlardan ilki, 23/11/2004 tarihlidir. Karara konu olay bir gazetecinin yazısında; yakın tarihimizde dinsizliğin revaçta olduğu bir dönem yaşandığını, bu dönemde dindarlara manevi işkenceler yapıldığını, çocuk ve gençlerin Kuran okumalarının engellendiğini, Allah diyenlere hakaretler edildiğini, Kuran'ı Müslümanların elinden alma planlarının yapıldığını, bu zihniyetin kesintisiz eğitimi dayatmak suretiyle İmam Hatip okullarının sayısını azaltmak ve kuran kurslarında oniki yaşından küçük çocukların okumasını engelleyerek faaliyetini sürdürdüğünü, bu şekilde hareket edenlerin küfür ehli olduklarını

¹¹³ 9. C.D., E.1983/2852, K.1983/2913, 18.11.1983. Kararın özeti için Bkz. Yargıtay Kararlarında İfade Hürriyeti (2003:109-110).

¹¹⁴ 8. C.D., E.2001/12263, K.2001/14853, 17.10.2001. Kararın özeti için Bkz. Yargıtay Kararlarında İfade Hürriyeti (2003:246- 247).

söyleyerek din devleti özlemini dile getirmiş ve bunların sorumlusu olarak gördüğü laiklik ilkesine eleştiriler yöneltmiştir. Yerel mahkeme bu ifadeleri nedeniyle sanığı, TCK'nın 312/2. maddesi uyarınca mahkum etmiş ve Yargıtay 8. Ceza Dairesi de bu mahkumiyet kararını onamıştır. Yargıtay 8. Ceza Dairesine göre, sanığın mahkum edildiği bu suç, bir tehlike suçudur. Bu nedenle suçun oluşabilmesi için şiddet çağrısında bulunma zorunluluğu aranmaz. Şiddet kullanma olasılığı yaratacak biçimde toplumsal barışın bozulması tehlikesinin doğması yeterlidir. Sanık dava konusu yazıyla toplum barışının eksenini oluşturan Cumhuriyetin laik karakterini zayıflatıp yıkmayı hedeflediği cihetle, eylemi yeterince yakın şekilde kamu düzenini bozma tehlikesi yaratmaktadır. Farklı inanç ve düşüncelere, hoşgörüsüzlüğün hüküm sürdüğü ülke ve toplumlarda, yaşanan şiddet olayları bu tehlikenin yeterince yakın olduğunun apaçık delilidir. İtiraz üzerine davayı inceleyen Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise, 8. Ceza Dairesi'nin vermiş olduğu bu karara katılmamıştır. YCGK'na göre, bu suçun oluşabilmesi için şiddet çağrısı yapılması ve kamu düzeni bakımından açık ve yakın bir tehlikenin bulunması gerekir. Aksi halde, bu suç oluşmaz. Yazıdaki değerlendirmeler objektiflik ve tarafsızlıktan uzaktır. Kullanılan kimi sözcüklerin incitici ve rahatsız edici olduğu yönünde kuşku bulunmamaktadır. Ancak AİHM'nin de bir çok kararında belirttiği üzere, ifade hürriyeti, sadece herkesçe kabul gören, veya zararsız veya kayıtsızlık içeren fikirler için değil rahatsız edici hatta şoke edici fikirler için de gereklidir. Maddedeki suçun oluşabilmesi için madde de sayılan grup veya sınıfların birbirine karşı, kamu düzeni için tehlikeli olabilecek şekilde kin ve düşmanlığa tahrik edilmesi gerekli olup, somut olayda kin ve düşmanlığa tahrik edilen herhangi bir sınıf yoktur. Kullanılan ifadelerin laiklik ilkesi ile çelişmesi ise, suçun oluşması için yeterli değildir. Şiddet içermeyen ve şiddet

kışkırtıcılığı bulunmayan beyanlar ifade hürriyeti kapsamında değerlendirilmelidir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu vermiş olduğu bu kararında; hem 312. maddenin uygulanması bakımından ortaya çıkan tereddütleri gidermek hem de gerek 312/2 maddedeki gerekse 5237 sayılı TCK'nın 216. maddesindeki şekliyle bu suçun oluşabilmesi için gerekli şartları belirleme yoluna gitmiştir. YCGK'ya göre bu suçun oluşması için gerekli şartlar şunlardır:

1. Eylem aleni yapılmalıdır.
2. Kışkırtma; sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılıklarından en az birine dayanılarak ve bu kesimleri karşı karşıya getirmek amacıyla gerçekleştirilmelidir.
3. “Suç ve cezada yasallık ilkesi” nedeniyle kışkırtma, aynı sosyal sınıf, aynı ırk, aynı din, aynı mezhep ya da aynı bölgeye mensup olup da farklı görüş veya düşünceye sahip olanların bu özelliklerine dayandırılırsa suç oluşmayacaktır.
4. Kışkırtmanın, farklı halk topluluklarını birbirine karşı düşmanlığa ve kin beslemeye sevk etmesi ve fakat bu halin “kamu düzeni” için tehlikeli olabilecek bir şekilde ve yeterlilikte olması şarttır.
5. 4744 sayılı Yasa gerekçesinde de açıklandığı üzere, tanımlanan tehlikenin soyut olmayıp somut ve yakın tehlike olduğunun göz önünde tutulması ve Yargıtay 8. Ceza Dairesinin bir çok kararına yansıtıldığı üzere, kışkırtmanın şiddet çağrısını içermesi gerekir.
6. Ne var ki, ilk bakışta açıkça saptanamasa dahi, muhatabı kitlenin algılayabileceği maharetli bir gizlilik altında yapılan düşmanlığa ve kin beslemeye elverişli şiddet çağrılarının, yakın tehlike yaratıp kamu düzenini tehlikeye sokacak somutluğa ulaşması hallerinde, suçun oluşacağı kabul edilmelidir.

7. Tek başına yeterlilik arz etmeyen ancak, önceden veya sonradan yapılanlarla birlikte değerlendirildiğinde aynı okuyucu veya dinleyici kitlesine hitap ediyor oluşu nedeni ile, kitlelerde kin ve düşmanlık birikimi yaratacağı kabul edilen eylemler anılan suç oluşturabilir. Ancak bunun için, bütünün parçalarının ayrı hükümlere konu edilmeyerek toplu şekilde yargılanma yapılmalıdır.

8. Öngörülen suçun unsurlarından herhangi birinin eksikliği durumunda tanımlanan suç oluşmayacaktır.

9. Ceza Yasası uygulamalarında, genişletilen ve kıyas düzeyine varan yorumlarla suçun varlığına hükmedilemez. Bu itibarla, şiddet çağrısı içermeyen, somut ve yakın tehlike düzeyine de ulaşmayan kışkırtmalara, dolaylı ve zorlayıcı soyutlukla anılan unsurları yakıştırarak, TCY.nın 312/2. maddesindeki suçun oluştuğunu kabullenmek mümkün değildir.

10. “Kuşkunun lehe yorumlanacağı” temel ilkesi gereği; aleniyetin varlığında, tahrikin yasada açıklanan farklılaşmalara dayalı olup olmadığında, halkın birbirine karşı düşmanlığa veya kin beslemeye sevk edilip edilmediğinde ya da sevk ediliyorsa bu sonucu yaratmaya yeterli bulunup bulunmadığında, kamu düzenini bozabilecek etkinliğe ulaşmış ulaşmadığında, soyutluktan kurtulup somut ve yakın bir tehlike haline dönüşüp dönüşmediğinde ve nihayet şiddet çağrısını taşıyıp taşımadığında kuşku hali bulunmamalıdır¹¹⁵.

YCGK, 312. madde döneminde vermiş olduğu 15/03/2005 tarihli kararında ise daha farklı değerlendirmelerde bulunmuştur. Karara konu olayda; bir gazetede köşe yazarı olan sanık, “din düşmanlığı terörü” başlıklı yazısında, milletin dinine ve manevi

¹¹⁵ YCGK, E.2004/8-30, K.2004/206, 23.11.2004. Kararın tam metni için Bkz. (<http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=Yargıtay%20Ceza%20Genel%20Kurulu%20Kararı&kimlik=-1393986298&url=makaleler/karar-15.htm>). (15.04.2006).

değerlerine saldırmanın hoş karşılanmayacağını belirttikten sonra bu tür değerlere karşı gelenlerin halk yığınlarını devletten soğutmak ve ülkenin temellerini dinamitleyip çökertmek isteyen kimseler olduğunu, başörtüsünün İslam'ın sembolü olduğunu, insanlara devlet tarafından dinsizlik baskısı yapıldığını ileri sürerek bazı devlet uygulamalarını ve din sömürüsü yapan mihrakları ağır bir şekilde eleştirmiştir. Bu yazı nedeniyle sanık hakkında TCK'nın 312/2. maddesi uyarınca dava açılmış ve yerel mahkeme, din farklılığı gözeterek halkı açıkça kin ve düşmanlığa tahrik etmek suçundan sanığı cezalandırmıştır. Temyiz üzerine davayı inceleyen 8. Ceza Dairesi yazıda halkın bir kısmının din farklılığı gözetilerek, bir başka kısmına karşı kin ve düşmanlığa tahrik edilmediğini, yazının bazı devlet uygulamaları ile dini ticari amaç için kullananlara ağır eleştiriler yöneltmesine rağmen şiddete davet eden bir yönü bulunmadığını, bu nedenle de kamu düzeni için tehlikeli olabilecek nitelikte olmadığını belirterek, yerel mahkemenin kararının bozulmasına hükmetmiştir. İtiraz üzerine davayı inceleyen YCGK'ya göre sanık, “şirret”, “dinsiz”, “dönme” gibi ifadeler kullanarak halkı, türban ve genel anlamda laiklik uygulamalarına ve laik düşüncedekilere karşı kamu düzeni için tehlikeli olabilecek şekilde kin ve düşmanlığa açıkça tahrik etmektedir. Sanık, düşünce ve inanç hürriyeti kapsamında olmadığı tartışılmaz olan başörtüsüne yönelik uygulamaları İslam'a saldırı olarak göstermek suretiyle hitap ettiği kitleyi tahrik etmektedir. Halkın büyük çoğunluğunun Müslüman olduğu ülkemizde, başörtüsü yasağı uygulayıcılarını ve savunucularını İslam'a saldıran kesim varsayımından hareketle, bu kesime karşı düşmanca açıklamalar yapmak suretiyle din farklılığı gözeterek halkın bir kısmını diğer kısmına karşı düşmanlığa tahrik etmek suçundan sanığın cezalandırması gerekir¹¹⁶.

¹¹⁶ YCGK, E.2004/8-201, K.2005/30, 15.03.2005. Kararın tam metni için Bkz. (<http://www.yargitay.gov.tr/guncel/030a.doc>).

Yüksek mahkemenin değerlendirmeleri bu şekilde olmasına rağmen bu kararın yasadaki suç tipiyle uyumlu olmadığı açıktır. Her şeyden önce laikliğin uygulaması devlete ait bir faaliyettir. Bu nedenle laiklik uygulamalarının eleştirilmesi, madde kapsamında suç olarak düzenlenmiş değildir. Laiklik uygulamalarının halkın bir kesimi tarafından benimsenmesi nedeniyle bu uygulamalara yönelik olarak, dozu ne olursa olsun, yapılan eleştirilerden bu uygulamaları destekleyenlerin dinsizlikle itham edildiğini ve bu şekilde din temelinde bir tahrik yapıldığını söylemek zorlama bir yorum niteliğindedir. Ülkedeki insanların büyük çoğunluğunun aynı inancı paylaştıklarının mahkeme kararında belirtilmesine göre, aynı dine mensup insanların uygulamalar konusunda farklı düşünceler içinde olup birbirlerini eleştirmeleri, din temelinde farklılık gözeterek, kin ve düşmanlığa tahrik suçunu oluşturmayacaktır. Ayrıca söz konusu kararda; 4744 sayılı yasayla suçun unsuru haline getirilmiş olan “tahrikin kamu düzeni için tehlikeli olacak biçimde” olması şartı ile, suçun somut bir tehlike suçu haline getirildiği de göz ardı edilmiş bulunmaktadır.

216. maddede düzenlenmiş olan bir diğer suç ise aşağılama suçudur. Madde konusu farklı olan iki tip aşağılama suçunu düzenlemiş bulunmaktadır.

216. maddenin 2. fıkrasında; halkın bir kesimini sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet ve bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılamak suç olarak düzenlenmiştir. Bu suçun amacı, halk kesimlerinin alenen aşağılanmasını cezalandırmak suretiyle toplumsal barışı korumaktır. Suçun oluşabilmesi için fıkrafta belirtilen farklılıklara dayalı olarak, belirtilen özelliklere sahip halkın bir kesimini oluşturan belirsiz sayıdaki kişilerin aşağılanması gerekir. Bu özelliklere sahip bir halk kesiminin bir üyesinin ya da belli

üyelerinin aşağılanması bu suçu oluşturmaz. Ancak bu tür eylemler genel hakaret suçu kapsamında cezalandırılabilir.

216. maddenin son fıkrasında ise, halkın bir kesiminin benimsediği dini değerlerin aşağılanması suç sayılmıştır. Dini değerlerin aşağılanması, ifade hürriyeti kapsamında düşünülemez. Ancak ikinci fıkradaki aşağılama suçundan farklı olarak, bu suçun oluşabilmesi için fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması gerekir. Kamu barışını bozmaya elverişli deyimlerle açık ve yakın tehlike deyimleri, birbirine yakın gözükmelerine rağmen, kamu barışını bozmaya elverişli deyim daha az tahammülü gerektirir bir durumu ifade etmektedir.

4.4.2.4. Terörle Mücadele Kanunu 6. Madde

İfade hürriyetini sınırlayan yasal düzenlemelerden bir tanesi de Terörle Mücadele Kanununun 6. maddesidir. Türkiye, TMK uyarınca verilen cezaların bir kısmı nedeniyle AİHM’de ifade hürriyetiyle ilgili olarak mahkum edilmiştir.

3713 sayılı TMK, 765 sayılı TCK’daki 141,142 ve 163. maddelerin kaldırılmasından sonra terörle mücadele edebilmek amacıyla çıkartılmıştır. Bu yasa da yer alan ve ifade hürriyetini kısıtlayan yasal düzenlemelerden bir tanesi de bu yasanın 6. maddesidir. “Açıklama ve Yayma” başlığını taşıyan 6. madde aşağıdaki şekildedir:

“İsim ve kimlik belirterek veya belirtmeyerek kime yönelik olduğunun anlaşılmasını sağlayacak surette kişilere karşı terör örgütleri tarafından suç işleneceğini veya terörle mücadelede görev almış kamu görevlilerinin hüviyetlerini açıklayanlar veya yayımlayanlar veya bu yolla kişileri hedef gösterenler beş milyon liradan on milyon liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır.

Terör örgütlerinin bildiri veya açıklamalarını basanlara veya yayınlayanlara beş milyon liradan on milyon liraya kadar ağır para cezası verilir.

Bu Kanununun 14 üncü maddesine aykırı olarak muhbirlerin hüviyetlerini açıklayanlar veya yayınlayanlar beş milyon liradan on milyon liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır.

Yukarıdaki fıkralarda belirtilen fiillerin 5680 sayılı Basın Kanununun 3 üncü maddesindeki mevcuteler vasıtasıyla işlenmesi halinde, ayrıca sahiplerine de; mevcuteler bir aydan az süreli ise bir önceki ay ortalama fiili satış miktarının, aylık veya bir aydan fazla süreli ise bir önceki fiili satış miktarının, mevcuteler niteliğinde bulunmayan basılı eserler ile yeni yayına giren mevcuteler hakkında ise, en yüksek tirajlı günlük mevkutenin bir önceki ay ortalama satış tutarının yüzde doksanı kadar ağır para cezası verilir. Ancak, bu ceza elli milyon liradan az olamaz. Bu mevcutelerin sorumlu müdürlerine, sahiplerine verilecek cezanın yarısı uygulanır"¹¹⁷.

Terör esas itibariyle devlet düzenine karşı yönelmiş bulunan bir şiddet faaliyetidir. Devlet kendi varlığını, dolayısıyla vatandaşlarının huzuru ve kamu düzenini korumak durumundadır. Terörle mücadele devlet adına kamu görevlileri tarafından yapılmaktadır. Bu nedenle terörle mücadelede görev almış bulunan kamu görevlileri, terör örgütlerinin somut hedefi durumundadırlar. Bu bakımdan kamu görevlilerinin korunması da terörle mücadelenin sürdürülebilmesi açısından önem arz etmektedir.

TMK'nın gerekçesine göre bu maddenin amacı, terör örgütlerinin suçta hedef olarak kabul ettikleri kişilerin isim veya kimlik bilgilerini açık bir şekilde belirterek veya açık bir şekilde belirtmese bile, bu şahısların kim olduğunun kolayca anlaşılmasını

¹¹⁷ Bu maddenin son fıkrasındaki "...mevkute niteliğinde bulunmayan basılı eserler ile yeni yayına giren mevcuteler hakkında ise, en yüksek tirajlı günlük mevkutenin bir önceki ay ortalama satış tutarının..." ibaresi Ana. Mah.'nin 31/3/1992 tarih ve E.:1991/18, K.:1992/20 sayılı Kararı ile iptal edilmiştir.

sağlayacak şekilde veya terörle mücadelede görev almış kamu görevlilerinin kimliklerini açıklayanlar veya yayanlar veya bu yolla kişileri hedef gösterenler ile terör örgütlerinin bildiri ve açıklamalarını basan veya yayınları cezalandırmaktır.

TMK 6/1. maddedeki suçun maddi unsuru, terör örgütlerinin hedef seçtiği kişilerin ve terörle mücadelede görev alan kamu görevlilerinin kimliklerini açıklamaktır. Bu kişilerin kimliklerinin açıklanması, nüfus bilgilerinin açıklanmasından daha geniş bir anlamı ifade etmektedir. Nüfus bilgileri belirtilmese dahi, yapılan açıklamadan o kişinin kim olduğunun anlaşılabilmesi yeterlidir. Kimliği açıklanan bu kişilere karşı terör örgütlerinin herhangi bir saldırıda bulunması şart değildir. Hedef kişilerin ve kamu görevlilerinin kimliklerinin açıklanması herhangi bir vasıta ile yapılabilir.

Maddenin ikinci fıkrasında ise, terör örgütlerinin bildiri veya açıklamalarını basan ve yayınlayanlar cezalandırılmaktadır. Bu suçun maddi unsuru, terör örgütlerinin bildirilerinin basılması ve/veya yayınlanmasıdır. Bildiriyi basan ve yayınlayan ayrı kişilerse, her ikisi de ayrı ayrı cezalandırılır. Tek kişi bir bildiriye hem basıp hem de yayınlamışsa bu kişiye tek ceza verilecektir. Ayrıca kişinin bastığı ya da yayınladığı bildirinin içeriğini benimsemesi gerekmediği gibi basılan ya da yayınlanan bildiriye ne ad verildiği de önem taşımaz.

Maddenin 3. fıkrasında, birinci fıkradaki suça benzer bir düzenleme ile, terörle mücadeleye destek olan muhbirlerin kimliğini açıklamak suç sayılmıştır. Son fıkrada ise bu maddedeki suçların mevkutelerle işlenmesi durumunda, mevkute sahiplerinin sorumluluğuna yer verilmiştir.

İlk üç fıkradaki suçlar herhangi bir kimse tarafından işlenebilir. Ancak son fıkradaki suçun faili, yazı işleri müdürü veya mevkute sahibinden başkası olamaz. Bu suç

kasten işlenilebilen suçlardandır. Taksirle işlenmesi halinde fail sorumlu değildir. Suçun oluşabilmesi için genel kasıt yeterlidir.

4.4.2.5. Terörle Mücadele Kanunu 8. Madde

Hukukumuzda ifade hürriyetini kısıtlayan ve ülkemizin bu maddeden dolayı AİHM’de mahkum olduğu diğer bir madde TMK’nın 8. maddesidir. 765 sayılı TCK’daki 141, 142 ve 163. maddeler düşünce suçu içermektedir. Bu maddelerin 1991 yılında 3713 sayılı yasayla kaldırılmasıyla birlikte ifade hürriyetinin önündeki engellerin bir kısmı kaldırılmış oldu. Ancak bu kanunun 8. maddesiyle birlikte düşünce suçu kategorisi daha da genişletildi. Düşünce suçu kategorisi genişletilen 8. madde şu şekildedir:

“Türkiye Cumhuriyeti Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı hedef alan yazılı ve sözlü propaganda ile toplantı, gösteri ve yürüyüş yapılamaz. Yapanlar hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yüz milyon liradan üçyüz milyon liraya kadara ağır para cezası hükmolunur. Bu suçun mükerreren işlenmesi halinde, verilecek cezalar paraya çevrilemez.

Birinci fıkrada belirtilen propaganda suçunun 5680 sayılı Basın Kanunu’nun 3. Maddesinde belirtilen mevkuteler vasıtası ile işlenmesi halinde, ayrıca sahiplerine de mevkute bir aydan az süreli ise, bir önceki ay ortalama satış miktarının yüzde doksanı kadar ağır para cezası verilir. Ancak, bu para cezaları yüz milyon liradan az olamaz. Bu mevkutelerin sorumlu müdürlerine sahiplerine verilecek para cezasının yarısı uygulanır ve altı aydan iki yıla kadara hapis cezası hükmolunur.

Birinci fıkrada belirtilen propaganda suçunun ikinci fıkrada yazılı mevkuteler dışında basılı eser ve sair kitle iletişim araçlarıyla işlenmesi halinde, sorumluları ve ayrıca kitle iletişim araçları sahipleri hakkında altı aydan iki yıla kadar hapis, yüz milyon

liradan üç yüz milyon liraya kadar ağır para cezası hükmolunur. Ayrıca bu fiilin radyo ve televizyonlar vasıtası ile işlenmesi halinde mahkemece ilgili radyo ve televizyon kuruluşunun bir günden on beş güne kadar yayından men'ine karar verilir.

Birinci fıkrada yazılı fiillerin ikinci ve üçüncü fıkralarda yazılı kitle iletişim araçları ile işlenmesi halinde belirlenen ceza üçte birden yarıya kadar artırılır.”.

Maddenin birinci fıkrasında belirtilen “devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü” deyimini hukuk sistemimize 1971 tarih ve 1488 sayılı yasayla Anayasanın 11. maddesine eklenen 3. fıkra ile girmiştir. Hak ve hürriyetleri sınırlamada belirleyici bir kıstas olarak kullanılan bu deyimın içeriği belirlenip buna göre uygulama yapılması gereklidir. İfade hürriyetinin geniş bir ölçüde kısıtlanmasına neden olacak bu kavramın kaldırılarak, bunun yerine sınırları belirgin olan kavramların kullanılması gerektiği dile getirilmişse de Kuzu (1996: 88)'ya göre bu ilke, ülkemizin koşulları değerlendirildiğinde hukuk düzenimizde mutlaka yer almalı; ancak hak ve hürriyetleri önemli ölçüde zedelemeyen bir içeriğe kavuşturulmalıdır. Selçuk (1999: 383- 384)'a göre ise, maddedeki “bölünmez bütünlük” yerine “devletin bütünlüğü” ibaresinin kullanılması daha uygun olacaktır. Madde bir bütün olarak incelendiğinde sözcüklerin dizimi ve bağlaçların yanlış kullanımı nedeniyle bir yasalastırma skandalıdır. Ayrıca böyle bir suçun hukuk düzenimizde bulunması gereksizdir. Bu maddeyle amaçlanan hedef TCK'nın 311. ve 312. maddeleri aracılığıyla elde edilebilir.

TMK'nın 8/1. maddesinde belirtilen suçun maddi unsuru, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı hedef alan yazılı ve sözlü propaganda veya toplantı ve gösteri yürüyüşü yapmaktır. Yasanın ilk halinde bu eylemler için kullanılan “hangi maksatla olursa olsun” ibaresi 1995 tarihinde 4126 sayılı

yasa ile kaldırılmıştır. Maddenin uygulanması bakımından, ülke topraklarının bir parçasını ayırarak başka bir devlete katmak veya ayrılan bu toprakta yeni bir devlet kurmak ya da milletin bir bölümünün ayrı bir devlet kurmasını savunmak gibi amaçlarla yapılan propaganda ve gösteriler bu suç kapsamında düşünülmelidir. Üniter devlet yapısının değiştirilerek, federal bir devlet kurulmasını savunan propagandalar da bu madde kapsamında değerlendirilecektir. Sarf edilen sözlerin şiddet içermesi ya da şiddet çağrısı yapması da şart değildir. Bu bakımdan TMK'nın 8. maddesi de tam bir düşünce suçu örneğidir.

Maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında basılı eser ve mevkute sahiplerinin sorumluluğu düzenlenmiş, son fıkrada ise suçun kitle iletişim araçlarıyla işlenmesi durumunda cezanın arttırılacağı öngörülmüştür.

06/02/2002 tarih ve 4744 sayılı yasa ile TMK'nın 8. maddesinde değişiklik yapılarak bu suçun terör yöntemlerine başvurmayı özendirecek şekilde işlenmesi hali, suça verilecek cezayı ağırlaştırıcı bir neden kabul edilmiş, ayrıca bu cezaların miktarlarıyla ilgili olarak da düzenleme yapılmıştır. Sonuç olarak TMK'nın yeniden düzenlenmesi gerekliliği kendisini hissettirmiş ve 15/07/2003 ve 4928 sayılı yasayla bu suç hukuk sistemimizden çıkarılarak mevzuatımızın AİHS ile uyumlu hale getirilmesi sağlanmıştır.

4.5. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye

4.5.1. Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Taraf Olması

AİHS, Avrupa Konseyine üye devletlerin dışişleri bakanlarınca, 3 Kasım 1950'de imzalanmış ve 3 Kasım 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye ise, 1954 yılında sözleşmeyi onaylayarak sözleşmeye taraf olmuştur. Sözleşmenin onaylanmasına ilişkin

kanun, 10 Mart 1954 tarih ve 6366 sayılı kanundur. Bu kanunun kabulünden sonra 18 Mart 1954'de onay belgesinin Avrupa konseyine sunulmasıyla sözleşme ülkemiz açısından da yürürlük kazanarak iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir.

Türkiye'nin sözleşmeye bu kadar erken bir tarihte taraf olmasında, 1950 tarihinde tek parti iktidarından vazgeçilerek demokrasiye geçilmesinin payı büyüktür. Aynı dönemlerde NATO'ya da katılarak yüzünü batıya çeviren ülkemizde, sözleşmenin onaylanmasına ilişkin yasa mecliste herhangi bir görüşme yapılmaksızın kabul edilmiştir (Beydoğan, 2003: (192). Aybay (1978: 117-118), Türkiye'nin sözleşmeye taraf olmasının nedenini, insan haklarına saygılı olmaktan ziyade batı dünyası ile ekonomik ve askeri ilişkileri geliştirmek olarak belirtilmekte ise de, batıdaki gelişmiş demokratik ülkelerin, en yakın müttefiklerini genellikle anti demokratik rejimle idare edilen eski sömürge ülkelerinden seçtiği de gözden ırak tutulmamalıdır.

Türkiye, AİHS'ye taraf olmakla sözleşmedeki tüm hak ve hürriyetleri hem kendi vatandaşlarına hem de yetki alanında bulunan tüm yabancılara tanımakla birlikte, sözleşme 1980'li yılların sonuna gelinceye kadar siyasal hayatta herhangi bir etki oluşturmamıştır. Bunda bireysel başvuru hakkının tanınmamış olmasının yanında, bu zaman sürecinde demokrasinin kesintilere uğramasının da önemli bir payı vardır. İnsan hakları konusundaki tartışmaların ve ülkemizde insan haklarının gelişiminin 1980'li yılların sonu itibari ile yaygınlık göstermesi ve AB'ye uyum sürecinin hızlanmış olması bu iddiayı doğrular niteliktedir.

Sözleşmeye taraf olmakla Türkiye açısından iki tür yükümlülük doğmuştur: Bunlardan ilki, sözleşmenin 1. maddesinde belirtildiği üzere, sözleşmede tanınan hak ve hürriyetleri kendi vatandaşlarına ve ülkesinde bulunan yabancılara tanımadır. Diğer

sözleşmelerden farklı olarak yabancılara bu hakların tanınması, uluslararası hukukta geçerli olan “karşılıklılık” ilkesine dayanmaz. Bir devlet, ülkesinde bulunan yabancıların mensubu olduğu devlet sözleşmeye taraf olmasa bile, bu yabancıya sözleşmedeki hakları tanımak durumundadır. Sözleşmeye taraf olmakla, taahhüt edilen ikinci yükümlülük ise, sözleşmenin 57. maddesinde belirtilen, taraf devletlerin iç hukuklarını sözleşmeyle uyumlu hale getirmeleri zorunluluğudur. Bu durumda Türkiye, sözleşmeye taraf olması nedeniyle öncelikle sözleşmede tanınan hak ve hürriyetleri ülkesinde bulunan, vatandaş olsun olmasın, tüm insanlara karşı tanımak zorundadır. Ayrıca kendi mevzuatını da sözleşmeye uygun hale getirmek konusunda yükümlülük altına girmiştir.

4.5.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri

1982 Anayasasının 90. maddesi uluslararası antlaşmaların hukukumuzdaki yerini düzenlemektedir. 1961 Anayasasındaki 65. maddenin tekrarı niteliğinde olan bu hükme göre, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş bulunan uluslararası antlaşmalar, kanun hükmündedir. Bu şekilde yürürlüğe girmiş olan antlaşmalara karşı, anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Kanun hükmünde sayılan bu antlaşmaların, bunun da ötesine geçilerek, anayasaya aykırılıklarının da iddia edilemeyeceğinin benimsenmesindeki amaç, Türkiye'nin devletler üstü nitelik taşıyan, dolayısıyla Anayasamızın bazı hükümleriyle çelişebilecek olan uluslararası kuruluşlara girmesini sağlamak ve ülkemizin kabul etmiş olduğu bu sözleşmelerden dolayı uluslararası sorumluluğuna meydan vermemektir (Özbudun, 1993: 185).

Uluslararası sözleşmelerin Anayasaya aykırılığının iddia edilememesi, kanunların mı yoksa uluslararası sözleşmelerin mi daha üstün hukuk normları olduğu tartışmasını

beraberinde getirmiştir¹¹⁸. Bu konuda ortaya atılan görüşlerden bir kısmına göre; Anayasa, sözleşmelerin Anayasaya aykırılıklarının iddia edilemeyeceği prensibi ile uluslararası hukuk kurallarının, bir iç hukuk kuralı olan kanunlardan üstün olduğunu söylememektedir. Antlaşmaların anayasaya aykırılığı ileri sürülemez de antlaşmalar aykırı kanun çıkarmak suretiyle, antlaşmaların iç hukuktaki etkilerini ortadan kaldırmak mümkündür (Özbudun, 1993: 186). Farklı görüşte olan Teziç (1991: 8-9)'e ise, Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasının asıl amacı, bir uluslararası sözleşme hükümlerine dayanarak uyuşmazlığı çözmek durumunda olan mahkemelere yol göstermektedir. Kanun ile uluslararası antlaşmalar arasında çatışma olduğunda mahkemeler, bu hükmü de dikkate alarak antlaşma hükümlerine göre karar vermelidirler. Antlaşmaların kanundan üstün olduğu görüşünde olan Memiş (200: 134) ise, antlaşmaların Türk hukukundaki yeri ve etkileri konusunda şu saptamaları yapmaktadır:

- a) Sözleşme iç hukukun bir parçasıdır ve ayrıcalıklı bir yere sahiptir.
- b) Sözleşme ulusal makamlar tarafından kendiliğinden uygulanır, ayrıca bir düzenleme yapılmasına gerek yoktur.
- c) Sözleşmenin Anayasaya aykırılığı ileri sürülemediğinden sözleşme anayasaya aykırı olsa bile uygulanmalıdır.
- d) Sözleşmeden sonra yürürlüğe giren Anayasa ya da yasa değişiklikleri sözleşmeyi değiştiremez.

Anayasaya göre, uluslararası antlaşmaların hem kanun niteliğinde oldukları hem de bunlar için Anayasa Mahkemesinde iptal davası açmanın mümkün olmaması sebebiyle, uluslararası antlaşmaların mı yoksa kanunların mı daha üstün hukuk normu

¹¹⁸ Doğru (2000: 194)'ya göre insan hakları alanının kurucu varsayımı, ulusal hukukun uluslararası hukuka tabiliği olduğundan AİHS'nin mi yoksa bir iç hukuk kuralının mı daha üstün norm olduğu tartışılmamalıdır.

oldukları yönündeki tartışmalar bitecek gibi görünmemektedir. Anayasa koyucu bu tartışmaları dikkate alarak yapmış olduğu düzenlemeyle bu hususa kısmi bir çözüm getirmiştir. 07/05/2004 tarih ve 5170 sayılı yasanın 7. maddesiyle Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasına “usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların, aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletler arası antlaşma hükümleri esas alınır” hükmü eklenmiştir. Yapılan bu düzenleme ile en azından temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmelerin, kanunlardan üstün normlar olduğu tescillenmiştir. Esasen kanunların yasama organınca değiştirilebileceği, ancak uluslararası sözleşmeler açısından bunun mümkün olmaması nedeniyle uluslararası sözleşme hükümlerinin, daha üstün olduğunu kabul etmek gerekecektir. Ancak, uluslararası sözleşmelerle kanunların çeliştiği durumlarda yargı organlarını bu ikilemden kurtarmanın yolu, kanunların uluslararası sözleşmelere uygun hale getirilmesidir.

Bu açıklamalar ışığında bakıldığında AİHS hükümleri kanunlara eşit değerdedir. Ancak gerek sözleşme hükümlerine karşı anayasaya aykırılık iddiasında bulunulamaması, gerekse 5170 sayılı yasayla 90. maddeye eklenen fıkraya göre sözleşme hükümleri, uygulama açısından kanunlardan daha üstün kabul edilmelidir. Sözleşmedeki hükümlerin temel hak ve özgürlüklere ilişkin olması, bu konumunu güçlendirmektedir. Sözleşme hükümlerinin Anayasa karşısındaki konumu da, kanunların karşısındaki konumuna benzemektedir. Anayasamıza göre, sözleşmeler kanun hükmünde olup, 9. maddeye göre de kanunlar Anayasaya aykırı olamazlar. Ancak sözleşmeler bakımından bu kural geçerli değildir. Anayasanın 90. maddesine göre, sözleşmelerin Anayasaya aykırı olsalar bile iptalleri için Anayasa Mahkemesine dava açmak mümkün olmayacaktır. Bu durumda

sözleşme Anayasaya aykırı olsa bile uygulanacaktır. Ancak uygulanabilir nitelikteki Anayasa hükmüyle sözleşme hükümleri arasında bir farklılığın bulunması halinde, hangisinin uygulanması gerektiği hususunda bir yorum yapmak kolay olmayacaktır.

4.5.3. AİHM Kararlarının Türk Hukukundaki Yeri ve Etkileri

Türk hukuku bakımından üzerinde tartışılması gereken konulardan bir diğeri de AİHM kararlarının iç hukukumuza olan etkileridir¹¹⁹. Sözleşmenin 46. maddesine göre sözleşmeye taraf devletler, taraf oldukları davalarda mahkemenin vermiş olduğu kesinleşmiş kararlara uymakla yükümlüdürler. Bu yükümlülük, sözleşmeye taraf devletlerin AİHM'nin zorunlu yargı yetkisini kabul etmelerinin doğal sonucudur (Memiş, 2000: 135). Taraf devletlerin mahkeme kararlarına uyup uymadıkları Bakanlar Komitesince denetlenmektedir.

AİHM bir temyiz mahkemesi olmadığından, taraf devlet mahkemelerinin vermiş olduğu hükümleri ortadan kaldırma yetkisine sahip değildir. Vermiş olduğu kararlarıyla yalnızca sözleşme hükümlerinin ihlal edilip edilmediğini ve başvurucuya tazminat ödenmesi gerekip gerekmediğini karara bağlamaktadır. AİHM'nin sözleşmenin ihlal edildiğine dair kararlarının yerine getirilmesi, ihlalin niteliği gereği telafisi mümkünse, eski halin iadesi suretiyle sağlanacaktır. Yani taraf devlet sözleşme çerçevesindeki sorumluluğunu, sözleşmeye aykırı tasarrufun yapılmasından önceki durumu yeniden sağlamakla giderebilir. Eski halin iadesi sözleşmeye aykırı tasarrufun ortadan kaldırılmasıyla, sonuçlarının da tamamen ortadan kalkabileceği durumlar için söz konusudur. Ancak sözleşmeye aykırı tasarrufun ortadan kalkması halinde dahi, bu

¹¹⁹Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. Ünal (2000: 63-85); Doğru (2000: 194-225).

tasarrufun olumsuz etkilerini tamamen gidermek mümkün olmayabilir. Bu gibi durumlarda ise, sözleşmenin 41. maddesi göz önüne alınarak, tazminata hükmedilecektir.

Başvurana tazminat ödenmesine karar verilmesi de her zaman yeterli olmayabilir. Özellikle başvuranın hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum edildiği durumlarda, eski halin iadesi için yargılanmanın yenilenmesi gerekmektedir. Sözleşmeye göre taraf devletler yargılamanın yenilenmesi ile yükümlü değildirler. Sözleşmeye taraf devletlerden Avusturya, Lüksemburg, Norveç ve İsviçre sözleşmeye aykırılığı kabul edilen ceza mahkemesi kararlarına karşı yargılamanın yenilenmesi yolunu kabul etmişlerdir (Ünal, 2000: 64). Türkiye de 08/08/2002 tarih ve 4771 sayılı yasayla AİHM'nin vermiş olduğu ihlal kararları nedeniyle hukuk mahkemeleri ve ceza mahkemelerinde yeniden yargılama yapılmasını kabul etmiştir¹²⁰.

AİHM kararlarının hukukumuzda etkisinin bir diğer şekli de sözleşme aykırılığın iç hukuk kurallarının kendisinden kaynaklanması haliyle ilgilidir. Bu durumda yapılması gereken, yasama organınca bu düzenlemelerin kaldırılarak, mevzuatın AİHS ile uyumlu hale getirilmesidir. Gözaltı süresi ve kamulaştırma konusunda bu açıdan düzenlemeler yapılmıştır.

¹²⁰ Özer (2003: 191)'e 4771 sayılı yasa ile yapılan bu değişiklikler, Türk yargı erkinin tabi olacağı yeni bir makam öngörmekte olup bu makam ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesidir.

5. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA TÜRKİYE'DE İFADE HÜRRİYETİ

Daha önceki bölümlerde ifade hürriyetinin AİHS'nin 10. maddesinde ve Türk hukukunda nasıl düzenlendiğini incelemeye çalıştık. Bu çalışma sırasında bir yandan Sözleşmenin 10. maddesinin AİHM tarafından nasıl uygulandığına diğer yandan da ulusal mahkemelerin iç hukuka dayanarak ifade hürriyetine nasıl bir yaklaşım sergilediklerini inceledik. Çalışmanın bu bölümünde ise ilk olarak, sözleşmenin 10. maddesinde düzenlenen ifade hürriyetinin ihlaliyle ilgili olarak ülkemiz aleyhinde yapılan başvurular sonucu verilen kararların bir kısmı özetlenecek; daha sonra ise bu kararlarla ilgili olarak AİHM'nin ülkemizde ifade hürriyeti konusunda ulaştığı sonuçlar sıralanarak, bu kararlar ışığında iç hukukta yapılması gerekenler hakkında değerlendirme yapılmaya çalışılacaktır.

10. maddeyle ilgili olarak ülkemiz hakkında verilen kararları incelemeden önce, Mahkemenin ülkemiz hakkında vermiş olduğu kararlar ve bu çalışmada inceleme konusu yapılan kararların seçimi hakkında bazı bilgiler vermek yerinde olacaktır.. AİHM'nin zorunlu yargı yetkisini kabul ettiğimiz 1990 yılından bu yana ülkemiz aleyhine yapılan ihlal başvurularının, 15.08.2003 tarihi itibariyle, 341 tanesi sözleşme organlarınca (komisyon, komite ve mahkeme) karara bağlanmıştır. Sözleşme organları tarafından verilen bu kararların sadece 15'i lehte olup 326 tanesi ise ülkemiz aleyhine verilmiştir. Aleyhe olan 326 kararda, ülkemiz hakkında 591¹²¹ ihlal kararı verilmiş olup bu ihlal kararlarının 206 tanesi 10. maddeyle ilgili ihlallerdir¹²². Bu rakamlardan da anlaşıldığı

¹²¹ Karar sayısı ile ihlal sayısı arasındaki farkın nedeni aynı kararla birden çok maddenin ihlaline karar verilmiş olmasıdır.

¹²² İhlal kararlarının sözleşme maddelerine göre dağılımı için Bkz. Tezcan, Erdem ve Sancakdar (2004: 102-103).

üzere sözleşme organlarının ülkemizle ilgili vermiş olduğu kararların yaklaşık üçte birini ifade hürriyetiyle ilgili ihlaller oluşturmaktadır. AİHM'nin 10. madde ile ilgili olarak, 2005 yılının sonu itibariyle, vermiş olduğu kararların sayısı ise 35'tir¹²³. Bu kararlardan yalnızca 4'ü devletimizin lehine olup diğer kararlarda devletimiz sözleşmenin 10. maddesini ihlalden mahkum edilmiştir. Devletimizle ilgili olarak Ekrem Pakdemirli (35839/97) kararı hariç diğer kararların tümü TCK'nın 159, 312. ve TMK'nın 6 ile 8. maddelerinin uygulamalarından kaynaklanmaktadır. Bu davalardan da, laiklik uygulamalarının eleştirildiği Gündüz (35071/97) ve Pamak (39708/98) kararları dışındaki kararların tümünün ülkemizdeki bölücü akımların faaliyetleriyle ilgili propagandalarla ilgili olduğu görülmektedir. Bu tür bölücü akımların propagandasını yapan veya onlara sempati ve desteği yansıtan ifadelerin cezalandırılması konusunda AİHM ile ulusal makamlarımız arasında değerlendirme farklılıklarının bulunması ve bu nedenlerle ülkemizin sıkça mahkum edilmesi, bu uygulamalar arasındaki farklılığı incelemek için aşağıdaki kararları seçmemizde etkili olmuştur. Kanımızca AİHM'nin 8 Temmuz 1999 tarihli oturumunda ülkemiz aleyhinde bu konulardaki davalardan 11'inde aleyhimize karar vermesi de bu konudaki kararların incelenmesini zorunlu kılmaktadır¹²⁴. Ayrıca AİHM'nin, kuruluşundan 2001 yılına kadar olan 48 yıllık tarihinde ifade hürriyetiyle ilgili toplam 88 karar verdiği ve bu kararlarında 21 tanesinin ülkemizle ilgili başvurular üzerine verildiği ve bunların tümünün TCK'nın 159 ile 312. ve TMK'nın 6 ve 8. maddelerine ilişkin olması da aşağıdaki kararların seçiminde etkili olmuştur¹²⁵.

¹²³ Bu kararların başvuru numaraları ve tarihiyle ilgili olarak Bkz. Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Bilgi Bankası (<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmturkiye.htm>); Tezcan, Erdem ve Sancakdar (2004:271).

¹²⁴ Bu kararların listesi için Bkz. Dost (2001: 6) dipnot 2.

¹²⁵ Bu kararların listesi için Bkz. Bıçak (2003: 273-274) dipnot 5.

Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı bu bölümde AİHM'nin sözleşmenin 10. maddesiyle ilgili olarak ülkemiz aleyhine yapılan başvurularla ilgili olarak vermiş olduğu kararlardan TCK'nın 159, 312. ile TMK'nın 6 ve 8. maddelerinin uygulanmasıyla ilgili kararların bir kısmındaki değerlendirmeler özet olarak verilmeye çalışılacaktır. Bu kararlardan, Zana, İncal, Ceylan, Öztürk ve Bakır kararları TCK'nın 312.; Okçuoğlu, Sürek ve Özdemir, Sürek (No:1), Sürek (No:2), Erdoğan ve İnce, Arslan, Başkaya ve Okçuoğlu, Osman Özçelik ve Diğerleri ve Emire Eren Keskin kararları ise TMK'nın 6 ile 8. maddelerine ilişkindir. Özgür Gündem kararı ise TCK'nın 159 ve 312. ile TMK'nın 6 ve 8. maddelerinin tümüne ilişkin daha geniş kapsamlı bir karardır.

Bu bölümde inceleme konusu yapılan kararlardaki özet değerlendirmelerin, kişisel yorumlar olmayıp mahkeme tarafından yapılmış değerlendirmeler olduğu ve ifadelerin mahkeme kararlarından aynen alındığının altını çizmek de yerinde bir tutum olacaktır.

5.1. Türk Ceza Kanununun 312. (215 ve 216.) Maddesi İle İlgili Kararlar¹²⁶

5.1.1. Zana /Türkiye¹²⁷

Diyarbakır eski belediye başkanı Mehdi Zana, Diyarbakır Askeri Cezaevinde hükümlü iken gazetecilerle yaptığı bir mülakatta “PKK'nın ulusal bağımsızlık mücadelesini destekliyorum. Bununla beraber, katliamlardan yana değilim. Herkes hata yapabilir ve PKK kadınları ve çocukları yanlışlıkla öldürüyor” ifadesini kullanmıştır. Bu ifadeler 30 Ağustos 1987'de Cumhuriyet Gazetesi'nde yayınlanmıştır. Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi, açıklanan görüşlerin, Türk Ceza Kanunu (TCK) 168. maddesi kapsamında Türkiye'yi bölmeye çalışan silahlı bir kuruluş olan PKK'yı desteklemek

¹²⁶ Kararlar verildikten sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın ilgili maddeleri parantez içinde gösterilmiştir.

¹²⁷ Zana/Türkiye, 18954/91, 25.11.1997. Kararın Türkçe çevrisi için Bkz. (<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/zana.htm>).

anlamına geldiği sonucuna ulaşarak Zana'yı TCK 312. maddesine göre mahkum etmiştir. Diyarbakır DGM tarafından verilen bu karar temyiz edilmiş ve Yargıtay'ca onanmıştır.

AİHM'ye göre, başvuru sahibinin beyan ettiği görüşlerinden dolayı mahkum edilmesi ifade hürriyetine yapılan bir müdahaledir ve bu hürriyeti sınırlandırmaktadır. Ancak, bu müdahale, Sözleşmenin 10/2. maddesinde belirtilen şartların gerçekleşmemesi halinde ifade hürriyetin ihlali anlamına gelecektir. İkinci fıkrada sayılan şartlar, 1) müdahale sebebinin önceden kanunla öngörülmüş olması, 2) müdahalenin, müdahaleyi haklı kılan sebeplerden birisine dayanması, 3) müdahalenin demokratik bir toplum için gerekli olmasıdır.

AİHM'ye göre, bu ifadeler üzerine verilen hapis cezasının uygulanmasını öngören TCK'nın 312. maddesidir yani müdahale sebebi daha önceden kanunla öngörülmüştür. Buna göre, sözleşmenin 10. maddesindeki birinci şart gerçekleşmiştir. İfade hürriyetine yapılan bu müdahaledeki amaç, ulusal güvenliği, kamu düzenini ve ülkenin toprak bütünlüğünü sağlamaktır. Bu sebepler, Sözleşmenin 10/2. maddesi anlamında ifade hürriyetine müdahaleyi haklı kılan sebeplerdir. Elde edilmek istenen amaç ile kullanılan araç arasında orantılık olup olmadığı ve dolayısıyla müdahalenin demokratik bir toplum için gerekliliği konusunda ise, AİHM şu değerlendirmelerde bulunmuştur; günlük büyük bir gazetede yayınlanan mülakat, ülkenin güneydoğusunda PKK'nın sivillere karşı yürüttüğü saldırı kampanyalarını arttırdığı bir zamana rastlamıştır. Böyle bir zamanda, PKK'nın mücadelesinin ulusal bağımsızlık mücadelesi olarak tanımlanması, aynı zamanda PKK'nın terör eylemlerine verilen destek anlamına gelir.

Mahkemeye göre, bölgede iyi tanınan eski bir belediye başkanının konuşmalarının ulusal yetkililerde, ülkede terör olaylarının artacağı korkusunu

taşımalarına yol açması normaldir. Bu sebeple de yetkililerin, ulusal güvenliğin ve kamu düzeninin bozulma tehdidinin var olduğunu düşünmeleri ve ülkenin toprak bütünlüğünü korumak ve suçları önlemek için bu tedbirleri almaları gereklidir. Zana hakkında dava açılması ve ceza verilmesi normal bir sonuçtur. Çünkü yapılan mülakat için verilen ceza, ağır bir sosyal ihtiyaçtan kaynaklanmış olup, elde edilmek istenen amaç ile kullanılan araç arasında da bir oransızlık söz konusu değildir. AİHM'ye göre, ifade hürriyeti, demokratik bir toplumun önemli temellerinden ve kişilerin kendisini gerçekleştirme için önemli şartlarından birisidir. Sözleşmenin 10/2 maddesinde sayılan istisnalar saklı kalmak üzere, ifade hürriyeti sadece kişilerin hoşuna giden fikirleri değil, onları şaşırtan, rahatsız eden fikirleri de kapsar. Kişilerin fikir ve düşüncelerini serbestçe açıklayabilmeleri, demokratik bir toplumun olmazsa olmaz şartları olan çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin bir gereğidir. Sözleşmenin 10. maddesinde de belirtildiği gibi, bu hürriyetin kullanılmasına sınırlama getirilebilir. Ancak, bu sınırlama sebepleri titizlikle ve dar yorumlanmalı ve tatmin edici bir şekilde mevcut olaya uygulanmalıdır.

Sözleşmenin 10. maddesinde belirtilen müdahalenin gerekliliğindeki “gerekli” sıfatı, ağır bir sosyal ihtiyacın varlığına işaret etmektedir. Sözleşmeye taraf devletler, böyle bir ihtiyacın varlığına karar vermede belirli bir takdir yetkisine sahiptirler. Ancak, bu takdir yetkisinin kullanımı AİHM'nin denetimine tabidir. Bu sebeple, ifade hürriyetine getirilen sınırlamanın sözleşmenin 10. maddesi açısından kabul edilebilirliği konusunda son kararı verme konusunda AİHM yetkilidir. Mahkeme, bu sınırlamanın sözleşmeye uygunluğu konusundaki denetim yetkisini kullanırken, ifade hürriyetini kullanan kişinin nasıl bir ortamda bu hakkını kullandığına bu kişinin söylediği iddia edilen sözlerin içeriğini ve olayın tamamını incelemek zorundadır. Özellikle, AİHM, getirilen sınırlama

ile elde edilmek istenen amaç arasında bir orantı olup olmadığına ve sözleşmeye tarafa devletin ileri sürdüğü sınırlamayı haklı kılan sebeplerin sınırlama için yeterli ve ilgili olup olmadığına karar vermelidir. Bu şekilde, AİHM, Sözleşmeye taraf devletin 10. maddede öngörülen standartlara uygun hareket edip etmediği konusunda kendisini tatmin edici bir sonuca ulaşmalıdır.

Söz konusu başvuruda; Zana, mahkumiyetinin haksız olduğunu ileri sürmüştür. 1960'lardan beri Kürt hareketinin bir üyesi olarak, her zaman şiddetin karşısında olduğunu, hükümetin, ifade ettiklerini yanlış anladığını belirtmiştir. Aslında, gazetecilere, ulusal bağımsızlık hareketini desteklediğini söylemekle beraber, kadınların ve çocukların katliamını kınadığını belirttiğini iddia etmiştir. Ayrıca, Zana, kendisinin bir PKK üyesi olmadığını, mahkum olmasının sebebinin "Özgürlük Yolu" adlı şiddet karşıtı derneğe üye olması olduğunu belirtmiştir.

Zana'nın bu iddialarına karşı, hükümet ise, başvuru sahibinin mahkumiyetinin sözleşmenin 10/2. maddesine göre haklı olduğunu savunmuştur. Zana'nın düşüncelerini PKK'nın saldırılarını yoğunlaştırdığı bir zamanda açıklamasının önemli olduğunu vurgulamıştır. Hükümete göre, ülkenin bölünmez bütünlüğünün terörist hareketler karşısında tehlikeye girdiği bir zamanda ifade hürriyetinin sınırlanmasında hükümetlerin daha geniş takdir yetkisinin olması gerekir. Komisyon, hükümetin bu iddialarını kabul ederek 10. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

AİHM, Zana'nın mahkumiyetinin ağır bir sosyal ihtiyaçtan kaynaklanıp kaynaklanmadığına ve elde edilmek istenen amaç ile mahkumiyet arasında orantılık olup olmadığına karar vermelidir. Bu amaçla, başvuru sahibinin sözlerinin içeriğinin,

konuşmanın yapıldığı tarihte ülkenin Güneydoğusundaki şartlar dahilinde incelenmesi gerekir.

Mahkeme, başvuru sahibinin 30 Ağustos 1987 tarihinde Cumhuriyet Gazetesinde yayınlanan ve esas itibarı ile başvuru sahibi tarafından reddedilmeyen sözlerini değerlendirme için temel almıştır. Konuşma iki cümleyi içermektedir. Birincisinde, başvuru sahibi katliamları kabul etmemekle birlikte, PKK'nın ulusal bağımsızlık hareketine olan desteğini açıklarken, ikincisinde, herkesin hata yapabileceğini ve PKK'nın kadınları ve çocukları yanlışlıkla öldürdüğünü belirtmektedir.

Mahkemeye göre bu ifadeler, değişik şekillerde yorumlanabilir. Fakat, kesin olan husus, iki ifadenin birbiri ile çeliştiği ve anlamlarının çok açık olmadığıdır. İfadeler çelişkilidir; çünkü, amacını gerçekleştirmek için şiddete başvuran bir örgüte desteği açıklamakla, katliamlara karşı olmayı bağdaştırmak mümkün değildir Aynı şekilde, kadın ve çocukların ölümünü kabullenmemekle birlikte, bu ölümleri herkesin gerçekleştirebileceği bir hata olarak tanımlamak arasında da bir çelişki vardır.

Sonuç olarak, Zana'nın yapmış olduğu açıklamalar, yapıldığı ortamın şartlarından bağımsız olarak ele alınamaz. Bu açıklamaların, ülkenin güney doğusunda PKK'nın sivil halk üzerinde gerçekleştirdiği katliamlarla aynı tarihe rastlaması da dikkat çekicidir. Bu şartlar içerisinde, yetkililerin, yayınlanan büyük bir günlük gazetede, güney doğunun en önemli şehrinin eski bir belediye başkanınca, PKK'nın ulusal bağımsızlık hareketinin savunulması ile PKK'ya verilen desteğin var olan gerginliği daha da arttıracığını düşünülmesi gerekirdi. Bu sebeple, verilen ceza ağır bir sosyal ihtiyaca cevap vermektedir ve sözleşmeye taraf olan ülkece ceza vermek için gösterilen sebepler haklı ve yeterlidir. Söz konusu şartlar ve üye ülkelerin takdir hakları nazara alındığında, ifade

hürriyetine yapılan müdahale ile elde edilmek istenen amaç arasında orantılık vardır ve sözleşmenin 10 uncu maddesi ihlal edilmemiştir.

5.1.2. İncal/ Türkiye¹²⁸

Başvuruyu yapan İbrahim İncal avukat olup, 1993 yılında Anayasa Mahkemesince Kapatılan Halkın Emek Partisi (HEP)'nin İzmir temsilciliğinin yönetim kurulu üyesidir. 1992 yılında, partinin yönetim kurulu, İzmir'de mahalli yönetimce, özellikle gecekondulara yerleşimine yönelik olarak alınan bazı tedbirleri eleştiren bir bildiri dağıtma kararı alır. "Bütün demokratik vatanseverlere" başlığını taşıyan bildiri, on bin tane basılmıştır. Bu bildiri İzmir'de son günlerde, Kürtleri şehir dışına atmak için valilik, emniyet müdürlüğü ve belediyece bir kampanya başlatıldığı, bu kampanyada İzmir'in pilot bölge seçildiği, bu amaçla, ilk aşama olarak, şehri güzelleştirme ve trafiği rahatlatma adına sokak esnaflığı yaparak geçimini sürdüren Kürt vatandaşlara yönelik tedbirler alındığı, bu tedbirlerle sokak esnaflığının yapılması engellenerek toplumun bu kesiminin yoksulluğa ve açlığa itilmek suretiyle doğum yerleri olan kendi illerine dönmeye zorlandığı belirtilmektedir. Ayrıca, bildiri, bu kampanya öncesi, alt yapının hazırlanması adına, bilinmeyen güçlerce, "İzmir'in vatansever halkı" başlığını taşıyan bildiriler dağıtıldığı; bu bildirimlerde "Kürtlere ev ve iş vermeyin", "Kürtlerle konuşmayın, evlenmeyin, ve Kürtlere kız vermeyin" diye propaganda yapıldığına ve bu şekilde Kürt halkına karşı düşmanlık, kin ve nefretin tahrik edildiğine dair bilgiler yer almaktadır. Bildiri, bu bildirimlerin, gündüz dağıtılmasına rağmen, bunları dağıtan kişilerin niçin yakalanmadığını kimsenin bilmediği de vurgulanmaktadır.

¹²⁸ İncal/ Türkiye, 22678/93, 09.06.1998. Kararın Türkçe çevirisi için Bkz. Yargı Mevzuatı Bülteni, 07.04.1999, Sayı 76, s. 51-65.

Bildiride, Kürtleri şehir dışına sürme kampanyasının ikinci aşaması olarak, seçim öncesinde politikacıların oy karşılığı, bu bölgede yapılanmaya izin verileceğini belirtmiş olmalarına rağmen, gecekonduların yıkılması işleminin başlatıldığı iddia edilmektedir. Kürtlerin çoğunlukta olduğu bölgelerde gerçekleştirilen bu yıkımlara, kimsenin ses çıkarmamasının yetkilileri daha da cesaretlendirdiği ifade edilmiştir. Bildiriye göre, bu kampanya, psikolojik bir savaş olup ülke çapında Kürtlere karşı yürütülen özel savaşın bir parçasıdır. Bildirinin sonunda, tüm demokratik vatanseverlere seslenilmekte, bu saldırılara karşı koymak için halkın kendi gücünü yansıtacak olan, dayanışma adına, “komşuluk komiteleri” kurulması ve tüm Türk ve Kürt vatanseverlere bu savaşı sona erdirmeye adanmış olduklarına güvenilmesi tavsiye edilmekte, ulusların kardeşliğinin daha uzun yaşaması, tüm şehirlere yayılan bu özel savaşın sona erdirilmesi istenilmektedir.

Bu bildirilerin dağıtım izni için valiliğe yapılan müracaatın polise ulaşması üzerine, polis, bildiride, halkın hükümete karşı ayaklanmaya teşvik edilerek bölücü propaganda yapıldığı gerekçesi ile DGM savcılığını bilgilendirmiştir. Aynı düşünceyi paylaşan DGM savcılığının talebi üzerine DGM yedek hakimi, söz konusu bildirilerin toplattırılmasına karar verilmiştir. HEP’ in İzmir ve Buca’daki temsilcilikleri aranır ve burada bulunan bildirilere el konulmuştur.

Aynı gün, HEP’in bölge liderleri, yönetim kurulu üyeleri ve başvuru sahibi hakkında TCK 312. maddesine dayanarak, halkı, sınıf, din, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik etmek suçlaması ile ve Basın Kanunu’nun 4. maddesine dayanarak dava açılır. Başvuru sahibi, özellikle, bildiride komşuluk komiteleri kurularak polise karşı koymaya teşvikten dolayı, TCK’nin 312/2-3 maddesi ve Basın

Kanunu'nun 4/1 maddesine aykırı davranmaktan DGM'ce suçlu bulunur ve 6 ay 20 gün hapis ve 55.555 TL para cezasına mahkum edilir. Ayrıca bildirilerin müsaderesine ve başvuru sahibinin 15 gün trafikten men edilmesine karar verilir. Karar Yargıtay tarafından da onanır.

AİHM, yayınlanan bildiriden dolayı başvuru sahibinin mahkum edilmesini ifade hürriyetine yapılan bir müdahale olarak görmektedir. İfade hürriyetine yapılan bu müdahale, sözleşmenin 10/2. maddesinde belirtilen şartlar gerçekleşmediği takdirde, ifade hürriyetini koruyan 10/1. maddeyi ihlal etmiş olacaktır. 10/2. maddede sayılan şartlar: 1) müdahale sebebinin önceden kanunla öngörülmüş olması, 2) müdahalenin müdahaleyi haklı kılan sebeplerden birisine dayanması ve 3) müdahalenin demokratik bir toplum için gerekli olmasıdır.

AİHM'ye göre, söz konusu davada, TCK'nin 312. ve Basın Kanunu'nun 4. maddesine dayanarak verilen bir ceza söz konusu olduğundan, sözleşmenin 10/2. maddesinde belirtilen birinci şart gerçekleşmiştir. Müdahaledeki amaç, kamu düzeninin korunması olduğundan 10/2. maddedeki ikinci şart da mevcuttur. Bu durumda, ifade hürriyetine yapılan müdahalenin sözleşmeye uygunluğunu belirleyecek olan, müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığıdır.

Yapılan müdahalenin demokratik bir toplum için gerekli olup olmadığı konusunda, başvuru sahibi, "Demokratik çoğulcu bir sistemde siyasi partiler ülkenin sosyal ve siyasi problemleri konusunda kendi fikirlerini açıklayabilmelidir. Bildiride, açıklanan fikirler gerçek olaylara dayanmaktadır ve Kürt kökenli vatandaşlara uygulanan ekonomik baskı ve ayrımcı idari uygulamalara eleştiri getirilmekle iktifa edilmiştir" şeklinde görüş bildirmiştir. Başvuru sahibine göre, bildirinin yazarları, kendisi dahil,

hiçbir zaman ayrımcılığı amaçlamadıkları gibi kamu düzenini bozmak için kimseyi kışkırtmayı düşünmemişlerdir. DGM hakiminin bulgularının aksine, ülkede kişiler arasında kin ve düşmanlığın tahriki söz konusu olmamıştır. Çünkü her şeyden önce söz konusu bildiriler henüz dağıtılmamıştır. Başvuru sahibine göre, kendisine getirilen, kamu hizmetinde bulunma, seçme, seçilme ve dernek, sendika ve siyasi parti kurma yasakları hatırlandığı zaman, verilen ceza her halükarda orantısızdır.

Hükümet ise, cevap olarak, söz konusu ildeki başkalarına ait toprak parçası üzerine yerleşmiş olan gecekonduların yıkılmasına ve sokak esnafının satışlarını önlemeye yönelik idari uygulamaların kanuni bir zorunluluktan kaynaklanmakta olup amacın kamu düzenini sağlamak ve başkalarının hak ve hürriyetlerini korumak olduğunu belirtmiştir. Hükümete göre, bildiri, saldırgan ve tahrik edici üslubu ile, Kürt kökenli vatandaşlarda kendilerine karşı ayrımcılık yapıldığını inandıracak bir şekilde kaleme alınmış olup, bildiride Kürt vatandaşlara, yürütülen özel savaşın mağdurları olarak kendilerini savunma adına komşuluk komiteleri kurarak yetkililere karşı gelinmesi gerektiği tavsiye edilmektedir. Ayrıca, bildiri, İzmir halkına ve esnafına, kendi ekonomik ve sosyal problemlerinin kaynağının Kürt kökenli vatandaşlar olduğu izlenimi vermektedir. Bu şekilde bir mesaj, toplumu şekillendiren kardeşlik duygularını bozucu bir amaç taşımaktadır. Söz konusu olayda, avukat olan başvuru sahibi, böyle bir bildiri bastırmak suretiyle, politik konulardaki tartışma hürriyetinin kabul edilebilir sınırlarını aşarak, üzerine düşen görev ve sorumluluklarını gözardı etmiştir.

Hükümete göre başvuru sahibi, PKK'nın saldırılarını yoğunlaştırdığı bir zamanda, toplumdaki etnik bir grubu devlet yetkililerine karşı ayaklanmaya teşvik etmektedir.

Böyle bir durumda, devletin, başvuru sahibini cezalandırmak ve bu amacı taşıyan bildirilere el koymaktan başka seçeneği yoktur.

AİHM'ye göre ifade hürriyeti, demokratik bir toplumun önemli temellerinden ve kişilerin kendisini gerçekleştirme için önemli şartlardan birisidir. Sözleşmenin 10/2. maddesinde sayılan istisnalar dışında, ifade hürriyeti sadece kişilerin hoşuna giden fikirleri değil, şaşırtan, rahatsız eden fikirleri de kapsar. Kişilerin fikir ve düşüncelerini açıklayabilmesi, demokratik bir toplumun olmazsa olmaz şartları olan çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin bir gereğidir.

AİHM, denetim görevini yaparken kendisini, yerel mahkemelerin yerine koymaz. Mahkemenin yetkisi, taraf devlet mahkemelerince verilmiş olan kararların sözleşmeye uygun olup olmadığını denetlemektir. Mahkemenin bu denetimi yaparken dikkat ettiği husus, taraf devlet mahkemelerince verilen kararların kabul edilebilir mantıklı gerekçelere dayandırılıp dayandırılmadığıdır.

AİHM'ye göre DGM; söz konusu olayda, başvuru sahibini, devleti terörist olarak tanımladığı ve alınan bazı idari tedbirleri yürütülen özel bir savaşın bölümleri olarak göstermeye çalıştığı için halkı kin ve düşmanlığa tahrik ve yasa dışı metotlar kullanmaya teşvik etmekten dolayı cezalandırmıştır.

AİHM'ye göre bildiri, yerel yöneticilerin özellikle sokak esnafına karşı almış olduğu bazı tedbirlere eleştiri getirmektedir. Dolayısıyla, bildiride yer alan bilgiler İzmir halkını ilgilendiren gerçek olaylara dayanmaktadır. Bildiri, İzmir'de yaşayan Kürt kökenli vatandaşların içinde bulunduğu durumdan söz etmektedir. Sözü edilen tedbirlerin Kürt kökenli vatandaşlar için alındığı, amacın onları şehri terk etmeye zorlamak olduğu vurgulanmaktadır. Türk Hükümetinin politikalarına ciddi eleştiriler getirildiği ve

durumun tek sorumlusu olarak hükümetin gösterildiği bildiride, bütün demokrat vatansverlere seslenilerek devlet yetkililerinin eylem ve işlemleri “terör” olarak tanımlanmakta ve Kürtlere karşı ülkede sürdürülen özel savaşın bir parçası olarak nitelenmektedir. Vatandaşlardan, özellikle “komşu komiteleri” kurarak, bu duruma karşı gelmeleri istenmektedir.

AİHM’ye göre bildiride kullanılan cümlelerde, diğer vatandaşların yanı sıra, Kürt kökenli vatandaşlara bu uygulamalara son verilmesi konusunda çaba göstermeleri için çağrı yapılmaktadır. Her ne kadar “komşu komiteleri” kurulması yönündeki talepten ne kast edildiği açık değilse de, taleplerin tamamı değerlendirildiğinde, bildiride, vatandaşlar arasında şiddete, kin ve düşmanlığa bir tahrikin mevcudiyetinden söz etmek mümkün değildir. Böyle bir yazı görünürde vermek istediğinden başka bazı gizli amaç ve niyetler içerebilirse de, bildirinin yazarlarının bildirideki görünen amaçlarındaki samimiyetinden şüphe edecek net maddi bulguların varlığı söz konusu değildir.

AİHM’ye göre terörle mücadele ile ilgili Türkiye’nin karşılaştığı problemler ciddiye alınması gereken problemlerdir. Fakat, bu olaydaki şartlar ile Zana/Türkiye davasının şartları arasında benzerlik yoktur. Bu olayda, başvuru sahibinin, Türkiye’deki ve İzmir’de meydana gelen terör olaylarından sorumluluğunu doğuracak herhangi bir sebep görülmemektedir. Bu noktada, hatırlanması gerekir ki, DGM olayda, terör boyutunun olmamasından dolayı, DGM, Savcının, olaya Terörle Mücadele Kanunu’nun uygulanması talebini reddetmiştir.

Sonuç olarak, söz konusu olayda, başvuru sahiplerinin mahkum edilmesi ile elde edilmek istenen amaç arasında orantılılık söz konusu değildir. Bu bakımdan, ifade

hürriyetinin cezai tedbirlerle sınırlanması suretiyle sözleşmenin 10. maddesi ihlal edilmiştir.

5.1.3. Ceylan /Türkiye¹²⁹

AİHM' ye başvuru yapan, Petrol-İş Sendikası Başkanı Münir Ceylan, haftalık olarak yayın yapan “Yeni Ülke” gazetesinde, “söz işçinin, yarın çok geç olacaktır” başlıklı bir makale yayınlamıştır. Yayımlanan bu makale nedeniyle başvuran hakkında, TCK'nin 312/1-2. maddesi uyarınca, “halkı din, dil ırk ayrımı gözeterek kin ve düşmanlığa tahrik etmek” suçundan cezalandırılması için dava açılmıştır. Başvuran, DGM'deki savunmasında, suça konu olan makalede; ülkenin bir bölümündeki insan hakları ihlallerini anlattığını, bölücülük ve kargaşa oluşturmak istemediğini söylemiştir.

DGM'deki yargılama sonucunda başvuran, 1 yıl 8 ay hapis ve 100.000 TL para cezasına mahkum olur. Mahkumiyet kararı Yargıtay tarafından onanır. DGM' ye göre, başvuran yazısında, Türkiye'de Kürt Halkının baskı altında tutulduğunu, öldürüldüğünü ve susturulduğunu ileri sürmektedir. Özellikle, makalede yer alan “Türkiye'de Kürtler soykırıma tabi tutuluyor” ve “Kürt halkının ağzı tıkanmaya ve boğulmaya çalışılıyor” ifadeleri, “insanlar arasında ırk, din ve sosyal farklılık gözeterek halkı kin ve düşmanlığı körüklemeye yönelik” olup, fiil, TCK'nin 312/2. maddesindeki suçu oluşturmaktadır.

AİHM, gazetede yayımlanan yazıdan dolayı başvuru sahibinin mahkum edilmesini ifade hürriyetine yapılan bir müdahale olarak görmektedir. Bu müdahale, 10/2. maddede belirtilen istisnalar dışında, ifade hürriyetini ihlal edecektir. 10/2. maddede belirtilen ve ifade hürriyetine yapılan müdahaleyi meşru hale getiren şartlar; 1) müdahale sebebinin önceden kanunla öngörülmüş olması, 2)müdahalenin, müdahaleyi haklı kılan

¹²⁹ Ceylan/Türkiye, 23556/94, 08.07.1999. Kararın Türkçe çevirisi için Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü (2002:211-28).

sebeplerden birisine dayanması ve 3) müdahalenin demokratik bir toplum için gerekli olmasıdır.

Yapılan müdahaleye bu şartlar açısından bakılacak olursa; TCK'nın 312. maddesine göre verilen bir ceza söz konusu olup müdahale sebebi önceden kanunla öngörülmüştür. Müdahaledeki amaç, ulusal güvenliği, kamu düzenini sağlamak ve ülkenin toprak bütünlüğünü korumaktır. Müdahaleye temel teşkil eden bu nedenler, sözleşmenin 10/2. maddesinde sayılan nedenlerdendir. Güneydoğudaki gibi, şiddeti amacına ulaşmak için bir metot olarak benimseyen bölücü bir harekete karşı devletin dikkatli olması gerekir.

AİHM'ye göre ifade hürriyeti, demokratik bir toplumun önemli temellerinden ve kişilerin kendisini gerçekleştirmesinin önemli şartlarından birisidir. Sözleşmenin 10/2. maddesinde sayılan istisnalar dışında, ifade hürriyeti, sadece kişilerin hoşuna giden fikirleri değil, kişileri şaşırtan, rahatsız eden fikirleri de kapsar. Kişilerin fikir ve düşüncelerini açıklayabilmesi, demokratik bir toplumun olmazsa olmaz şartları olan çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin bir gereğidir. Sözleşmenin 10/2. maddesinde sıfat olarak kullanılan "gereklilik" sıfatı, "ağır bir sosyal ihtiyacı" ifade etmektedir. Sözleşmeye taraf devletler böyle bir ihtiyacın varlığına karar vermede, belirli bir takdir yetkisine sahiptir. Ancak bu takdir yetkisinin kullanımı, AİHM'nin denetimine tabidir. Bu sebeple, ifade hürriyetine getirilen sınırlamanın Sözleşmenin 10. maddesi açısından kabul edilebilirliği konusunda son kararı AİHM verecektir.

AİHM'ye göre başvuranın yayınlamış olduğu makale, siyasi içeriklidir. Bu makalede, Güneydoğudaki şiddetin sebepleri, Marksizmden alıntılar yapılmak suretiyle açıklanmaya çalışılmıştır. Makalede verilmek istenen temel mesaj, Kürt hareketinin, Türk

işçi sınıfınca sürdürülen hürriyet ve demokrasi mücadelesinin bir parçası olduğu veya olması gerektiğidir. Yazara göre, hukuki engellemelere rağmen, kanlı katliamları ve devlet terörünü sona erdirmek için, demokratik kuruluşların, siyasi partilerin ve beraber çalışılabilecek bütün kişi ve kuruluşların bir araya gelerek yetkilerini ve güçlerini tek bir noktada buluşturması gerekir.

AİHM'ye göre, "Devlet terörizmi" ve "soykırım" kelimelerinde görüldüğü gibi, ifadelerde kin ve nefret duygularını körükleyen düşmanca bir üslup benimsenmiş olup Türk yetkililerin eylemleri oldukça sert bir dille eleştirilmiştir. Ancak, politik konuşmalar ve kamuyu ilgilendiren konularda ifade hürriyetinin sınırlanması noktasında devletin takdir alanı oldukça dardır. Ayrıca, hükümetle özel kişiler ve hatta politikacılar karşılaştırdığında, hükümet için getirilebilecek eleştirinin sınırları daha geniştir. Demokratik bir toplumda, hükümetlerin icraat ve ihmalleri sadece yasama ve yürütmenin değil, aynı zamanda kamuoyunun da yakın denetimi altında olmalıdır. Hükümetlerin, elinde bulundurdukları güç nazara alındığında, kendilerine karşı yapılan haksız eleştirilere karşı çok çeşitli şekilde cevap verme imkanı varken, cezai yaptırım uygulama konusunda oldukça dikkatli olmaları gerekir. Bununla birlikte, devletlerin, kamu düzeninin garantörü olarak, kendilerine yöneltilen eleştirilere karşı, sınırları dahilinde, cezai nitelikte olanlar dahil, gerekli gördüğü tedbirleri alma hakkı saklıdır. Eleştirilerin, başka kişilere, kamu görevlilerine veya toplumun bir kesimine karşı şiddeti teşvik edici nitelik taşıması halinde ise ifade hürriyetini sınırlamada, devlet daha geniş takdir alanına sahiptir.

AİHM, Türkiye'nin, terörizmi önleme ve son 15 yıldır devam eden terör problemini daha karmaşık hale getirecek fikir ve düşüncelerin açıklanması konusundaki

hassasiyetini anlayışla karşılamaktadır. Burada, hatırlanması gereken, makalenin Körfez Savaşı'nın hemen sonrası Irak'taki Kürtlerin gördükleri baskı sonucu, Türkiye sınırına doğru yığınak yaptığı bir zamanda yayınlanmasıdır. Mahkemeye göre, söz konusu makale, Türk siyasi hayatında söz sahibi olan bir sendikanın başkanı tarafından hazırlanmış olup, sert bir dille yazılmış olmasına rağmen kişileri şiddete veya silahlı ayaklanmaya teşvik etmemektedir.

AİHM, başvuru sahibine verilen cezayı oldukça ağır bulmuştur. Verilen bu ceza sebebiyle, başvuru sahibi sendikadaki işini kaybetmenin yanında, bazı siyasi ve medeni haklarından da mahrum kalmıştır. Cezanın bu sonuçları, ifade hürriyetine yapılan müdahalenin orantılılığı konusunda kuşku uyandırmaktadır.

Sonuç olarak, mahkeme, ifade hürriyetine yapılan müdahale ile elde edilmek istenen amaç arasında orantı olmadığına ve yapılan müdahalenin demokratik toplum gereklerine uygun olmadığı kanaatine varmış ve bu sebeple Sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiği yönünde karar vermiştir.

5.1.4. Öztürk /Türkiye¹³⁰

Başvuru sahibi Öztürk, “Yurt Kitap-Yayın” yayınevinin sahiplerinden birisi olup, 1988’de M. N. Behram tarafından kaleme alınan, “Hayatın Tanıklığında- İşkencede Ölümün Güncesi” adlı bir kitabı yayınlamıştır.. Kitap, 1973’te kurulan, yasadışı Maoist Türkiye Komünist Partisi-Marksist Leninist’in (TKP-ML) kurucu üyelerinden İbrahim Kaypakkaya’nın hayatını anlatmaktadır. Söz konusu kitap 111 sayfa olup, fotoğraflarla açıklamalar getirilmekte, kitabın 24 bölümünün her birisi bir şiirle başlamaktadır. Kitabın ilk baskısı bittikten sonra kitap, yeniden bastırılarak yayınlanır.

¹³⁰ Öztürk/Türkiye, 22479/93, 28.09.1999. Kararın Türkçe çevrisi için Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü (2002:353-384).

1988 yılında Ankara DGM Savcılığı, kitabın yazarı Behram ve başvuru sahibi yayıncı Öztürk hakkında TCK'nın 312/2. maddesine göre, “sosyal sınıf farkı gözeterek halkı kin ve düşmanlığa tahrik etmek” suçundan dava açar ve kitapların da toplatılmasını ister.

DGM'nin iddianamesine göre, kitapta hayatı anlatılan İbrahim Kaypakkaya, bir terörist örgüt olan TKP-ML'nin başı olup, Anayasal düzeni yıkarak komünist bir rejim oluşturmak için silahlı eylemler düzenlemiştir. Bu teröristin hayatının anlatıldığı kitapta yer alan şiirlerde, komünist rejim oluşturmak için sabırla çalışılması gerektiği tavsiye edildikten sonra, anayasal rejimi silahla değiştirmeyi amaçlayan teröristlerin anısına duyulan saygı belirtilerek toplumun katmanları arasında ve güvenlik güçleri de kınanmak suretiyle kin ve düşmanlık tahrik edilmektedir. Kaypakkaya ve diğer teröristler için söylenen, “değerleriniz bizim rehberimiz, hatıralarınız bizim yolumuzu aydınlatan ışık olsun” gibi sözlerle Kaypakkaya'nın şahsının ve terörist hareketlerinin aşırı şekilde övülmesi, yayıncı başvuru sahibinin mahkumiyeti için yeterli ve haklı sebeplerdir.

Başvuran DGM'deki savunmasında, bölücü propaganda yapmadığını, devlete yöneltilen eleştirilerin herhangi bir vatandaş tarafından da yapılabilecek türden eleştiriler olduğunu söylemiştir.

DGM, kitabın TKP-ML'nin amacı ve silahlı baskınlarının yanında, TKP-ML'nin liderini yücelterek övdüğüne karar vererek, başvurunu, halkı bölge, sosyal sınıf ve etnik köken farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa tahrik etmek suçundan para cezasına mahkum etmiş, ayrıca kitapların da müsaderesine karar vermiştir.

Bu mahkumiyetten iki yıl sonra kitabın yazarı hakkında, daha önce açılan dava sonuçlanmış, bu davadaki hakimlerden birinin de bulunduğu üç DGM hakimi, üç ceza

hukuku profesörünün verdiği bilirkişi raporuna dayanarak, kitabın belgesel bir nitelik taşıdığı kanaati ile TCK'nın 312. maddesinde hüküm altına alınan suçun unsurlarının oluşmadığı kanaatine ulaşarak, başvuranın beraatine kararı vermiştir.

Aynı kitap hakkında iki farklı karar verilmesi üzerine, mahkumiyet kararının bozulması için başvuru sahibi Adalet Bakanlığı'ndan yazılı emir yoluna başvurmasını istemiş, ancak yapılan başvuru, Yargıtay'ca, teknik sebeplere dayanarak reddedilerek ve kitabın yayıncısına verilen ceza kaldırılmamıştır..

AIHM'ye göre, yayınlanan kitaptan dolayı başvuranın mahkum edilmesi, sözleşmenin 10. maddesi ile korunan ifade hürriyetine yapılan bir müdahaledir. Kitabın yazarının mahkum olmayıp, yayıncısının mahkum olması durumu değiştirmez. Yayıncılar, yazarlara düşüncelerini yayınlama imkanı tanıyarak ifade hürriyetinin kullanılmasına katkıda bulunmaktadır. İfade hürriyeti sadece açıklanan fikir ve düşüncelerin içeriğini değil, fikir ve düşünceleri açıklamak için kullanılan yolları da kapsamaktadır. İfade hürriyetine yapılan bu müdahale, sözleşmenin 10/2. maddesinde belirtilen şartlar gerçekleşmediği takdirde, ifade hürriyetini ihlal edecektir.

Bu davada, TCK'nın 312. maddesine göre verilen bir ceza söz konusu olup, sınırlama sebebi önceden kanunla öngörülmüştür. AIHM'ye göre, TCK'nın 312. maddesinin yeterince net olmadığı başvuru sahibi tarafından ileri sürülmüşse de, aynı konuda iki farklı karar çıkmış olması, başvuru sahibinin hareket tarzını önceden öngörmesine imkan sağlayacak kadar ve dolayısıyla hangi eylemin maddede hüküm altına alınan suçu oluşturacağını gösteren açık ifadeler içermektedir. Burada ifade hürriyetinin sınırlandırılmasındaki amaç, kamu düzenin korunması ve suçun önlenmesi olup, Sözleşmenin 10/2. maddesinde belirtilen ifade hürriyetine müdahaleyi haklı

gösteren sebeplerdendir. Özellikle, terörizme karşı verilen hassas mücadele göz önüne alındığında devletin terör amaçlı şiddeti destekleyebilecek her türlü harekete karşı dikkatli olması gerekir.

İfade hürriyetine yapılan müdahalenin demokratik bir toplum için gerekli olup olmadığı konusunda, başvuru sahibi, verilen mahkumiyet kararının hem Sözleşme hukukuna hem de iç hukuka aykırı olduğunu ileri sürmektedir. Başvurana göre, kitabın yazarı hakkında kendi mahkumiyetinden iki yıl sonra beraat kararı verilmesi, Türk yetkililerin, TCK'nın 312. maddesini, politikacıları, insan hakları savunucularını ve yazarları cezalandırmak için gelişigüzel kullandıklarını göstermektedir.

Hükümet ise, başvuru sahibinin aynı konuda iki farklı karar verilmesini savunma olarak kullanamayacağını söylemiştir. Hükümete göre, kitap, bir terör örgütü liderini överek eleştiride kabul edilebilme sınırını aşmış ve bu örgütün daha önce rejimi yıkmak için kullandığı şiddete göz yummuştur. Kitabın yayın tarihinde, TKP-ML'nin savunduğu komünizm, tehlike olma özelliğini yitirmişse de, TKP-ML'nin diğer bir amacı olan bölücülük, devlet ve toplum için devam eden aktif bir tehlikedir. Bu nedenle, devletin, sosyal düzeni ve güvenliğini korumak için bölücü ve terörizm propagandasını suç olarak kabul ederek başvurucuyu cezalandırması haklı bir sebebe dayanmaktadır. AİHM bu konuda denetim görevini yaparken yalnızca ifade hürriyetine yapılan müdahalenin sözleşmeye uygun olup olmadığını araştırmalıdır. Ulusal mahkemenin yerine geçerek, yapılan yayının, Türkiye için bir tehlike oluşturup oluşturmadığı konusunda karar verme işlemine girişmemelidir. Sonuç olarak, başvuru sahibinin eylemine uygulanan ceza, ağır bir sosyal ihtiyacı karşılamakta olup demokratik toplum için bir gerekliliktir.

AİHM'ye göre, kitap, İbrahim Kaypakkaya'nın hayatını, eylemlerini ve Diyarbakır hapisanesinin şartlarını anlatmaktadır. Kitap, okuyucularına, Kaypakkaya'nın ölümünden devlet görevlilerinin sorumlu olduğunu vurgulama gayreti içindedir. AİHM'ye göre, kitap, söz konusu kişinin hayatı ile ilgili olaylar hakkında taraflı bir yorum getirmekte ve siyasi bir yaklaşım sergilemektedir. Kitapta, yazar, açıkça olmasa da, Türk yetkililerin hareketlerini ve sol hareketin bastırılma biçimi ile Kaypakkaya'nın ölümünden sorumlu olduğu iddia edilen kişilerin hareketlerine eleştiri getirme amacındadır. Dolaylı da olsa, kitap, bu şekilde, söz konusu kişinin temsil ettiği ideolojiye manevi destek vermektedir.

İlk derece mahkemesi, kararında kitabın hangi kısımlarının kişilerin kin ve düşmanlığa tahrik ettiğini açıklamamaktadır. Kitabın hangi kısmı karara esas alınmış olursa olsun, hatırlanacağı üzere, AİHM'ye göre, siyasi konuşmalar ve kamuyu ilgilendiren konularda ifade hürriyetini sınırlamak için takdir payı oldukça dardır. Hükümetle özel kişiler ve hatta politikacılar karşılaştırıldığında, hükümet için getirilebilecek eleştirinin sınırları daha geniştir. Demokratik bir toplumda, hükümetlerin icraat ve ihmalleri sadece yasama ve yürütmenin değil kamuoyunun da yakın denetimi altında olmalıdır. Hükümetlerin elinde bulundurdukları güç nazara alındığında, kendilerine karşı yapılan haksız eleştirilere karşı çok çeşitli şekilde cevap verme imkanları varken, cezai yaptırıma başvurma konusunda oldukça hassas davranmaları gerekir. Eleştirilerin başka kişilere, kamu görevlilerine veya toplumun bir kesimine karşı şiddeti teşvik edici nitelik taşıması halinde ise, ifade hürriyetini sınırlamada devlet, daha geniş takdir alanına sahiptir.

Burada, dikkat edilmesi gereken husus, kitabın yazarı hakkında aynı mahkemenin farklı hakimlerden oluşan heyetinin iki yıl sonra farklı bir yorum getirerek farklı karar vermiş olması ve TCK'nin 312. maddesini uygulama ihtiyacını hissetmemesidir. Bu aynı zamanda, başvuru sahibinin vurgulamak istediği kendisinin haksız bir ceza aldığı hususunu belirtme açısından da önemli bir göstergedir.

AİHM'ye göre, kitapta kullanılan kelimelerin şiddeti teşvik ettiği, düşmanlığı ve kini tahrik ettiği söylenemez. Bu tip kitapların gerçek amacının dışında gizli bazı mesajlar vermek isteyebileceği gözardı edilmemesi gerekirse de, kitabın ilk baskısından ikinci baskısına kadar geçen süre içinde kitabın yayınından etkilenerek bir suç işlenmemiştir. Bu durum da kitabın gizli bir amacı olmadığını göstermektedir. AİHM, kitabın ne amaçla yazıldığına karar vermenin ulusal mahkemenin işi olduğunu kabul etmekle beraber, kitabın yayında kalmasının, suçun önlenmesi ve kamu düzenin sağlanması üzerinde olumsuz bir etkisi olacağına inanmamaktadır. Kitap 1991'den beri satılmaktadır ve kitabın başvuru sahibinin mahkumiyetinden önce ve sonra da var olan bölücülük tehlikesini arttırma yönünde bir etkisi olduğuna dair bir belirti yoktur. Bu sebeple, AİHM; başvuru sahibinin Türkiye'deki terör probleminin oluşmasından dolayı bir sorumluluğu olabileceğine inanmamaktadır. Bu nedenle, ifade hürriyetine yapılan müdahale haklı bir sebebe dayanmamaktadır.

AİHM'ye göre, bu olayda, ifade hürriyetine müdahale yapma noktasında ağır bir sosyal ihtiyaçtan bahsedilemeyeceğinden, yapılan müdahale ile sözleşmenin 10. maddesi ihlal edilmiştir.

5.1.5. Bakır/Türkiye¹³¹

¹³¹ Bakır/Türkiye, 54916/00, 25.10.2005. Kararın Türkçe Çevrisi için Bkz. (<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/bakir.doc>).

Başvuran 21 Mart 1998 tarihinde, Karacadağ Radyosu'nun davetlisi olarak katıldığı canlı yayında Nevruz (yeni yıl) kutlamaları sırasında tanık olduğu olayları anlatmıştır. Radyo yayını aynı anda televizyon kanalı MED TV tarafından da yayınlanmıştır. Başvuran bu konuşmasında, güvenlik güçlerinin Nevruz kutlamaları sırasındaki operasyonlarını gayri insani gördüğünü söyleyerek sert biçimde eleştirmiştir.

Diyarbakır DGM Cumhuriyet Başsavcılığı 29 Haziran 1998 tarihli iddianameyle, aynı anda hem radyoda hem televizyonda yapılan yayında sarf ettiği sözlerden dolayı başvurunu Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 312/2. maddesi gereğince "halkı sosyal sınıf, ırk ve bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa tahrik etmekle" suçlamıştır.

Başvuran DGM huzurunda suçlamalara itiraz etmiştir. Başvuran, yayında yaptığı konuşmanın gazetecilik görevinin bir parçası olduğunu ve sadece izleyici ve dinleyicilere gerçekten meydana gelen olayları aktardığını ileri sürmüştür.

DGM, 29 Eylül 1998 tarihinde, başvurunu TCK'nın 312. maddesi gereğince bir yıl sekiz ay ağır hapis ve 2.533.333 TL (1 Euro 50 cent) para cezasına çarptırmıştır.

Başvuran temyize gitmiştir. Mesleğinin gazetecilik olduğunu hatırlatarak olayları abartıya kaçmadan tamamen objektif olarak aktarmanın onun görevi olduğunu belirtmiştir. Başvuran izleyici ve dinleyicilerin dünyada olup bitenler hakkında aydınlatılmaları gerektiğini ve gösteriler yasal olmasa da, kamuoyunun kutlamaların yanı sıra yetkililerin aldığı tedbirler hakkında bilgi edinme hakkının bulunduğunu vurgulamıştır. Yargıtay 12 Nisan 1999 tarihli kararla başvurunun yaptığı temyiz başvurusunu reddederek verilen kararı onamıştır.

Başvuran, hakkında verilen cezai mahkumiyet kararının ifade hürriyeti hakkını ihlal ettiğinden şikayetçi olmaktadır. Başvuran bu bakımdan AİHS'nin 10. maddesini ileri sürmektedir.

AİHM, elinde bulunan unsurların tümünü göz önünde bulundurarak, başvuranın AİHS'nin 10. maddesine göre yaptığı şikayetin esastan incelenmesi gerektiğine kanaat getirmektedir. AİHM şikayetin hiçbir kabul edilemezlik gerekçesiyle çelişmediğini tespit etmektedir.

AİHM, dava konusu mahkumiyet kararının, Sözleşmenin 10/1. maddesinin güvence altına aldığı ifade özgürlüğü hakkına müdahale oluşturduğunun taraflar arasında ihtilaf konusu olmadığını not etmektedir. Üstelik müdahalenin kanun tarafından öngörüldüğüne ve 10/2. madde bakımından milli güvenlik ve toprak bütünlüğünün korunması, düzenin sağlanmasının yanı sıra suçun önlenmesi gibi yasal amaç güttüğüne itiraz edilmemektedir. AİHM de bu değerlendirmeyi benimsemiştir. Buna karşın uyuşmazlık, bu müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığı sorusuna dayanmaktadır.

AİHM, içtihatları ışığında mevcut davayı incelemiş ve Hükümet'in, sözkonusu durumu farklı bir sonuca ulaştırabilecek bir olay ya da bir delil sunmadığına kanaat getirmiştir. AİHM, başvuranın kullandığı ifadeler ve yaptığı konuşmanın bağlamına önem vermiştir. Bu bağlamda, göreceği davanın bulunduğu koşulları ve özellikle terörle mücadeleye bağlı zorlukları göz önünde bulundurmıştır.

Dava konusu söylem, olaylara tanıklık etmek ve Nevruz kutlamaları sırasında güvenlik güçlerinin yürüttüğü operasyonların şekli üzerinde eleştiri yapmaktan ibarettir.

AİHM, DGM'nin dava konusu söylemin halkı kin ve düşmanlığa teşvik edici ifadeler içerdiğine kanaat getirdiğini belirtmektedir.

AİHM, yerel mahkemelerin aldığı kararlarda bulunan ve başvuranın ifade hürriyetine yapılan müdahaleyi haklı göstermeye çalışan gerekçeleri yeterli görmemektedir. Çünkü, sert üsluptaki bazı sözler Türk Devleti hakkında negatif bir tablo çizse de, ne şiddet kullanmaya, ne silahlı mücadeleye, ne de ayaklanmaya teşvik eder nitelikte olduğundan dikkate alınması gereken başlıca unsur, konuşmanın kin güden bir konuşma olmadığıdır.

AİHM, müdahalenin oranını belirlemek söz konusu olduğunda, verilen cezaların niteliğinin ve ağırlığının da göz önünde bulundurulması gereken unsurlar olduğunu belirtmektedir. Bu durumda, başvuran hakkında verilen mahkumiyet kararı hedeflenen amaçlarla orantılı olmayıp, “demokratik toplumda gerekli” değildir. Dolayısıyla AİHS'nin 10. maddesi ihlal edilmiştir.

5.2. Terörle Mücadele Kanunu'nun 6. ve 8. Maddeleri ile İlgili Kararlar

5.2.1. *Okçuoğlu /Türkiye*¹³²

Demokrat Dergisinin 12. sayısında “Kürt Sorununun Dünü ve Bugünü” başlığı ile yayınlanan bir makalede, başvuru sahibi Kürt asıllı ve hukukçu olan Zeki Okçuoğlu'nun da görüşlerine yer verilmiştir. Bu makalede Okçuoğlu'nun, “Bazı Türk Vatandaşları Kürt kökenli olmasından dolayı vatandaşlık haklarından mahrum bırakılmaktadır ve Kürt halkının toprakları bölgedeki devletlerce paylaşılmıştır. Kürt halkı vatandaşlık haklarını elde etmek için bölgedeki devletlerle savaşılmaktadır” şeklindeki sözlerine yer verilmiştir.

¹³² Okçuoğlu/Türkiye, 24246/94, 08.07.1999. Kararın Türkçe çevrisi için Bkz. (<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/okcuoglu.htm>).

Bunun üzerine, Okçuoğlu hakkında, İstanbul DGM Savcılığınca TMK'nin 8. maddesi hükmüne dayanılarak “devletin bölünmez bütünlüğü” aleyhine propaganda yapmaktan dolayı kamu davası açılmış ve İstanbul DGM de Okçuoğlu'nu 18 ay hapis cezasına ve bir miktar para cezasına mahkum etmiş, derginin ilgili sayılarının da toplattırılmasına karar vermiştir.

AİHM, başvuru sahibinin mahkumiyetinin TMK'nın 8. maddesi hükmüne dayandığı için Sözleşmenin 10. maddesine göre ifade hürriyetini sınırlamada gerekli olan, müdahalenin önceden kanunla öngörölmüş olması, şartının gerçekleştiği sonucuna varmıştır. AİHM'ye göre, İfade hürriyetinin TMK'nın 8. maddesi hükmüne dayanarak sınırlanmasındaki amaç, ülkenin ulusal güvenliğinin, kamu düzeninin, toprak bütünlüğünün ve ulusal birliğinin sağlanması olup, bu sebepler Sözleşmenin 10. maddesi hükmüne göre, ifade hürriyetini sınırlamayı haklı kılan sebeplerdendir. Dolayısıyla, ikinci olarak göz önünde bulundurulması gereken, yasal amaç şartı da gerçekleşmiştir. Bu bakımdan incelenmesi gereken husus, ifade hürriyetine böyle bir müdahalenin demokratik bir toplum için gerekli olup olmadığıdır. Söz konusu fikirler, basın aracılığıyla ifade edildiğinden demokrasinin bir gereği olan basın hürriyeti de göz önüne alınmalıdır.

AİHM'ye göre, basının, devletin ulusal güvenliği veya toprak bütünlüğü veya suçu önleme noktasında konulan sınırları aşmaması gerekmektedir beraber, politik konularda, bu konular farklılaşmalara ve bölünmelere yol açacak nitelikte olsa bile, bilgi ve fikirleri aktarmakla görevlidir. Basının bilgi ve fikir aktarma görevinin yanında kişilerin bu bilgi ve fikirleri öğrenme hakkı vardır. Basın hürriyeti, politik liderlerin

davranış ve fikirlerini ortaya koyma ve halka, liderlerinin davranış ve fikirleri hakkında düşüncelerini şekillendirme imkanı verir.

Söz konusu davada, başvuru sahibi, Kürt kökenli nüfusun durumunu uluslararası ilişkiler açısından açıklamaya çalışmaktadır. Her ne kadar yapılan analizde kullanılan dilin tarafsız olduğu söylenese de kullanılan dilin aşırı veya uç nitelikte olduğu söylenemez. Mahkeme, ayrıca, kamuyu ilgilendiren konuları ve politik konuşmaları Sözleşmenin 10/2. maddesine göre sınırlama konusunda üye ülkelerin takdir yetkisinin daha az olduğunu belirtmektedir. Hükümetle ile özel kişiler ve hatta politikacılar karşılaştığında, hükümet için getirilebilecek eleştirinin sınırları daha geniştir. Demokratik bir toplumda, hükümetlerin icraat ve ihmalleri sadece yasama ve yürütmenin değil, aynı zamanda kamuoyunun da yakın denetimi altında olmalıdır. Hükümetlerin elinde bulundurdukları yetkiler dikkate alındığında, kendilerine karşı yapılan haksız eleştirilere karşı farklı şekillerde cevap verme imkanları varken, cezai tedbirlere başvurma konusunda oldukça hassas davranmaları gerekir. Bununla beraber, devletlerin, kamu düzenini sağlamak için, gerekli gördüğü tedbirleri alma hakları da vardır. Eleştirilerin, başka kişilere, kamu görevlilerine veya toplumun bir kesimine karşı şiddeti teşvik edici nitelik taşıması halinde ise ifade hürriyetini sınırlamada, devlet, daha geniş takdir yetkisine sahiptir.

AİHM'ye göre, başvuru sahibi, yorumlarını bir açık oturumda yapmış olduğundan, bu yorumların satışı çok fazla olmayan bir dergide yayınlanmış olması konuşmaların ulusal güvenlik, kamu düzenliği veya toprak bütünlüğü için oluşturabileceği potansiyel tehlikenin etkisini azaltmaktadır. Başvuru sahibinin Türk halkı için söyledikleri sözler, olumsuz ve düşmanca bir içerik taşımakla beraber, şiddete,

silahlı mücadeleye veya isyana başvurulması konusunda teşvik ve tahrik söz konusu değildir. Bu şartlarda, ulusal mahkemenin 18 ay hapis gibi oldukça yüksek bir ceza vermesi müdahalenin varılmak istenen amaçla orantısız olduğunu göstermektedir.

Mahkeme, sonuç olarak, başvuru sahibi Okçuoğlu'na verilen ceza ile elde edilmek istenen amacı gerçekleştirme arasında bir orantısızlık görmüş ve müdahalenin demokratik bir toplum için gerekli olmadığına hükmederek Sözleşmenin 10. maddesi hükmüne göre ifade hürriyetinin ihlal edildiğini belirtmiştir.

5.2.2. Sürek ve Özdemir /Türkiye¹³³

Kamil Tekin Sürek'in sahibi, Yücel Özdemir'in ise editörlüğünü yaptığı, "Haberde Yorumda Gerçek" adlı bir dergi, yasadışı bir kuruluş olan PKK'nın lideri ile iki ayrı tarihte gerçekleştirdiği mülakatı yayınlamıştır. Bunun yanında, söz konusu dergi, diğer bir sayısında da dört sosyalist terör örgütünün ortak bildirisini yayınlamıştır.

İstanbul DGM Cumhuriyet Başsavcılığı, terörist organizasyonun bildirisini yayınladığı ve bölücü propaganda yaptığı gerekçesiyle, derginin ilgili sayılarının toplatılması kararı vererek, mülakatı yayınlayan yayıncı hakkında TMK'nın 6 ve 8. maddeleri hükümlerine dayanarak, bir PKK lideri ile yapılan mülakatı ve dört terörist kuruluşun bildirisini yayınlamak suretiyle devletin bölünmez bütünlüğü aleyhine propaganda yapmaktan dolayı dava açmıştır.

Başvuranlar, mülakatların basın hürriyeti çerçevesinde halkı bilgilendirme amacıyla yayımlandığını, demokratik bir toplumda kişileri şok eden, hatta saldırı niteliği taşıyan fikirler dahil farklı fikirlerin savunulmasının normal olduğunu ileri sürmüşlerse

¹³³ Sürek ve Özdemir/Türkiye, 23462/94, 08.07.1999. Kararın Türkçe çevrisi için Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü (2002:229-270).

de, İstanbul DGM tarafından TMK'nın 6 ve 8. maddesi hükümlerine göre mahkum edilmişlerdir.

İstanbul DGM, PKK lideri ile yapılan mülakatın yorum yapılarak sunulmasını, mülakat yapılan kişinin Türkiye'nin bir bölümü için "Kürdistan" deyimini kullanmasını, Kürt kökenli bazı Türk vatandaşlarının ayrı bir toplum oluşturduğu ve Türk Devletinin Kürt halkını köylerinden çıkardığı ve öldürdüğü iddialarına yer verilmesini kararının gerekçesinde mahkumiyet sebebi olarak göstermiştir. Bunların yanında, DGM'ye göre, mülakat Kürt terörist hareketini övmekte ve Kürtlerin ayrı bir devlet kurması gerektiğini savunmaktadır. Bu sebeplerle, mahkemeye göre, mülakat, TMK'nın 8. maddesinde suç olarak kabul edilen devletin bütünlüğü aleyhine propaganda suçunu oluşturmaktadır. Dört kanunsuz ve terörist kuruluşun deklarasyonunu yayınlanması ise, DGM'ye göre, TMK'nın 6. maddesindeki suç oluşturmaktadır.

AIHM'ye göre, başvuru sahiplerinin TMK'nın 6 ve 8. maddelerinden mahkum olması karşısında, Sözleşme ile korunma altına alınan ifade hürriyetine bir müdahale olduğu konusunda tartışma söz konusu değildir. Bu müdahale, TMK'nın 6 ve 8. maddelerinden kaynaklanan ve daha önce kanunla öngörülmüş bir düzenleme olarak kabul edilmelidir. TMK'da yer alan bu maddelere dayanarak başvuru sahiplerinin ifade hürriyetlerini sınırlamadaki amaç, Sözleşmenin 10/2. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan ve ifade hürriyetini sınırlamayı haklı kılan sebeplerden olan, ülkenin toprak bütünlüğünü ve ulusal güvenliğini korumak, suçun önlenmesi ve kamu düzenini sağlamaktır. Yani müdahalenin meşru amaç şartı da gerçekleşmiştir.

AIHM, devletin, Güneydoğudaki varolan şiddeti daha da ateşlendirmemek için oldukça hassas davranması gerektiğini kabul etmekle beraber, basın, demokrasinin

gerektiği gibi işlemesindeki rolünü unutmamak gerektiğini vurgulamaktadır. Basının, ÷lkede devletin ulusal güvenliği veya toprak bütünlüğü veya suçu önleme noktasında koyduğu sınırları aşmaması gerekmekle birlikte, basının politik konularda, bu konular farklılaşmalara ve bölünmelere yol açacak nitelikte olsa da, bilgi ve fikir aktarma görevinin yanında, kişilerin, bu bilgi ve fikirleri öğrenme hakkı vardır. Basın hürriyeti, politik liderlerin davranış ve fikirlerini ortaya koyma ve halka, liderlerinin davranış ve fikirleri hakkında düşüncelerini şekillendirme imkanı tanır.

AİHM'ye göre, söz konusu dergide yayınlanan mülakatlar, PKK liderinin varlığını iddia ettiği, Güneydoğudaki Kürt halkına karşı ABD'nin uyguladığı çifte standardı ve Türk Devleti'nin Kürt halkını bölgeden çıkarmayı ve dirençlerini kırmayı amaçlayan uygulamalarını eleştirmektedir. Adı geçen lider, mülakatında, PKK'nın, Kürt halkı adına başlattığı savaşın kendi taraflarında tek bir kişi kalmayıncaya kadar süreceğini ileri sürmektedir. Yayınlanan ortak bildiride ise, işçi sınıfına seslenilerek işçiler gördükleri adaletsizlikler karşısında dayanışmaya davet edilmektedir. Ayrıca, bildiri, Kürt halkının kendi geleceğini kendisinin belirlemesi hakkının tanınmasını ve Türk askerinin Kürdistan olduğu iddia edilen bölgeden çıkmasını istemektedir. İstanbul DGM, AİHM'ye başvuru yapan adı geçen iki kişiyi de TMK'nın 6 ve 8. maddelerine göre mahkum etmiştir.

AİHM, siyasi konuşmalar ve kamuyu ilgilendiren konularda hükümetin, kişilere göre ifade hürriyetini sınırlamak için manevra alanının olduğu dar olduğunu belirtmiştir. Ayrıca, hükümetle özel kişiler ve hatta politikacılar karşılaştırıldığında, hükümet için getirilebilecek eleştirinin sınırları daha geniştir. Demokratik bir toplumda, hükümetlerin icraat ve ihmalleri sadece yasama ve yürütmenin değil, aynı zamanda kamunun da yakın

denetimi altında olmalıdır. Hükümetlerin ellerinde bulundurdukları güç nazara alındığında kendilerine karşı yapılan haksız eleştirilere karşı birçok farklı şekilde cevap verme hakkı varken, cezai işlemleri başlatma konusunda oldukça dikkatli davranmaları gerekir. Bununla beraber, devletlerin, kamu düzeninin garantörü olarak, kendilerine yöneltilen eleştirilere karşı, sınırları dahilinde, cezai nitelikte olanlar dahil, gerekli gördüğü tedbirleri alma hakkı saklıdır. Eleştirilerin, başka kişilere, kamu görevlilerine veya toplumun bir kesimine karşı şiddeti teşvik edici nitelik taşıması halinde ise ifade hürriyetinin sınırlamada devlet daha geniş takdir alanına sahiptir.

AİHM'ye göre, konuşan kişinin terör örgütü olarak kabul edilen bir örgütün lideri olması, tek başına, sözleşme ile koruma altına alınmış olan ifade hürriyetinin sınırlanması için yeterli değildir. Yapılan bir mülakatın bir devlet politikasına ciddi eleştiriler getiriyor olması ve Güneydoğudaki problemin kaynağı veya sorumluları hakkında tek taraflı bir görüş aktarmış olması da ifade hürriyetini sınırlamak için tek başına yeterli olamaz. Yayınlanan mülakatta açıklanan fikirlerde PKK'nın hedeflerine ulaşılmadan kesinlikle barışın mümkün olmayacağı mesajının verildiği açıksa da, mülakatın tamamının kişileri şiddete veya düşmanlığa teşvik ve tahrik ettiği söylenemez. Mülakatta yer alan ve terör örgütü lideri tarafından sarfedilen; “Bizim topraklarımızı terk etmemizi istiyorlarsa, bilmelidirler ki bu konuda asla anlaşmaya yanaşmayacağız”, “Tarafımızda bir kişi kalmayınca kadar savaş devam edecek”, “Türk devleti bizi topraklarımızdan kovmak istiyor”, “Köylerimiz boşaltılıyor”, “Bizi yok etmek istiyorlar” gibi ifadeler karşı tarafın amaçlarına ulaşmada ne kadar katı olduğunu göstermektedir. Bu açıdan bakıldığında, mülakatlar, Güneydoğuda devletin mücadele içinde bulunduğu gücün arkasında bulunanların psikolojisini yansıtmaları ve tehlikede olan değerler hakkında bir durum

değerlendirmesi imkanı tanınması açısından haber niteliği taşımaktadır. AİHM, ifade edilen fikirlerin bölgede 1985'ten beri var olan ve birçok kişinin ölümüne sebep olan tansiyonu arttırmaması noktasında Türk Devletinin hassasiyetinin farkındadır. Bununla beraber, Mahkeme, Güneydoğu problemi hakkında, hoş olmayan noktalardan da olsa, farklı bakış açılarından, halkın bilgilendirilmesi konusunda, yetkililerin, gereken hassasiyeti göstermediğinin ortaya çıktığını belirtmiştir. AİHM, İstanbul DGM'nin ileri sürdüğü sebeplerin hem mülakatlarda hem de ortak bildiriye açıklanan fikirler açısından başvuru sahiplerinin ifade hürriyetini sınırlamak için yeterli sebepler olmadığına karar vermiştir.

AİHM'ye göre, ifade hürriyetinin sınırlanmasının orantılılığının değerlendirilmesinde dikkat edilecek hususlardan birisi de ifade hürriyetini kullanan kişiye verilen cezalardır. Diğer bir deyişle kişinin hürriyeti, verilen ceza ile sınırlandırılmış olmaktadır. Savaş ve kargaşanın söz konusu olduğu durumlarda medya özel bir görev üstlenmektedir. Medyanın, devlete karşı şiddete başvuran örgüt temsilcilerinin düşüncelerini aktarırken bu örgütlerin şiddeti arttıran ve düşmanlığı yayan düşüncelerine alet olmaması için daha da dikkatli davranmaması durumunda, Sözleşmeye taraf devletler, vatanın bütünlüğünü veya ulusal güvenliği veya suçun önlenmesini ileri sürerek, bazı cezai tedbirler uygulayıp medyanın halkı bilgilendirmesine engel olamazlar.

Sonuç olarak AİHM, söz konusu olayda, başvuru sahiplerinin mahkum edilmesi ile elde edilmek istenen amaç arasında orantılık söz konusu olmadığına ve yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda kabul edilemeyeceğine, bu sebeple de Sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

5. 2. 3. *Sürek / Türkiye (No. 1)*¹³⁴

Başvuruyu yapan, haftalık bir dergi olan “Haberde Yorumda Gerçek” adlı dergiyi çıkaran “Deniz Basın Yayın Sanayi ve Ticaret Organizasyon” adlı şirketin en büyük hissedarıdır. Bu derginin bir sayısında “Silahlar Özgürlüğü Engelleyemez” ve “Suç Bizim” adlı iki mektup yayınlanmıştır. İstanbul DGM Savcılığı, başvuru sahibi hakkında, derginin sahibi ve o sayının editörü olarak söz konusu mektuplardan dolayı TMK’nın 8. ve TCK’nın 312. maddelerine dayanarak devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğü aleyhine propaganda yapmaktan ve kişiler arasında kin ve düşmanlığı tahrik etmekten dolayı dava açmıştır. Adı geçen başvuru sahibi, TMK’nın 8. maddesinden para cezasına mahkum edilirken, TCK’nın 312. maddesinden ise beraat etmiştir. Bu mahkumiyet kararı Yargıtay tarafından da onanmıştır.

İstanbul DGM’ye göre, söz konusu mektuplar, Güneydoğudaki sekiz ili “bağımsız Kürdistan” ve PKK’yı “Türk Devleti’ne karşı ulusal bağımsızlık mücadelesini yürüten bir kuruluş” olarak nitelerek suretiyle Türk Devleti’nin toprak bütünlüğüne yönelik propaganda yapmaktadır.

AİHM’ye göre, başvuru sahibine, TMK’nın 8. maddesine dayanarak verilen ceza, Sözleşmenin 10. maddesi ile korunan ifade hürriyetine yapılan bir müdahaledir. Yapılan müdahale, kanunla önceden öngörülmüş ve ikinci fıkrada sayılan sebeplerden birine dayanmaktadır. Ancak, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliği ortaya konmadığı takdirde birinci fıkrada korunan ifade hürriyetinin ihlali söz konusu olacaktır.

AİHM’ye göre, TMK’nın 8. maddesi kelime yapısı oldukça muğlak olup, madde içeriğinin “netlik” ve “önceden öngörülme” şartlarını taşıdığı tartışmaya açık olsa da,

¹³⁴Sürek/Türkiye (No:1), 26682/95, 08.07.1999. Kararın Türkçe çevrisi için Bkz. (<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/surek1.htm>).

müdahalenin önceden kanunla öngörülme şartı gerçekleşmiştir. İfade hürriyetinin, TMK'nın 8. maddesine dayanarak sınırlanmasındaki amaç, ülkenin ulusal güvenliğinin, kamu düzeninin, toprak bütünlüğünün, ulusal birliğin sağlanması ve suçun önlenmesi olup, bu sebepler Sözleşmenin 10/2. maddesi uyarınca ifade hürriyetine yapılan müdahale için kabul edilebilir sebeplerdendir.

AİHM'ye göre, okuyucularca gönderilen mektuplarda, Güneydoğudaki askeri uygulamaların şiddetli bir şekilde eleştirildiği, bağımsızlık ve hürriyet mücadelesi yapan Kürt halkına vahşice baskı yapıldığı iddia edilmektedir. “Silahlar Özgürlüğü Engellemez” başlıklı mektup, iki kişinin devlet tarafından Kürtleri yok etme kampanyasının bir parçası olarak katledildiğini iddia etmekte ve Kürtlerin hürriyetlerini kazanma konusundaki kararlılığını dile getirmektedir. “Suç Bizim” başlıklı ikinci mektup ise, Türkiye Cumhuriyeti'nin tüm kurum ve kuruluşlarının, demokrasinin ve cumhuriyetin korunması adına kişilerin hapsedilmesine, işkence görmesine ve öldürülmesine göz yumduğunu ileri sürmektedir. Mektuplarda Türk ordusu, katliam yapan, şiddet ve baskı uygulayan bir kurum olarak tanıtılarak; “faşist”, “ölüm timi” ve “emperyalizmin kiralık katilleri” olarak nitelendirilmiştir. Bu yaklaşımla, mektuplarla, ölümcül şiddet şeklinde ortaya çıkan önyargıların oluşturulduğu bir ortamı daha da karıştırmaya ve intikam almaya çağrıda bulunmaktadır. Bu çağrının, 1985'ten beri güvenlik kuvvetleri ile PKK arasında ciddi kayıpların verildiği ve Bölgenin çoğunda olağanüstü halin ilan edildiği bir ortamda yapıldığı gözden uzak tutulmamalıdır. Bu durumda, mektupların içeriğinin taraflar arasında kökleşmiş olan kin ve nefrete dayanan şiddeti daha da arttırmaya yönelik olduğu söylenebilir. Gerçekten de, mektuplarla, okuyucuya, saldırgan olarak gösterilen devlete karşı, kendini savunmak için şiddete

başvurmanın gerekli ve haklı olduğu mesajı verilerek şiddet övülmektedir. Özellikle, “Suç Bizim”, adlı mektupta, isimlere yer verilerek bu kişilere karşı kin ve nefret körüklenmekte, şiddetin bir sonraki hedefi haline getirilmektedir. AİHM’ye göre, tüm bu nedenlerle, başvuru sahibinin yapılmasına müsaade ettiği yayınlara, devletin toprak bütünlüğüne yönelik eyleminden dolayı mahkumiyeti için yetkililer tarafından gösterilen sebepler Sözleşme ile koruma altına alınan ifade hürriyetini sınırlamak için gerekli ve yeterli sebeplerdir.

Başvuru sahibi, mektuplarda, açıklanan fikirlerle kendisini özdeşleştirmiş olmasa da, dergisinde değişik yazarlara, şiddeti ve kini tahrik etme fırsatı tanımaktadır. Bu nedenle, başvuru sahibinin, mektupların yayınlandığı dergi ile ticari bir ilişkisi bulunması sebebiyle editör sorumluluğunun olmadığı ve cezai sorumluluğunun olamayacağı yönündeki iddiaların kabul edilmesi mümkün değildir. Başvuru sahibi; derginin sahibi olarak derginin editör yönetimini şekillendirme yetkisine sahiptir. Derginin sahibinin, derginin editörünün ve yazarların bilgilerin toplanmasında ve halka aktarılmasında sorumluluğu ortaktır. Özellikle, olağanüstü dönemlerde bu sorumluluk daha da büyük önem taşır. Hakka müdahalenin orantılılığının değerlendirilmesinde dikkate alınması gereken diğer bir husus başvuru sahibine verilen cezanın cinsi ve miktarıdır. Verilen cezanın miktarı (83.333.333 TL) nispeten azdır. Mahkeme, bu bağlamda verilen mahkumiyetin niteliği ile ağırlığının müdahalenin orantılılığının değerlendirildiği zaman dikkate alınması gereken bir faktör olduğunu belirtmektedir.

Mahkeme, sonuç olarak, başvuru sahibine verilen cezanın ağır bir sosyal ihtiyacı karşıladığına ve elde edilmek istenen amaç ile yapılan müdahalede arasında orantılılık

olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bu sebeplerle, Sözleşmenin 10. maddesi ile koruma altına alınan ifade hürriyetinin ihlali söz konusu değildir.

5. 2. 4. *Sürek/Türkiye (No:2)*¹³⁵

Başvuruyu yapan, haftalık bir dergi olan “Haberde Yorumda Gerçek” adlı dergiyi çıkaran “Deniz Basın Yayın Sanayi ve Ticaret Organizasyon” adlı şirketin en büyük hissedarıdır. Bu dergi, 26 Nisan 1992 tarihli sayısında eski milletvekilleri Leyla Zana ve Orhan Doğan ile Lord Avebury ve Anglikan Kilisesinin bir üyesinden oluşan bir heyetin, Nevruz kutlamaları sırasında Şırnak’ta meydana gelen olaylar sonrası gerçekleştirdikleri ziyaretler üzerine düzenledikleri bir basın toplantısında açıklanan bilgilere yer vermiştir.

Dergide yer alan haberde açıklanan bilgilere göre, Şırnak Valisi, Emniyet müdürüne kalabalığın üzerine ateş etme emri vermiştir. Ayrıca, haberde, Leyla Zana ve Orhan Doğan ile Bölge Jandarma Komutanı İsmet Yediyıldız arasında geçen bir diyaloga yer verilmiştir. Söz konusu diyalog şöyle gelişmiştir;

Yediyıldız: Burada ne işiniz var? Siz gelmeden önce burada kimse yoktu. Buraya geldiniz ve yine ortalığı karıştırdınız.

Zana: Hayır. Biz buraya gelmeden önce durum oldukça gergindi. Kaymakamla buraya geldik ve tansiyonu düşürmeye çalışıyoruz. Kaymakam burada.

Doğan: Hayır, isterseniz kaymakama sorabilirsiniz.

Yediyıldız: Bu ölenlerin kim olduğunu biliyor musunuz?

Doğan : Evet, onlar bizim çocuklarımız, hepimizin çocukları.

Yediyıldız: Hayır, bizim değil sizin çocuklarımız.

Doğan: Ama komutanım...

¹³⁵ Sürek/Türkiye (No:2), 24122/94, 08.07.1999. Kararın Türkçe çevrisi için Bkz. (<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/surek2.htm>).

Yediyıldız: Bana komutanım deme. Ben senin komutanın değilim. Sizin kanınız benim susuzluğumu dindiremez. Siz de dürüstçe ve açıkça kabul etmelisiniz ki benim kanım da sizin susuzluğunuzu dindiremez. Şu anda sizi bir fare gibi öldürebilirim. Sizin ölümünüz bize zevk verecektir. Sizin kanınız benim susuzluğumu gideremez.

Zana: Problem eğer bizim ölmemizle çözülecekse bizim insanımız burada. Haydi onların arasına katılalım bizi öldürün ve problem çözülsün.

Yediyıldız : Hayır, sizi şimdi öldürmeyeceğim. Halkın gözünde sizi rezil ettikten sonra öldüreceğim.

Bu konuşmaların yayınlanması üzerine açılan dava sonucu, İstanbul DGM, derginin sahibi olan başvuru sahibini, TMK'nın 6. maddesine dayanarak terörle mücadele eden kolluğun kimliğini açıklayarak hedef haline getirmekten dolayı 54.000.000 TL'ye mahkum etmiştir.

Başvuru sahibi, temyiz başvurusunda; TMK'nın 6. maddesinin terörle mücadele eden kimselerin isimlerinin açıklanmasını mutlak olarak yasaklayarak yetkilerini kötüye kullanmasına ve kişilerin kötü muamelede bulunmasına zemin hazırladığını, haber alma ve verme hürriyetinin görevlilerin fiillerinin ve isimlerinin açıklanmasını da içermesi gerektiğini, maddenin bu hali ile hem Anayasaya hem de Sözleşmenin 10. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüştü de verilen karar Yargıtay'ca onanmıştır.

AİHM'ye göre, başvuru sahibine TMK'nın 6. maddesine dayanarak verilen ceza, Sözleşmenin 10. maddesiyle korunan ifade hürriyetine yapılan bir müdahaledir. Yapılan müdahalenin, kanunla önceden öngörülmüş olduğu ve Sözleşmenin 10/2. maddesinde belirtilen sebeplerden birine dayandığı açık olup böyle bir müdahalenin demokratik bir

toplumda gerekliliği ortaya konmadığı takdirde birinci fıkrada korunan ifade hürriyetinin ihlali söz konusu olacaktır.

AIHM, başvuru sahibinin derginin sahibi olarak dergide açıklanan fikirlerle kendisini özdeşleştirmiş olmamasının, cezai sorumluluktan kurtulmak için yeterli bir sebep olmadığı kanaatindedir. Ayrıca, derginin sahibi olarak derginin editör yönetimini şekillendirmede söz sahibi olduğu açıktır. Dergi sahibinin, derginin editörünün ve yazarların bilgilerin toplanmasında ve halka aktarılmasında sorumluluğu ortakır. Özellikle, olağanüstü dönemlerde bu sorumluluk daha da büyük önem taşımaktadır.

Mahkemeye göre, haberde aktarılan, Şırnak Valisinin Emniyet Müdürüne halkın üzerine ateş açması emri verdiği belirtilen ve jandarma komutanın söylediği iddia edilen “Sizin ölümünüz bize zevk verecek sizin kanınız benim susuzluğumu dindiremez.” şeklindeki bilgiler, yetkililerin yetkilerini kötüye kullandığını ortaya koyan iddialardır. Bu bilgiler, haberde, bu cümleleri sarf eden kişilere karşı şiddete teşvik edici şekilde kaleme alınmamışsa da, adı geçen görevlilerin halk tarafından ciddi olarak kınanmasına yol açabilecek kabiliyettir. İlave olarak, haber, güvenlik kuvvetleri ile PKK üyeleri arasında 1985’ten beri devam eden ve ciddi can kayıpları ile sonuçlanan olağan üstü bir dönemde yayınlanmıştır.

AIHM’ye göre, haberde yer alan bilgiler, emniyet müdürünün ve jandarma komutanın söylediklerinin aktarılmasıdır. Aktarılan bilgilerin doğru olduğu varsayımından hareket edildiği takdirde, her ne kadar Türk hukuku, aktarılan bilgilerin doğru olması ve halkın bu bilgiyi öğrenmede yararının söz konusu olması halini kişilerin isimlerini açıklamak için haklı sebep kabul etmemekle beraber, söz konusu yetkililerin, yetkilerini ciddi olarak kötüye kullanması söz konusu olup halkın sadece kötüye

kullanılan yetkinin içeriğini değil yetkilerini kötüye kullanan kişilerin isimlerini de bilme hakkı vardır. Adı geçen dergide yer alan aynı haber, diğer gazetelere de aktarılmış olup haberde yeni bir bilgi verilmemektedir. Dolayısıyla, başvuru sahibinin mahkumiyetine esas teşkil eden haberin yayını anında haberde yer alan söz konusu kişilerin yetkilerini kötüye kullandıkları zaten halkın bilgisine sunulmuştur. İlginçtir ki, aynı haberi aktaran diğer gazeteler hakkında herhangi bir işlem yapılmamıştır. Bu sebeple, yapılan yayınlarda haberde ismi geçen kişilere verilebilecek zarar zaten gerçekleşmiş ve verilen ceza ile elde edilmek istenen faydaya ulaşma imkanı ortadan kalkmıştır.

AİHM'nin son olarak belirtmek istediği husus, başvuru sahibine bu bağlamda verilecek bir cezanın halkı ilgilendiren konuları, basının açıkça tartışmasını zedeleyeceğidir. AİHM'ye göre, Hükümetin söz konusu kişilerin kimliklerinin açıklanmasını yasaklayarak onları terörden korumak istemesi, Sözleşmenin 10. maddesi ile korunan ifade hürriyetini sınırlamak için yeterli sebep teşkil etmez. Basının ifade hürriyeti ile güvenlik görevlilerinin kimliklerinin saklı tutulmak istenmesi arasında adil bir dengenin yokluğu karşısında, ifade hürriyetine yapılan müdahale ile elde edilmek istenen amaç arasında orantısızlık söz konusudur. Bu sebeple Sözleşmenin 10. maddesi ile koruma altına alınan ifade hürriyetinin ihlali söz konusudur.

5.2.5. Erdoğan ve İnce /Türkiye¹³⁶

“Demokrat Muhalefet” adlı aylık bir derginin editörü olan Ümit Erdoğan, adı geçen derginin Ocak 1992 sayısında, bir sosyolog olan Selami İnce ile yapılan bir mülakat yayınlamıştır. Bu mülakattan dolayı devletin bölünmez bütünlüğü aleyhine

¹³⁶Erdoğan ve İnce/Türkiye, 25067/94 ve 25068/94), 08.07.1999. Kararın Türkçe çevrisi için Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü (2002:327-354).

bölücü propaganda yapmaktan dolayı derginin editörü ve mülakatı yapan kişi hakkında TMK' nin 8. maddesine göre dava açılmıştır.

Başvuru sahipleri, mülakatta açıklanan fikirlerin, Türkiye'deki en üst seviyedeki insanlarca da dile getirildiğini, açıklanan fikirlerde suç unsuru bulunmadığını iddia etseler de, Ümit Erdoğan, TMK'nın 8. maddesine göre, 5 ay hapis ve 41.666.666 TL para cezasına; Selami İnce ise, 20 ay hapis ve 41.666.666 TL para cezasına çarptırılır.

DGM'ye göre, mülakatta yer alan aşağıdaki ifadeler devletin bölünmez bütünlüğü aleyhine propaganda oluşturmaktadır; "... hükümet bazı gerçekleri kabul etmek zorunda kaldı. Kürdistan'da silahlı bir mücadele var...", "Türk kuvvetlerinin şiddeti PKK'nın ilerlemesini ve yükselişini durduramadı...", "PKK'nın eylemleri ve fikirlerinin temeli resmi ideolojiyi değiştirebilir...", "...Kürtlerin ve PKK'nın etkisi daha da artacaktır. PKK'nın etkisi Kürt ve Türk toplumlarında yayılacak ve derinleşecektir...", "Ulusal uyanış ve özgürlük isteği daha da güçlenecek ve daha da genişleyecektir. Bağımsızlık fikri ve duyguları gelişecek...", "Bu gelişmelerin en önemli sebebi, PKK'nın 8 senedir sürdürdüğü silahlı eylemlerdir...", "Kürdistan'da kim kanun dışıdır. Gerillalar mı yoksa Türk silahlı kuvvetlerindeki özel tim mi?...", "...Kürtler kendi ülkeleri için ölüyorlar, Türkler niçin ölüyorlar? Kürdistan'da ne işleri var?...", "Türk devleti askerlerini geri çekti ve Botan gibi bazı bölgelerdeki polis karakollarını boşalttı...", "...Bu yeni bir devletin kurulmasının başlangıcı olarak görülebilir..."

Karar temyiz edilirse de Yargıtay'ca onanır. TMK'nın 1995'te değişmesi üzerine başvuru sahiplerinin durumu tekrar değerlendirmeye alınır ve yine aynı cezalar verilir. Kararın temyizi üzerine, bu sefer, Yargıtay, Ümit Erdoğan'ya verilen hapis cezasının para cezasına çevrilmesine, Selami İnce hakkındaki kararın ise bozulmasına karar verir.

Yapılan ikinci yargılamada, 14 Ağustos 1997’de yürürlüğe giren 4304 sayılı kanunun 1. maddesi gereği, Erdoğan hakkında karar verme işlemi ertelenir. DGM, İnce hakkındaki kararında ısrar etse de mahkemedeki iyi hali sebebiyle kararın gereğinin yerine getirilmesi tecil edilerek İnce, şartlı olarak salıverir.

AİHM’ye göre, yapılan mülakattan dolayı başvuru sahiplerinin mahkum edilmesi, Sözleşme ile korunan ifade hürriyetine yapılan bir müdahaledir. Bu müdahale, 10/2. maddede sayılan şartlar gerçekleşmediği takdirde, ifade hürriyetinin korunduğu 10/1. maddenin ihlali söz konusu olacaktır. Söz konusu müdahalede, TMK’nın 8. maddesine dayanarak verilen bir ceza söz konusu olup müdahale sebebi önceden kanunla öngörülmüştür. Başvuru sahipleri aksini iddia etmiş olsa da, 8. madde, başvuru sahiplerinin hareket tarzını önceden öngörmesine imkan sağlayacak kadar ve dolayısıyla hangi eylemin maddede belirtilen suç oluşturacağını gösterecek kadar açıktır. İfade hürriyetine müdahaledeki amaç, ulusal güvenliği ve kamu düzenini korumak ve ülkenin toprak bütünlüğünü sağlamaktır. Bu sebepler, Sözleşmenin 10/2. maddesi anlamında ifade hürriyetine yapılan müdahaleyi haklı gösteren sebeplerdendir. Özellikle, Güneydoğudaki gibi, şiddeti, amacına ulaşmak için bir metot olarak benimseyen ayrılıkçı bir hareketin söz konusu olduğu durumlarda, devletin, bu şiddeti destekleyebilecek her türlü harekete karşı dikkatli olması gerekir.

AİHM önünde başvurular, bu müdahalenin demokratik bir toplum için gerekli olmadığını, Türkiye’de resmi ideolojinin görüşlerine karşı alternatif görüş üretenlerin terör örgütleri lehine bölücü propaganda yapmaktan suçlandığını ve ulusal güvenliğin ve ülkenin toprak bütünlüğünün korunması bahane edilerek cezalandırıldığını belirtmişlerdir. Ayrıca, başvuruyu yapan kişiler, yapılan mülakatta, Kürt problemi

hakkında koalisyonu oluşturan parti liderlerinden askeriye kadar geniş bir kitlenin fikirlerinin yansıtılmak istendiğini, bu amaçla araştırmacı bir sosyologun fikirlerinden yararlandığını ifade ederler. 1995’de TMK’da yapılan değişikliğinin düşünce suçunu sona erdirmediğini, kendi örneklerinde görüldüğü gibi, hala düşüncelerinden dolayı kişilerin ceza gördüğünü iddia ederler.

Hükümet ise, bu iddialara cevap olarak; mülakatın, Kürt kökenli vatandaşların irade, akıl ve duygularına hitap ederek ulusal parlamento kurmayı tavsiye ettiğini belirtir. Mülakatta, PKK, Türkiye Cumhuriyeti ile girdiği silahlı mücadeleyi her halükarda kazanacak olan bir özgürlük ordusu olarak tanımlanmaktadır. Hükümet, mülakatın Körfez Savaşı sonrası Irak sınırında meydana gelen karmaşadan yararlanan PKK’nın askeri ve sivil bölgelere saldırılarını yoğunlaştırarak çok sayıda kişinin öldürüldüğü bir zamanda yayınlandığını hatırlatır. Mülakatta kullanılan ifadelerle, Kürt kökenli okuyucular Türk Devletine karşı silahlı mücadeleye teşvik edilmekte, ayrılıkçı harekete manevi destek verilmekte ve Kürt ayrılıkçı hareketi yüceltilmektedir. Bu nedenle, Türkiye’nin kendisine bırakılan takdir yetkisi içerisinde, başvuru sahiplerini TMK’nın 8. maddesi hükmüne dayanarak mahkum etmesi Sözleşmenin 10/2. maddesinde belirtilen düzenlemeye göre haklıdır.

AİHM’ye göre, mülakatta, bir Türk sosyolog Türk devletinin Kürt problemi üzerinde muhtemel politika değişiklikleri hakkında fikirlerini açıklamaktadır. Söz konusu sosyolog, PKK’nın gerilla savaşının Kürt toplumunu değiştirmede nasıl bir katkı sağladığı konusunda fikirlerini sunmakta ve bazı Türk ordu birliklerinin geri çekilmeye başlanmasını ve bazı polis karakollarının boşaltılmasını yeni bir devletin kurulmasının başlangıcı olarak yorumlamaktadır. Sosyolog, kendisini özdeşleştirmeden, PKK’nın Kürt

hareketindeki rolünü ve Türk devletinin tepkisini sosyolojik açıdan izah etmektedir. Mülakat içerik olarak analitik bir yaklaşımla kaleme alınmış olup şiddeti teşvik eden bir pasaj içermemektedir. AİHM'ye göre, Türkiye'nin terörizmin önlenmesi ve son 15 yıldır devam eden problemi daha karmaşık hale getirecek fikirlerin açıklanması konusundaki hassasiyeti anlaşılacakla birlikte, söz konusu davada, halkın bölgedeki olayları değişik bir perspektiften öğrenme hakkına gereken önemi vermediği görülmektedir. Bu nedenlerle, İstanbul DGM'nin, TMK'nın 8. maddesini kullanarak, başvuru sahiplerinin Sözleşmenin 10. maddesinde korunan ifade hürriyetine yaptığı müdahale haklı değildir. Erdoğan hakkında verilmesi düşünülen ceza ertelenmiş, İnce hakkında verilen ceza tecil edilmiş olsa da, her iki başvuru sahibi ağır cezalara maruz kalmışlardır. Bu da, Sözleşmenin 10. maddesi ile koruma altına alınan ifade hürriyetine yapılan müdahalenin orantılılığını ölçmede dikkate alınan unsurlardandır.

AİHM'ye göre, savaş ve kargaşanın söz konusu olduğu durumlarda medya özel bir görev üstlenmektedir. Medyanın, devlete karşı şiddete başvuran örgüt temsilcilerinin düşüncelerini aktarırken bu örgütlerin şiddeti arttıran ve düşmanlığı yayan düşüncelerine alet olmaması için daha da dikkatli davranması gerekir. Fakat, böyle tehlikenin söz konusu olmaması durumunda, üye devletler, vatanın bütünlüğünü veya ulusal güvenliği veya suçun önlenmesini ileri sürerek bazı cezai tedbirler uygulayarak medyanın halkı bilgilendirmesini engelleyemez.

Sonuç olarak yukarıda belirtilen gerekçelerle, Sözleşmenin 10. maddesi ile korunan ifade hürriyetine yapılan müdahale ile başvuru sahiplerine verilen ceza, elde edilmek istenen amaçla orantılı olmayıp, yapılan müdahale demokratik bir toplum için gerekli değildir. Bu sebeple Sözleşmenin 10. maddesi ihlal edilmiştir.

5.2.6. Arslan /Türkiye¹³⁷

Başvuran bir yazar olup, “Yas Tutan Tarih, 33 Kurşun” adlı bir kitap yazmıştır. Bu kitabın birinci baskısı 1989’da ikinci baskısı 1991’de yayınlanmıştır. Kitap Türkiye’de Kürt probleminin çözümü ile ilgilenen ve daha sonra öldürülen Kürt kökenli bir politikacı ve yazar olan Musa Anter tarafından kaleme alınan bir önsöz içermektedir.

Kitabın birinci baskısı, Türkiye’de birden fazla ulus olduğunu ve Kürtlerin devamlı olarak baskı altında tutulduğunu ileri sürmekten, Türk ulusunu barbar olarak nitelemekten ve Güneydoğudaki savaşı kutsallaştırmaktan dolayı toplattırılmış, yazarı da, eski TCK’nin 142. maddesine dayanılarak, bölücü propaganda yapmaktan dolayı altı yıl üç ay hapis cezasına çarptırılmıştır.

İstanbul DGM’ye göre, kitap Güneydoğu’daki olayları taraflı olarak yorumlamakta, Kürt halkının jandarma tarafından baskı altında tutulduğunu hatta öldürüldüğünü ileri sürmektedir. Kitapta, ayrıca, Türkiye’nin bir kısmı, “Kürdistan” olarak adlandırılmaktadır. Kitap, Türkler’in Türkistan’dan gelerek, bu gölgede yaşayan Kürtleri Kürdistan’dan dışarı çıkarmak istediğini ve bir savaşın başlamasına neden olduklarını iddia etmektedir. Kitapta verilen bilgiler, her ne kadar araştırma bulguları olarak takdim edilse de, taraflı olarak yorumlanmış ve kitapta kişileri bilgilendirme amacının dışına çıkmıştır. Kitapta, bu nedenle, ırkçı mülahazalara dayanan TCK’nin 142. maddesi anlamında bölücü propaganda yapılarak kişilerin vatan sevgisi zayıflatılmak istenmektedir.

TCK’nin 142. maddesinin yürürlükten kaldırılması üzerine yazara verilen hapis cezası, DGM kararıyla hükümsüz hale getirilmiş ve toplattırılan kitaplar iade edilmiştir.

¹³⁷ Arslan/Türkiye, 23462/94, 08.07.1999. Kararın Türkçe çevirisi için Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Hürriyeti (2002:303-326).

Bununla birlikte, yazar 21 Temmuz 1991’de kitabın ikinci baskısını yapmıştır. Kitabın yeni baskısı, TMK’nın 8. maddesine dayanılarak, Kürt halkını devlete karşı ayaklanmaya teşvik ederek devletin bölünmez bütünlüğü aleyhine propaganda yaptığı gerekçesiyle toplattırılmış, yazarı da bir yıl sekiz ay hapis cezasının yanı sıra para cezasına çarptırılmıştır.

AİHM’ye göre, yazdığı kitaptan dolayı başvuru sahibinin mahkum edilmesi, Sözleşme ile korunan ifade hürriyetine yapılan bir müdahaledir. Bu müdahale, Sözleşmenin 10/2. maddesinde sayılan şartlar gerçekleşmediği takdirde, ifade hürriyetinin korunduğu 10/1. maddenin ihlali söz konusu olacaktır

AİHM’ye göre, sınırlamaya esas teşkil eden TMK’nın 8. maddesi, Sözleşme ile korunan ifade hürriyetine müdahale için yeterli bir kanuni sebeptir. Güneydoğu’daki güvenliğin sağlanmasındaki zorluk ve yetkililerin var olan şiddet ortamını artırıcı ve özendirici davranışlara karşı duyarlı olması gereği nazara alındığında, ifade hürriyetinin TMK’nın 8. maddesine dayanılarak sınırlanmasındaki amaç, ülkenin ulusal güvenliğinin, kamu düzeninin, toprak bütünlüğünün, ulusal birliğin sağlanması yanında suçun önlenmesi olup, bu nedenler Sözleşmenin 10/2. maddesine göre, ifade hürriyetine müdahale için kabul edilir sebeplerdendir.

Sözleşme ile korunan ifade hürriyetine yapılan bu müdahale, demokratik bir toplum için gerekli midir? AİHM’ye göre, söz konusu kitap tarihi olayları hikaye eden edebi bir eserdir. Türkiye’nin Güneydoğusunda, özellikle Mardin- Silopi bölgesinde gerçekleşen ve bir çok kişinin öldüğü olayları anlatmaktadır. İstanbul DGM savcısının iddianamesinde ve DGM kararında belirtildiği gibi, kitapta, Türkler bulunduğu toprak parçasını başkalarının elinden zorla alan işgalci ve zalimler olarak tanımlanmaktadır.

Yine, kitaptan iddianame ve karara intikal eden alıntılara göre, Türklerin boyunduruğundan kendilerini kurtarmayı başaramayan tek topluluk Kürtlerdir. Silopi'deki olaylar, kitabın yazarına göre, Devletin PKK ile mücadelesi ile başarılı olamamasından dolayı köylülerin yetkililerce katledilmesidir. Devletin, en son çare olarak, soykırım eylemini başlatmaya karar verdiği ve başlangıç noktası olarak Silopi'yi seçtiği iddia edilmektedir. AİHM'ye göre, bu ifadeler, tarihi gerçeklerin tarafı olarak tanımlanmasıdır. Yazar, bu kitap ile, Güneydoğudaki Türk yetkililerin davranışlarını eleştirmeyi amaçlamakta ve oradaki halkı bu eylemlere karşı koymaya teşvik etmektedir. Ancak, kamuyu ilgilendiren konuları ve politik konuşmaları Sözleşmenin 10/2. maddesine dayanarak sınırlama konusunda üye ülkelerin takdir alanı daha dardır. Hükümetle ile özel kişiler ve hatta politikacılar karşılaştığında, hükümet için getirilebilecek eleştirinin sınırları daha geniştir. Demokratik bir toplumda, hükümetlerin icraat ve ihmalleri sadece yasama ve yürütmenin değil, aynı zamanda kamuoyunun da yakın denetimi altında olmalıdır. Hükümetlerin elinde bulundurdukları güç nazara alındığında, kendilerine karşı yapılan haksız eleştirilere karşı farklı şekillerde tepki verme imkanları varken, cezai yaptırımlara başvurma konusunda oldukça dikkatli davranmaları gerekir. Bununla birlikte, eleştirilerin, başka kişilere, kamu görevlilerine veya toplumun bir kesimine karşı şiddeti teşvik edici nitelikte olması halinde ise devlet, ifade hürriyetini sınırlamada daha geniş takdir alanına sahiptir.

AİHM'ye göre, davanın arkasındaki sebeplerden özellikle terörizmle ilgili problemler, davanın çözümlenmesinde dikkate alınmalıdır. Türkiye'nin karşı karşıya kaldığı terörün daha da artmaması için gösterdiği hassasiyet dikkate alınmalıdır. Ayrıca, kitabın ikinci baskısının, Körfez Savaşı'nın hemen sonrası, Kürt kökenli kişilerin

Irak'taki baskı neticesi kaçarak Türk sınırına yığınak yaptığı bir zamanda gerçekleştiği de unutulmamalıdır. Bununla birlikte, kitabın yazarı, fikirlerini, özel bir şahıs olarak, yazılı medya yerine edebi bir eser ile dile getirmiştir. Bu gerçek, açıklanan düşüncelerin ulusal güvenlik, kamu düzeni ve toprak bütünlüğü üzerindeki olumsuz etkisini büyük ölçüde azaltmaktadır. Kitabın bazı kısımlarında yer alan açıklamalar, Türk halkı hakkında oldukça olumsuz bir tablo ortaya koymakta ise de açıklanan fikirlerde şiddete, silahlı mücadeleye ve ayaklanmaya teşvik etme söz konusu değildir.

Tüm bunlara rağmen başvuru sahibine 18 ay hapis cezası verilmesi, elde edilmek istenen amaçla orantılı değildir. Bu nedenle de Sözleşme ile korunan ifade hürriyetine yapılan bu müdahale, demokratik bir toplum için gerekli değildir ve Sözleşmenin 10. maddesi ile korunan ifade hürriyeti ihlal edilmiştir.

5. 2.7. Başkaya ve Okçuoğlu /Türkiye¹³⁸

Başvuranlardan Fikret Başkaya, üniversite hocası olup aynı zamanda bir gazetecedir. Diğer başvuran M. Selim Okçuoğlu ise, “Doz Basın Yayın Ltd. Şirketi”nin sahibidir. 1991’de Doz Basın Yayın Ltd. Şti., Başkaya’nın yazdığı “Batılılaşma, Çağdaşlaşma, Kalkınma- Paradigmanın İflası/Resmi İdeolojinin Eleştirisine Giriş” kitabını yayınlamıştır. Kitap, akademik bir çalışma olup 219 sayfa ve 370 dipnottan oluşmaktadır. Türkiye’nin 1920’den bu yana sosyo- ekonomik gelişmesini inceleyen kitap, resmi devlet politikasını eleştirmektedir.

İstanbul DGM Savcılığı, kitabın yazarı ve yayıncısı hakkında, kitabın bir bölümündeki ifadelerden dolayı TMK’nın 8. maddesine göre, devletin bölünmez bütünlüğü aleyhine propaganda yapmaktan dolayı dava açmıştır.

¹³⁸ Başkaya ve Okçuoğlu/Türkiye, 23536/94 ve 24408/94, 08.07.1999. Kararın Türkçe çevrisi için Bkz. (<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/baskayaveokcuoglu.htm>).

Yazar Başkaya, İstanbul DGM’de yaptığı savunmada, kitabın tamamen akademik bir çalışma olduğunu, bir propaganda malzemesi olarak görülemeyeceğini söyler. Bir öğretim elemanı olarak araştırma yapmak ve sonuçlarını yayınlamak zorunda olduğunu, araştırma sonunda ortaya çıkan gerçek, resmi ideolojinin görüşünü yansıtamasa da kabul etmekten başka alternatifi olmadığını belirtir. Yazara göre, kitap, mahkemelerce değil akademisyenlerce değerlendirilebilir. Demokratik bir ülkede, bir kişinin sadece fikirlerini açıklamasından dolayı mahkum edilmesi mümkün değildir. Diğer başvuru sahibi Okçuoğlu ise, kitabın tamamı ele alınmadan sadece bir bölümü ile değerlendirilemeyeceğini ileri sürer. Ayrıca, Türkiye’nin imzaladığı uluslararası antlaşmalarda yer alan standartlarla TMK’nın 8. maddesinin uyuşmadığını belirtir.

İstanbul DGM, kitabın akademik bir çalışma olduğu, propaganda içermediği kanaatine ulaşarak yazarın ve yayıncının beraatine karar verir. Ancak, İstanbul DGM savcısının müracaatı üzerine, Yargıtay, Türkiye sınırları içerisindeki toprak parçasına, Kürt halkına ait Kürdistan diye referansta bulunulması ve toprak parçasının Türkler tarafından istila edilen bir koloni olarak değerlendirilmesi karşısında, kitabın eleştiri sınırlarını aşarak propaganda yaptığını belirterek DGM’nin kararını bozar. Bunun üzerine yapılan ikinci yargılamada, İstanbul DGM, kitabın yazarını 1 yıl 8 ay hapis ve 41.666.666. TL para cezasına ve yayıncısını 5 ay hapis ile 41.666.666. TL para cezasına mahkum eder ve bu karar Yargıtay tarafından da onanır.

İstanbul DGM tarafından verilen hapis cezası üzerine, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun ilgili maddesi gereğince, yazar, Ankara Üniversitesi’ndeki görevinden uzaklaştırılır. Söz konusu kitabın 6. baskısı ise İstanbul DGM savcısının talebi ile toplattırılır. Başvuru sahipleri Başkaya ve Okçuoğlu’nun cezaları infaz edilir.

AİHM'ye göre, başvuru sahiplerine, TMK'nın 8. maddesine dayanılarak verilen ceza, Sözleşmenin 10. maddesi ile korunan ifade hürriyetine yapılan bir müdahaledir. Sözleşme ile korunan ifade hürriyetine yapılan müdahale, birinci başvuru sahibi için kanunla önceden öngörülmüş olmakla birlikte, ikinci başvuru sahibi için, TMK'nın 8/2. maddesi, o tarihte Anayasa Mahkemesi'nce iptal edildiği için, müdahaleyi haklı kılan sebebin önceden kanunla öngörülmüş olma şartı gerçekleşmemiştir. Bununla beraber, her iki başvuru sahibinin ifade hürriyetine yapılan müdahaledeki amaç, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün sağlanması ve suçun önlenmesidir. Bu nedenler, Sözleşmenin 10/2. maddesinde sayılan ve ifade hürriyetine yapılan müdahaleyi haklı kılan sebeplerdendir. Sözleşmenin 10. maddesinde yer alan ifade hürriyetine yapılan bu müdahalenin, demokratik bir toplumda gerekliliği ortaya konmadığı takdirde ifade hürriyetinin ihlali söz konusu olacaktır.

AİHM'ye göre, kitapta, Türkiye'nin bir bölgesinin "Kürdistan" olarak adlandırılması ve bu bölgenin Türkiye'nin bir kolonisi olarak gösterilmesi, politik, ekonomik ve kültürel olarak Kürtlerin baskı altında tutulduğunun ifade edilmesi, ırkçı bir yaklaşımla Kürt ırkının inkar edildiğinin söylenmesi, sert söylemler olup, Kürt ayrılıkçılığının desteklenmesi olarak algılanabilir. Yazarın da ifade ettiği gibi, Kürt problemi karmaşık bir problemdir ve ifade edilen düşünceler diğer komşu ülkeler İran, Irak ve Suriye için de geçerlidir. Fakat belirtilen ifadeler, Türkiye'nin sosyo-ekonomik gelişmesini ve uygulanan politik ideolojisini tarihi açıdan inceleyen akademik bir çalışmada dile getirilmiştir. Daha da önemlisi, kullanılan ifadelerde şiddeti özendirme söz konusu olmadığı gibi, bu anlama gelebilecek bir anlatım tarzı da benimsenmemiştir.

AİHM'ye göre, başvuruculara verilen cezalar, kitabın toplattırılması ve Başkaya'nın üniversitedeki işinden uzaklaştırılması elde edilmek istenen amaçla orantılı değildir. Bu nedenle de Sözleşmenin 10. maddesi ile korunan ifade hürriyetine yapılan müdahale, demokratik bir toplum için gerekli olmayıp ifade hürriyetinin ihlali söz konusudur.

5. 2.8. *Osman Özçelik ve Diğerleri/Türkiye*¹³⁹

Başvuruculardan K. Bilget, 27 Haziran 1993 tarihinde Demokrasi Partisi'nin (DEP) olağan kongresi sırasında Partinin başkan yardımcısı sıfatıyla bir konuşma yapmıştır. Başvuran konuşmasında; “Biz, halk olarak Kürt halkı olarak, Kürt emekçileri olarak kendimizi yönetme konusunda kendi irademize sahip olma konusunda bu zamana kadar sınav olarak başarılı bir sınav veremedik (...) ben inanıyorum ki Kürt halkının acılarına, Kürt halkının gözyaşlarına, Kürt halkının onuruna Kürt halkının onuruna Kürt halkının özgürlük tutkusuna Türk emekçilerinin Türkiye emekçi sınıfının alın terini de katabilirsek merkezi iktidarı biz yönetiriz” şeklinde ifadeler kullanmıştır.

1993 yılının Ağustos ayında tüm başvuranlar “Demokrasi Partisi'nin Barış Çağrısı” adlı bir beyana imza atmışlar ve içeriğinde, güvenlik güçleri ile PKK arasındaki ateşkese ve Kürt kimliğinin tanınmasına dayalı ifadeler içeren “Savaş Değil, Demokrat Çözüm” başlıklı afişlerin hazırlanmasına katkıda bulunmuşlardır.

Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi (DGM) Cumhuriyet Savcılığı tarafından 4 Ekim 1993 tarihinde, “Demokrasi Partisi'nin Barış Çağrısı” adlı beyana imza atan ve “Savaş Değil, Demokrat Çözüm” sloganlı afişleri hazırlayan başvuranlar ve DEP'in İdare

¹³⁹ Osman Özçelik ve Diğerleri/Türkiye, 55391/00, 20.10.2005. Kararın Türkçe çevrisi için Bkz. (<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/osmanozcelikvedigerleri.doc>).

Kurulu üyesi on kişi hakkında 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 8/1. maddesi uyarınca bölücülük propagandası yapmak suçundan dava açılmıştır.

8 Kasım 1993 tarihinde aralarında askeri bir hakimin de yer aldığı Ankara DGM heyeti, başvuranlar Özçelik, Günel ve Bozlak'ı dinlemiştir. Adı geçenler, haklarında yapılan suçlamaları reddederek suçsuz olduklarını iddia etmişler ayrıca sözü edilen beyanda barışa ve demokrasiye çağrıda bulduklarını ileri sürmüşlerdir.

DGM Cumhuriyet Savcılığı 29 Kasım 1993 tarihinde, DEP kongresi sırasında yapmış oldukları konuşma nedeniyle başvuran Bilget ve diğer sekiz kişi hakkında 3713 sayılı TMK'nın 8/1. maddesi uyarınca cezalandırılmaları için dava açmıştır.

DGM, 26 ve 28 Aralık 1995 tarihlerinde devam eden iki davanın birleştirilmesine karar vermiştir. 17 Kasım 1998 tarihinde aralarında bir askeri hakimin de yer aldığı Devlet Güvenlik Mahkemesi heyeti 4126 sayılı kanun ile değiştirilen 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 8/1. maddesine dayalı olarak başvuranları haklarında yapılan ithamlardan suçlu bulmuş ve K. Bilget'i iki yıl hapis ve 200.000.000 TL. (yaklaşık 572 Euro) para cezasına, diğer başvuranları bir yıl hapis ve 100.000.000 TL. (yaklaşık 286 Euro) para cezasına çarptırmış ve bütün başvuranların yurtdışına çıkışını yasaklamıştır.

28 Haziran 1999 tarihinde Yargıtay bu hükmü onamıştır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı 28 Haziran 1999 tarihinde başvuranların davanın yeniden incelenmesi istemiyle yapmış oldukları başvuruyu reddetmiştir.

Başvuranlar, 3 Eylül 1999 tarihli ve 4454 sayılı basın-yayın yoluyla işlenen suçlar hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesini müteakip, haklarında verilen cezaların ertelenmesi talebiyle Devlet Güvenlik Mahkemesi'ne başvurmuşlardır.

Üç sivil hakimden oluşan Devlet Güvenlik Mahkemesi heyeti 28 Mart 2000 tarihli kararında, bir konuşma nedeniyle mahkum olan başvuran Bilget'in mahkumiyet kararının 4454 sayılı Kanun'un uygulama kapsamına girmediğini belirterek yapılan başvuruyu reddetmiş, bununla birlikte başvuruların cezalarının üç yıl süreyle ertelenmesini kararlaştırmıştır.

Başvuranlar, AİHS'nin 10. maddesini gerekçe göstererek, haklarında verilen mahkumiyet kararı ile ifade özgürlüğü haklarının ihlal edildiğini iddia etmektedirler.

AİHM'ye göre, söz konusu mahkumiyet kararının AİHS'nin 10/1. maddesi ile güvence altına alınan ifade hürriyetine yönelik bir müdahaleyi oluşturduğu hususunda taraflar arasında bir ihtilaf bulunmamaktadır. Yapılan müdahalenin AİHS'nin 10/2. maddesi uyarınca kanun tarafından öngörüldüğüne, toprak bütünlüğünün korunması gibi meşru bir amacı izlediğine itiraz edilmemektedir. Bununla birlikte, müdahalenin "demokratik bir toplum için zorunluluk" oluşturup oluşturmadığının incelenmesi gerekmektedir.

Sözü edilen konuşma ve afişler "emekçilere, insan hakları savunucularına ve barış severlere" yönelik siyasi içerikli bir çağrıyla içermektedir. Asıl verilen mesaj özellikle güvenlik güçleri ile PKK arasındaki ateşkese ve Kürt kimliğinin tanınmasına dayalıdır.

K. Bilget'in siyasi bir partinin bölge kongre toplantısı sırasında yapmış olduğu konuşma ile ilgili AİHM, ilgilinin bu partinin genel başkan yardımcısı sıfatıyla delegelere partisinin izlediği siyasi çizgiyi açıklamaya çalıştığını gözlemlemektedir.

AİHM'ye göre, Devlet Güvenlik Mahkemesi 17 Kasım 1998 tarihli kararında, başvuranların Türk topraklarının bir bölümü üzerinde Kürdistan adı verilen bir devleti kurmak istedikleri tespitinde bulunarak, bu sözlü ve yazılı ifadelerin Türkiye'nin toprak

bütünlüğüne karşı bölücülük propagandasını oluşturduğu sonucuna varmıştır.

AİHM, iç hukuk mercilerinin vermiş oldukları kararlarda başvuranların ifade hürriyetine yönelik müdahalenin meşruiyeti için yeterli gerekçelerin bulunmadığı kanaatinde. AİHM, başvuranların ne şiddet kullanımını, ne silahlı direnişi teşvik eden bir konuşma yaptıklarını, Türk siyasi hayatının aktörleri olarak kendilerine tanınan görev doğrultusunda görüşlerini ifade ettiklerini söylemektedir. AİHM nezdinde dikkate alınması gereken temel unsur da budur.

AİHM, yerleşik içtihadı ışığında, yapılan başvuruda Türk Hükümetinin davanın seyrini farklı şekilde sonuçlandırarak hiçbir tespiti ve delili sunmadığını kaydetmektedir. AİHM ayrıca, Hükümetin sahip olduğu baskın konumu itibariyle, özellikle muhalif kanadın yönelttiği haksız eleştiri ve saldırılara yanıt verecek başka çözüm yollarının olması halinde, cezai yollara başvurmaması gerektiğinin altını çizmektedir.

Sonuç olarak, mevcut haliyle, başvuranların mahkumiyeti öngörülen amaç doğrultusunda orantısızdır ve “demokratik bir toplum için gereklilik” oluşturmamaktadır. Bu durumda, AİHS’nin 10. maddesi ihlal edilmiştir.

5.2.9. *Emire Eren Keskin/Türkiye*¹⁴⁰

Olayların meydana geldiği dönemde başvuran Emire Eren Keskin, avukatlık yapmaktadır. İki ayda bir yayımlanan Medya Güneşi (kelime anlamı olarak Medya sözcüğü “media” kelimesine karşılık gelse de bu kullanımla Kürtlerin efsanevi Med ülkelerine gönderme yapılmaktadır) adlı derginin 15–30 Nisan 1995 tarihli 63. sayısında başvuran ile yapılmış bir söyleşiye yer verilmiştir. Başvuran bu söyleşide; “Ulusal mücadelenin sonuca götürülebilmesi için Kürtlerin ve tüm Kürt siyasi hareketlerinin

¹⁴⁰ Emire Eren Keskin/Türkiye, 49564/99, 22.11.2005. Kararın Türkçe çevrisi için Bkz. (<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/emireerenkeskin.doc>).

kendi aralarında mutlaka ulusal birlik oluşturmaları gerektiğine inanıyorum (...) ama özellikle Kürt kadınlarının ulusal ve toplumsal sürecinde yer alarak hep kendi sözünü söyleyerek, ama erkeklerle de birlikte davranarak bu işi götürmeleri gerektiğine inanıyorum” şeklinde ifadeler kullanmış ve ülkenin Güneydoğusundaki yetkililerinin terörle mücadelesini “savaş”, “barbarlık”; ülkenin bir bölümünü de “Kürdistan” olarak tanımlamıştır.

İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi (DGM) Cumhuriyet Başsavcılığı, 20 Nisan 1995 tarihinde bu derginin tüm baskılarının toplatılmasını kararlaştırmıştır. Başvuran aynı gün yetkili hakim karşısına çıkarılmıştır.

DGM Cumhuriyet Savcılığı tarafından 3 Mayıs 1995 tarihinde başvuran ve bu derginin yazı işleri sorumlusu hakkında 3713 sayılı TMK’nın 8/1., 6/2., ve 4. maddeleri ile Basın Kanunu’nun 2. maddesi uyarınca, basın yoluyla bölücülük propagandası yapma suçundan dava açılmıştır.

30 Ekim 1995 tarihinde yürürlüğe giren 27 Ekim 1995 tarihli ve 4126 sayılı Kanun, 3713 sayılı Kanun’un 8. maddesinde öngörülen cezaları hafifletmiş, ancak para cezasını artırmıştır.

Aralarında askeri bir hakimin de yer aldığı DGM heyeti, 6 Şubat 1997 tarihli kararla 3713 sayılı Kanun’un 8/1. maddesi uyarınca başvurunu suçlu bulmuş ve adı geçeni bir yıl dört ay hapis ve 133.333.333 TL. para cezasına çarptırmıştır. Başvuranın duruşma sırasındaki tutumunun dikkate alınması ve 765 sayılı TCK’nın 59/2. maddesinin uygulanması üzerine DGM, verilen cezada bir indirime gitmiş ve başvurunu bir yıl bir ay on gün hapis ve 111.111.110 TL. para cezasına çarptırmıştır.

DGM, makale yoluyla Türk topraklarının bir bölümünün Kürdistan ve bu bölgede yaşayanları Kürt olarak nitelendirilerek yayım yoluyla Devletin toprak bütünlüğüne, üniter ulus Devlet yapısına yönelik bir saldırının hedeflendiğini kaydederek bu makaleden bazı bölümlere yer vermiştir.

Yargıtay, 8 Mart 1999 tarihinde ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır.

Cumhuriyet Savcısı 11 Kasım 1999 tarihli bir kararla, Basın ve yayım yoluyla işlenen suçlara yönelik cezaların ertelenmesini öngören 4454 sayılı Kanun'un uygulanmasının ardından başvuranın cezasını ertelemiştir.

İstanbul Barosu Disiplin Kurulu, 27 Mart 2001 tarihinde DGM'nin talebinin ardından başvurana "disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" karar vermiştir.

Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu 12 Temmuz 2002 tarihli bir kararla, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun aldığı kararı bozarak başvuranın geçici olarak meslekten men edilmesini kararlaştırmıştır.

Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü 24 Eylül 2002 tarihinde bu kararı onaylamıştır.

İstanbul Barosu Disiplin Kurulu 6 Kasım 2002 tarihli yazı ile başvuranın bir yıl süreyle görevinden uzaklaştırılma cezasını aldığını bildirmiştir

Başvuran, mahkumiyetinin ifade ve düşünce hürriyetine yönelik bir ihlali oluşturduğundan şikayetçi olmakta ve AİHS'nin 10. maddesini ileri sürmektedir.

AİHM'ye göre, söz konusu mahkumiyet kararının başvuranın AİHS'nin 10/1. maddesi ile güvence altına alınan ifade hürriyetine yönelik bir müdahale oluşturduğu hususunda taraflar arasında bir ihtilafa bulunmamaktadır. Yapılan müdahalenin AİHS'nin 10/2. maddesi uyarınca kanun tarafından öngörüldüğüne, toprak bütünlüğünün

korunması gibi meşru bir amacı izlediğine itiraz edilmemektedir. Bununla birlikte müdahalenin “demokratik bir toplum için zorunluluk” oluşturup oluşturmadığının incelenmesi gerekmektedir.

AİHM’ye göre, bu söyleşide kullanılan ifadelere ve yayımlandığı haliyle içeriğine özellikle dikkat etmek gerekir. Bu bağlamda, başvuruyu çevreleyen olaylarda terörle mücadelede ortaya çıkan güçlükler özellikle göz önünde bulundurulmalıdır. AİHM, söz konusu söyleşinin içeriğiyle olduğu kadar kullanılan kelimeler itibariyle de siyasi bir söylem yapısında olduğunu hatırlatmaktadır. Başvuran «savaş» ve «barbarlık» sözcükleri ile Türk yetkililerinin ülkenin Güneydoğusu’ndaki tutumlarını nitelendirmektedir ve söyleşide yer alan bu terimler bazı sert ve şiddetli hislere damgasını vuran bir tonda aktarılmaktadır.

AİHM, Devlet Güvenlik Mahkemesi’nin Terörle Mücadele Kanunu’nun 8. maddesi uyarınca başvuran hakkındaki delillerin elde edildiği tespitinde bulunduğunu hatırlatmaktadır. Bu kararda, söz konusu görüşlerde yer alan ifadelerle Türkiye’nin Güneydoğusunu bağımsız bir devlet “Kürdistan” ve burada yaşan Türk halkını da “Kürtler” olarak nitelendirilerek Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin toprak bütünlüğünün parçalanmasının hedeflendiği ifade edilmiştir.

AİHM’ye göre, ulusal mahkemelerin vermiş oldukları kararlar, başvuranın ifade hürriyetine müdahalenin meşruiyeti bakımından yeterli değildir. Çünkü başvuranın ifadelerinde, şiddeti teşvik etmekten ziyade, ihtilafli konu hakkında taraflardan biri tarafından savunulan uzlaşmaz bir tutum söz konusudur.

AİHM ayrıca, daha önce de benzer sorunları gündeme getiren kararların incelendiğini ve bunların AİHS’nin 10. maddesinin ihlali ile sonuçlandığını

hatırlatmaktadır. AİHM, terörle mücadeleyle ilgili güçlüklerin yanı sıra, mevcut başvuruyu mahkemenin yerleşik içtihadı ışığında incelemiş ve Hükümetin davanın seyirini farklı sonuçlandıracak hiçbir tespiti ve delili sunmadığına işaret etmiştir. Bu nedenle başvurana hükmedilen ceza, öngörülen amaçlar doğrultusunda orantısız ve “demokratik bir toplum için gereklilik” oluşturmamaktadır. O halde, AİHS’nin 10. maddesi ihlal edilmiştir.

5. 3. Türk Ceza Kanunu 159 ve 312. (5237 Sayılı TCK 301 ve 216.) Maddeleri ile Terörle Mücadele Kanunu’nun 6 ve 8. Maddeleri İle İlgili Karar

5. 3. 1. *Özgür Gündem /Türkiye*¹⁴¹

Özgür Gündem 45,000 adet satılmakta olan günlük bir gazetedir. 1990-1992 yılları arasında “Yeni Ülke”, 1992-1994 yılları arasında ise “Özgür Ülke” olarak yayını sürdürmüştür.

Dava, esas olarak, Türk yetkililerinin doğrudan veya dolaylı sorumlu olduğu Özgür Gündem’in kapanmasına sebep olan ciddi saldırılar ve tacizler ile ilgili olduğunu ileri süren başvuru sahibi hakkındadır.

Başvuru sahibine göre, Özgür Gündem ile ilgisi olan yedi gazeteci bilinmeyen kişilerce öldürülmüştür. Gazeteyi satan ve dağıtan kişilere ise sekiz saldırı düzenlenmiştir. Bu olayların varlığı Hükümetçe kabul edilmiş olmakla birlikte başvuru sahibince yaşandığı iddia edilen diğer olayların varlığı Hükümetçe kabul edilmemiştir. Başvuru sahipleri, bu saldırılar hakkında, Olağanüstü Hal Valisine, İçişleri Bakanına, Başbakan’a, Başbakan Yardımcısına bilgi vermiş ve koruma önlemleri alınmasını istemiş ise de mektupların çoğuna cevap verilmemiştir.

¹⁴¹ Özgür Gündem/Türkiye, 23144/93, 16.03.2000. Kararın Türkçe çevrisi için Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü (2002:473-498).

Polis 1993'te İstanbul'daki Özgür Gündem bürosunda arama yapmış, binada bulunan 107 kişiyi göz altına almış ve bütün doküman ve arşivlere el koymuştur. Aramalar sırasında Gazetenin bürosunda, çok sayıda silah, uyku tulumu ve gaz maskesi gibi örgütsel malzemeler, üzerinde PKK damgası bulunan zarflar içerisinde fotoğraflar, PKK'nın bir kolu olan ERNK tarafından alınan 400 milyonluk gümrük belgesi ile birlikte terör örgütü lideri Abdullah Öcalan tarafından yazılan bir makalenin de bulunduğu çok sayıda el yazısı doküman bulunmuştur. Başvuru sahiplerinden birinin evinde 1993'te Şırnak'ta öldürülen bir askeri görevlinin kimliği ile 1350 iğne, 1 daktilo, 1 video ve teyp kaseti ve 40 kitap bulunmuştur. Bu aramalar boyunca, gazetenin yayını iki gün yapılamamıştır.

Gazetenin editörleri ve müdürü hakkında 1994'te PKK üyesi olmak, PKK'ya yardım ve yataklık etmek ve PKK lehine propaganda yapma iddiası ile dava açılmıştır. Gazetenin editörlerinden Gurbetelli Ersöz ve Müdürlerinden Ali Rıza Halis PKK'ya yardım ve yataklık etmekten mahkum olmuşlardır. Editörlerden Gurbetelli Ersöz, PKK üyesi olmaktan dolayı 1990'da mahkum edilmiş, 1992'de serbest bırakılmıştır.

Söz konusu gazetenin değişik sayılarında yapılan yayınlar ve yazılan yazılar dolayısıyla ilgi sayıların editörleri, sahibi, yayıncısı ve makalelerin yazarları hakkında Türk ulusuna, devletine hakaret etmekten, din, dil, sosyal sınıf farkı gözeterek kin ve düşmanlığa tahrik etmekten, bölücü propaganda yapmaktan, kolluk görevlilerinin isimlerini deşifre etmekten ve terör örgütlerinin bildirimlerini yayınlamaktan dolayı sayısız dava açılmış birçok kişi birçok defa hapis ve para cezasına mahkum edilmiş, gazete hakkında toplatma ve kapatma kararları verilmiştir. 3 Temmuz 1993'de Özgür Gündem bir basın bildirisini yayınlamış ve gazetenin 8,667,441,000 TL para cezasına çarptırıldığını

ve çalışanlarının 155 yıl 9 ay ila 493 yıl 4 ay arasında değişen hapis cezalarına mahkum edildiğini duyurmuştur.

Başvuranlara göre, 1993'de 68 günlük bir süre zarfında Gazetenin 41 sayısına toplatılma kararı, 20 davada da Gazete için kapatma kararı verilmiştir. Başvuruyu yapanlar, Hükümet tarafından Gazetenin 486-580 aralığındaki sayıları hakkında kovuşturma yapıldığını bunların sonucunda da gazete çalışanlarına ulusal mahkemelerce 147 yıl hapis ve 21 milyar para cezası verilmesine rağmen başvuruyu yapan Yaşar Kaya hakkında 35 milyar para cezası verildiğini ileri sürmüşlerdir.

Başvuranlara göre, gazetenin personeline gerçekleştirilen saldırılar ve gazete ve personeli hakkında açılan davalar yoluyla gazetenin yayın hayatı sona erdirilmek istenmiştir. Bu şekilde sözleşme ile koruma altına alınan ifade hürriyeti ihlal edilmiştir. Türk Hükümeti, doğrudan veya dolaylı olarak gazetecilerinin ve dağıtıcılarının kanunsuz ölümlerine ve kaybolmalarına kayıtsız kalarak veya rıza göstererek gazetenin yayınının engellemek, önlemek ve imkansızlaştırmak istemiştir. Gazetecilerin ve dağıtıcıların hayatı tehlikede olduğu durumlarda devletten koruma istenmiş olmasına rağmen, hükümet, koruma sağlamamış veya sağladığı koruma yetersiz kalmıştır. Başvuruyu yapanlara göre, komisyon raporunda da ortaya konduğu gibi Özgür Gündem ile ilgisi olan kişilere yönelik sistematik olarak rahatsız edici saldırılar gerçekleştiriliyor olmasına rağmen, yetkililer, koruma önlemlerini almayarak ve saldırıyı gerçekleştirenler hakkında gerekli soruşturmayı gerektiği gibi yapmayarak ifade hürriyetinin korunması adına pozitif yükümlülüklerini yerine getirmemişlerdir.

Hükümete göre ise, Özgür Gündem, bir terör örgütü olan PKK'nın yayın organıdır. PKK'nın, Türkiye'nin toprak bütünlüğünü şiddet kullanarak bozma amacına

hizmet etmektedir. Başvuru sahiplerinin, Hükümet tarafından hazırlatılan Susurluk Raporuna dayanarak gazete personeline yönelik saldırıların arkasında devlet görevlilerinin olduğu iddiası kabul edilemez. Çünkü, bu rapor adli bir araştırmaya dayanmamaktadır ve bu nedenle delil değeri yoktur. Hükümet, Komisyonunun bulgularının ise, herhangi bir delile dayanmayan genel faraziyelerden oluştuğunu ileri sürmüştür. Başvuru sahiplerinin de gazete ve gazeteyle ilgisi olan personelin hayatlarının ve maddi varlıklarının korunmadığını ispat edecek maddi deliller ortaya koyamadığını iddia etmiştir. Devlet, şikayetlerle ilgili gerekli soruşturmaları savcılar aracılığı ile yapmıştır.

AİHM'ye göre ise, Hükümet, Komisyonun bulgularının tümünü reddetmektedir. Hükümet, özellikle, Susurluk Raporuna herhangi bir önem atfedilmemesini ve Özgür Gündem'e yönelik saldırılara rıza gösterildiği yolundaki suçlamaların değerlendirilmemesini istemektedir. Susurluk Raporuna dayanılarak yasa dışı herhangi bir olayda devletin yardımı olduğunu kesin olarak ortaya koymak mümkün değildir. Bununla beraber, Başbakanlıkça hazırlanan ve kamuoyuna duyurulması istenen raporun genel bir perspektiften terörle mücadeledeki problemleri analiz ederek ortaya koyma ve çözüm bulma adına ciddi bir gayret olarak görülmesi daha iyi olur. Bu açıdan rapor, başvuruyu yapanların 1992 sonrası gazete ve personelinin kanunsuz şiddetin hedefi olduğu yolundaki korkularını desteklemektedir. Ayrıca 1992-1994 yılları arasında gazete ve personeline yönelik çok sayıda kanunlara aykırı şiddet olayı gerçekleşmiştir. Fakat, yetkililer, bu olayları araştırma adına herhangi bir girişimde bulunmamış, iki olay dışında koruma isteklerine cevap vermemiştir.

AİHM'ye göre, Sözleşmenin ana amacı, kamunun gücünün kişilere karşı keyfi olarak kullanılmasını engellemek olsa da, bir hakkın devletlerce gerektiği gibi korunması ve güvence altına alınabilmesi için şartların gerektirdiği ilave pozitif yükümlülükler olabilir. İfade hürriyetinin önemli fonksiyonlarından biri, demokrasinin gerektiği gibi işlemesi için bir ön koşul olmasıdır. Bu hürriyetin gerçek anlamda kullanılabilmesi için sadece devletin bu hürriyetin kullanmasına müdahale etmemesi yeterli değildir. Kişilerin kendi aralarındaki özel ilişkiler de, devletin, ilave pozitif önlemler almasını gerektirebilir. Böyle bir yükümlülüğün mevcut olduğuna ilişkin karar, toplumun genel menfaatleri ile kişilerin şahsi menfaatleri arasındaki adil dengenin nerede oluştuğunun ortaya konmasına bağlıdır. Böyle bir yükümlülüğün kapsamı, şüphesiz, duruma, modern toplum polisliğinin getirdiği zorluklara, öncelik ve imkanlara göre şekillenecek ve tercihlere göre değişecektir. Bununla beraber, bu pozitif yükümlülük, devletlere gerçekleştirilmesi imkansız veya durumun gereğine göre orantısız bir mükellefiyet getirdiği noktada sona erecektir.

AİHM'ye göre, Özgür Gündem ve personeline ciddi saldırılar gerçekleştirildiği ve bu saldırıların gazetenin yayını ve dağıtımını etkilediği devletçe bilinmesine rağmen, gazete yönetiminin ve personelinin talep ve dilekçelerinin hiçbirisine cevap verilmemiştir. Bu anlamda Hükümetin tedbir olarak sunabildiği tek işlem, 1994'de gazetenin, İstanbul bürosunun bombalanması sonucu almış olduğu tedbirlerden oluşmaktadır. Saldırıların ciddiyeti ve yaygınlığının yanı sıra saldırıların sistematik olarak yapıldığı ve yetkililerin bilgisi ve desteği dahilinde gerçekleştiği iddiaları dikkate alındığında, savcılarca gerçekleştirildiği söylenen araştırma ve soruşturmaları yeterli ve etkili tedbirler olarak kabul etmek mümkün değildir. Hükümetin, Özgür Gündem ve

personelinin PKK'nın destekçisi ve propaganda aracı olduğu iddiası doğru olsa bile, bu iddiaların etkili bir şekilde araştırılmaması ve yasadışı şiddete karşı gerekli tedbirlerin alınmaması için meşru mazeret olamaz. Bu nedenlerle Hükümet, ifade hürriyetinin kullanılması için üzerine düşen pozitif yükümlülükleri yerine getirmemiştir. Ayrıca Özgür Gündeme düzenlenen operasyon sonrası gazetenin iki gün yayın yapamaması, Sözleşme ile koruma altına alınan ifade hürriyetine yapılan ciddi bir müdahaledir. Her ne kadar, operasyon, kanunla önceden belirlenen sebeplere dayanılarak, suçu önlemek ve kamu düzenini sağlamak için gerçekleşmiş olsa da, istenilen amaç ile amaca ulaşmak için tercih edilen metot arasında bir oran söz konusu değildir. Gazetenin arşivlerine, dokümanlarına ve kütüphanesine el koymayı haklı kılan bir sebep yoktur. Hükümet, aşçı, temizlikçi ve kaloriferci dahil, gazete binasında bulunan herkesin toplu olarak gözaltına alınmasına haklı bir sebep gösterememiştir. O anda binada, gazete ile ilgisi olmayan 40 kişinin bulunması, herkesin yakalanıp gözaltına alınmasını haklı kılamaz. İfade hürriyetine yapılan her müdahalenin gerekliliği inandırıcı bir şekilde açık olarak ortaya konmalıdır.

AİHM'ye göre, demokratik bir toplumda, söz konusu davada yapılan operasyonun gerekliliğini hiçbir meşru sebep haklı kılamaz. Hükümetin, Gazetenin yayınları hakkında, TCK'nin 159 ve 312. maddeleri ile TMK'nın 6 ve 8. maddelerine dayanarak sık sık dava açması, Sözleşme ile de koruma altına alınmış olan ifade hürriyetine yapılan bir müdahaledir. Bu müdahalelerin sebebi olarak TCK ve TMK'nın ilgili hükümleri gösterildiğinden yapılan müdahale önceden kanunla öngörülmüştür ve müdahalenin amacı Sözleşmenin 10/2. maddesinde öngörüldüğü gibi ulusal güvenliği, ülkenin toprak bütünlüğünü korumak ve kamu düzenini sağlamaktır. AİHM, yapılan

müdahalenin demokratik bir toplum için gerekli olup olmadığı konusunda Komisyonca incelenen makaleleri değerlendirmiş ve yayınlanan makalelerden dolayı ceza hukukunun müeyyidelerini harekete geçirerek ifade hürriyetine yapılan müdahaleleri orantılı ve haklı ve dolayısıyla da demokratik bir toplum için gerekli görmemiştir. Bu gerçekler sebebiyle, AİHM, Sözleşmenin 10. maddesi ile koruma altına alınmış olan ifade hürriyetinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

5.4. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye’de İfade Hürriyeti Konusunda Ulaştığı Sonuçlar

İfade hürriyeti AİHS’de mutlak bir hak olarak öngörülmemiş olup, bazı sınırlamalara tabi tutulmuştur. Ancak bu sınırlamalar istisnai olarak kullanılmalıdır. AİHM de vermiş olduğu kararlarında ifade hürriyetinin sınırlı bir hak olduğunu, ancak bu hürriyetin sınırlandırılması konusundaki kuralların dar yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Gerek Sözleşme gerekse Mahkeme ifade hürriyetinin sınırlandırılması bakımından taraf devletlerin bir takdir payına (margin of appreciation) sahip olduklarını kabul etmektedir. Ancak devletlere tanınmış bulunan bu takdir payı mahkemenin denetimine tabidir. Bir başka deyişle ifade hürriyetine getirilen sınırlamaların sözleşmeye aykırı olup olmadığını belirlemede nihai yetki mahkemeye aittir.

Mahkeme sözleşmenin 10. maddesi ile ilgili olarak incelemiş olduğu davalarda Türkiye ile ilgili olarak bir takım sonuçlara ulaşmıştır. Bu sonuçları şu şekilde sıralamamız mümkündür:

1. Mahkemeye göre, ifade hürriyeti demokratik toplumun temel esaslarından biridir. Bu nedenle kişilerin toplumu ilgilendiren problemler konusundaki fikirlerini yöneticilere ulaştırabilmeleri gerekir. Toplumsal konularda, toplumun bilgi sahibi olması

ve bu konuların serbestçe tartışılabilmesi önemlidir. Bu bağlamda ortaya atılan fikirler, toplumun büyük bir kısmı tarafından tepki ile karşılanırsa bile bunların ifade edilmesi engellenmemelidir. Toplumun büyük bir kısmı tarafından benimsenen fikirlerin ifade edilebilmesi için bu fikirlerin ifadesine bir korunma sağlanmasına ihtiyaç yoktur. Önemli olan toplumun büyük bir kesimine ters gelen veya onları şaşırta yada rahatsız eden fikirlerin ifadesine koruma getirilmesidir. Mahkeme, ifade edilen fikirlerin toplumun bir kesimi tarafından yadırganmasını, onları rahatsız etmesini ifade hürriyetine müdahale edilebilmesi için haklı bir gerekçe olarak kabul etmemekle birlikte; Sözleşmenin nefret ve şiddetin yüceltilmesini de korumadığını belirtmektedir.

Mahkemeye göre, kişilerin toplumu ilgilendiren konulardaki fikirlerini serbestçe ifade edebilmeleri, toplumdaki fikir hayatına bir dinamiklik kazandırarak bu problemlerin çözümüne yardımcı olacaktır¹⁴². Farklı fikirlere hoşgörü ile yaklaşılması durumunda problemlere farklı çözümler getirilmesi zorlaşacak ve toplumun çoğunluğu, kendisinden farklı düşünen azınlık üzerinde baskı kurabilecektir.

Demokrasinin bir gereği olarak kişiler, hükümetin icraatlarını eleştirebilme hakkına sahiptirler. Hatta hükümetlerin icraatları konusunda yapılacak olan eleştirinin sınırları, özel kişiler veya politikacılara yöneltilecek eleştirinin sınırlarından daha geniştir. Demokratik bir toplumda hükümetlerin icraatları ya da ihmalleri yalnızca yasama ve yürütme organlarının değil, aynı zamanda kamunun da yakın denetimi altında olmalıdır. Hükümetlerin kendi icraatlarına yöneltilen eleştirilere karşı kendilerini başka türlü savunma imkanları varken cezalandırma yolunu seçmemeleri gerekir. Ancak eleştiriler şiddeti teşvik edici nitelikte ise, hükümetler kamu düzenini korumak için

¹⁴² Ceylan/Türkiye, 23556/94, 08.07.1999 Tarihli Kararı. Kararın Türkçe çevirisi için Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü (2002:211-28).

gerekli tedbirleri alma hakkına sahiptir¹⁴³. Bu durumda bile, ifade hürriyetine yapılan müdahalenin elde edilmesi düşünülen amaçla orantılı olması gerekliliği göz ardı edilmemelidir.

2. Mahkemeye göre, ifade hürriyetinin gerçekleşmesinde basının önemli bir yeri vardır¹⁴⁴. Basın hürriyeti iki yönü ile birlikte düşünülmelidir. Bunlardan birincisi, basın toplumu ilgilendiren konulardaki bilgi ve fikirleri topluma aktarması diğeri ise toplumun bilgi alma hakkının korunmasıdır. Basının bu işlevlerini yerine getirebilmesi için basına getirilecek sınırlamalar üzerinde daha bir titizlikle durulmalıdır. Toplumu ilgilendiren konularda basın aktarmış olduğu fikir ve haberler bir takım farklılıklara yol açma ihtimali taşısa bile basın hürriyeti bu nedenle kısıtlanmamalıdır.

Demokrasinin gerçekleşmesinde de basının önemli bir yeri vardır. Seçmenler tercihlerini yapmak için ihtiyaç duydukları bilgilere basın aracılığı ile ulaşırlar. Basının farklı görüşler hakkında toplumu serbestçe bilgilendiremediği bir ortamda, kişilerin siyasal tercihlerinin serbestçe oluştuğu kabul edilemez. Ayrıca seçmenler, yöneticilere kendi isteklerini iletmede ve yöneticilerin icraatları hakkında bilgi sahibi olma konusunda da basına ihtiyaç duymaktadırlar.

3. İfade hürriyeti devlete negatif bir davranışta bulunma yükümlülüğü getiren bir hürriyettir. Devlet kişilerin fikirlerini ifade etmelerine engel olmamalıdır. Ancak ifade hürriyetinin gerçekleşebilmesi için devletin yalnızca negatif bir tutum içinde olması, yani fikir açıklamak isteyenleri engellememesi yeterli değildir. Ayrıca yetki alanındaki

¹⁴³ Zana/Türkiye, 18954/91, 25.11.1997. Kararın Türkçe çevrisi için Bkz. (<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/zana.htm>).

¹⁴⁴ Sürek ve Özdemir/Türkiye, 23462/94, 08.07.1999. Kararın Türkçe çevrisi için Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü (2002:229-270).

kişilerin bu hürriyetleri kullanabilmesi için gerekli tedbirleri de alması gerekmektedir¹⁴⁵. Bu bakımdan devlet, bu hürriyetin kullanılmasının önündeki engelleri kaldırmak durumundadır. İfade hürriyetinin kullanılması sonucu, başkalarından gelecek şiddetin önlenmesi ya da bu hürriyetin kullanılması için gerekli yasal düzenlemelerin yapılması devlete yüklenen pozitif yükümlülüklerdir.

4. Mahkemeye göre, sözleşmenin 10/2 maddesinde belirtildiği üzere, taraf devletler milli güvenliğin korunması, kamu düzeninin sağlanması gibi kamusal amaçlarla ifade hürriyetini sınırlayabilirler. Ancak devletler bu konudaki takdir haklarını kullanırken amaç- araç dengesini gözetmek durumundadırlar. Ayrıca devletlerin bu tür kamusal amaçlarla ifade hürriyetini sınırlayabilmeleri için bu yönde zorlayıcı sosyal bir ihtiyacın bulunması gereklidir.

5. İfade hürriyetinin sınırlandırılmasında, düşüncelerini açıklayan kişinin kimliği bu hürriyetin sınırlanması için yeterli bir neden olarak kabul edilemez. Mahkemeye göre, bir gazetecinin bir terör örgütü lideri ile yapmış olduğu bir mülakatı yayınlaması nedeni ile cezalandırılması doğru değildir. İfade hürriyetinin sınırlandırılması konusunda belirleyici olan, ifade edilen fikirlerin ve ifade biçiminin şiddeti teşvik edici olup olmamasıdır. Bir ifade ancak, şiddeti teşvik edici ve kamu düzenini bozmaya elverişli olması nedeni ile sınırlandırabilecektir.

5.5. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Göre Türk Hukukunda

Yapılması Gerekenler

Mahkemenin ifade hürriyetiyle ilgili olarak Türkiye aleyhine açılan davalarda verdiği kararlardan da anlaşılacağı üzere, ifade hürriyeti konusunda Türk hukukunda bazı

¹⁴⁵ Özgür Gündem/Türkiye,23144/93, 16.03.2000. Kararın Türkçe çevrisi için Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü (2002:473-498).

sorunlar olduğu gör÷lmektedir. Bu sorunların bir kısmı ifade hürriyetini sınırlayan yasalardan kaynaklanmakta, diğer bir kısmı ise yargı sisteminin işleyişinden kaynaklanmaktadır. Bu konuda yapılması gerekenleri şöyle sıralayabiliriz;

1. Ülkemizde ifade hürriyetin kısıtlayan yasalar hukuk tekniği açısından sıkıntılı olup, yeterince anlaşılır ve açık değildir. Bu eleştiri AİHM’ce Öztürk/Türkiye¹⁴⁶ davasında da dile getirilmiş olup, aynı konuda farklı mahkemelerin farklı kararlar verdiği tespit edilmiştir.

Hukuk düzenimizde 765 sayılı TCK’nın 312. maddesi ve TMK’nın 8. maddeleri bu türden açık olmayan suç tiplerini içermektedir. TMK’nın 8. maddesi 15/07/2003 tarih ve 4928 sayılı yasa ile hukuk düzenimizden tamamen çıkarılmış olup, bu tehlike ortadan kaldırılmıştır. 765 sayılı TCK’nın 312 .maddesi ise 5237 sayılı TCK ile ortadan kaldırılarak, bu suç tipi yeni TCK’nın 216. maddesinde daha anlaşılır bir biçimde düzenlenmiştir.

İfade hürriyetini kısıtlayan yasal düzenlemeler anlaşılabilir ve sonuçları öngörülebilir olmalıdır. Yasa koyucu bu düzenlemeleri yaparken belirsizlik doğuracak ve farklı şekilde anlaşılacak düzenlemelerden kaçınmalıdır. Özellikle, bir suç tanımı yapılıyorsa suçun unsurları tek tek ve anlaşılır bir biçimde belirtilmelidir. Yasaların açık ve anlaşılır olmasından birincil olarak yasa koyucu sorumludur. Ancak belirtmek gerekir ki; yasanın açık ve anlaşılır olması amacına uygun bir şekilde uygulanabilmesi için yeterli değildir. Bu yasaı yorumlayanlar da yasanın amacına uygun hareket etmek durumundadırlar.

¹⁴⁶ Öztürk/Türkiye, 22479/93, 28.09.1999. Kararın Türkçe çevrisi için Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü (2002:353-384).

2. İfade hürriyetinin gerçekleştirilebilmesi için yapılması gerekenlerden bir diğeri ise ülkemizdeki hakim ve savcıların AİHM'nin uygulamaları hakkında daha çok bilgi sahibi olmalarının sağlanmasıdır. Gerçekten de 2004 yılına kadar ülkemizdeki yargı mensuplarının AİHM uygulamaları hakkında bilgi sahibi olmaları konusunda ciddi bir adım atılmamıştır¹⁴⁷. Bu nedenle ülkemizdeki uygulamalarla AİHM içtihatları arasında bir çelişki bulunması doğaldır. Ancak bu eğitim sürecinden sonra AİHM içtihatlarının mahkeme kararlarına yansımaya başladığı görülmüştür¹⁴⁸. Ülkemizin hukuk düzeni, batı kaynaklı olmasına rağmen hakim ve savcıların sistemli bir şekilde yurt dışına gönderilerek buradaki uygulamalar hakkında fikir sahibi olmalarının sağlanmaması da bu konudaki diğer bir eksikliklerdir. Böyle bir uygulama yapılmadığından ülkemizdeki uygulamalar evrensel uygulamalardan uzaklaşmıştır.

3. Türkiye hakkındaki davaların aleyhe sonuçlanması ülkemizdeki yargı bağımsızlığı ile de yakından ilgilidir. Ülkemizdeki uygulamaların AİHM uygulamaları ile uyumlu olabilmesi için yargı bağımsızlığının da sağlanması şarttır.

Ülkemizde yargı bağımsızlığı gündeme geldiğinde, eleştiri olarak ileri sürülen ilk husus, Adalet Bakanı ve Adalet Bakanlığı Müsteşarının Hakim ve Savcılar Yüksek Kuruluna (HSYK) üye olmasıdır. Ancak bu eleştiri haklı değildir. Çünkü HSYK sadece bu iki üyeden oluşmadığı gibi Bakan ve Müsteşarın üyelikten çıkarılması da tek başına yargı bağımsızlığını sağlayacak bir durum değildir. Aslında Bakan ve Müsteşarın Kurulda bulunması yürütme organının bağımsız yargı konusundaki yükümlülüklerinin farkında olması açısından da faydalı bir durumdur.

¹⁴⁷ 2004 Yılında Adalet Bakanlığı tarafından Tüm hakim ve savcılara yönelik olarak AİHS ve AİHM kararları konusunda bilgilendirme seminerleri düzenlenmiştir.

¹⁴⁸ Söz konusu kararlar için bkz. Özbey (2004: 164-200).

Yargı bağımsızlığın konumuzla ilgili olan yönü, ilk derece mahkemesi hakimlerinin, bütün davalarda olduğu gibi, ifade hürriyeti ile ilgili olan davalarda da farklı değerlendirmeler yaparak yüksek mahkemelerin içtihatlarının gelişimine katkıda bulunamamalıdır. Bunun nedeni ise, hakimlerin terfi sistemidir. Gerçekten de ülkemizde temyiz mahkemesi olan Danıştay ve Yargıtay, ilk derece mahkemesi hakimlerinin verdikleri kararları sadece hukuki açıdan denetlemekle kalmayıp ayrıca hakimler üzerinde idari bir yetkiye de sahiptir. Bu idari yetki, ilk derece mahkemelerindeki hakimlere vermiş oldukları kararlar nedeniyle yüksek mahkemeler tarafından not verilmesi şeklinde gerçekleşmektedir. Yüksek mahkemelerce hakimlere verilen bu notlar ise, hakimlerin terfilerinde önemli bir yere sahiptir. Bu nedenle ilk derece mahkemelerindeki hakimler, önlerine gelen davalarda kendileri yeni yorumlar yapmak yerine yüksek mahkeme içtihatlarını tekrarlayarak davayı sonuçlandırma yolunu seçmektedirler. Bu işleyiş ise, mahkeme içtihatlarının gelişimini engellemekte ve hukuk uygulamamızı evrensel uygulamalardan uzaklaştırmaktadır. Bu bakımından yargı sisteminde hakimlerin terfi ettirilmesindeki ölçütler yeniden gözden geçirilerek hakimlerin yüksek mahkeme içtihatlarının oluşum ve gelişim süreçlerine etkin bir şekilde katılmaları sağlanmalıdır.

6. MATERYAL VE YÖNTEM

Çalışmanın teorik çerçevesi için ikincil veriler kullanılmış olmakla birlikte, özellikle, çalışmaya esas oluşturan AİHS mevzuatı ve AİHM kararları temel referans kaynaklar olarak alınmıştır. İfade Hürriyetinin Kavramlaştırılması, unsurları ve gerekçeleri üzerinde bir kütüphane çalışması yapılmıştır. Bu çalışmadan sonra ifade hürriyetinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesinde ve Türk Anayasasının 26. maddesindeki düzenlenmeler ele alınarak bu konudaki Ulusal Mahkeme Kararları ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları incelenmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesini ve Ulusal Mahkemelerin ifade hürriyetinin sınırlandırılmasına ilişkin yaklaşımları sözleşme ve mahkeme kararları da dikkate alınarak ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda Ulusal mahkemelerin ifade hürriyetine müdahale de sıklıkla kullandıkları 765 sayılı TCK'nin 159 ve 312. (5237 Sayılı TCK 301, 215, 216) ile TMK'nın 6 ve 8. maddeleri başta olmak üzere konuya ilişkin mevzuat çalışmada kullanılmıştır.

AİHM'nin Türkiye'yle ilgili kararları incelenirken yöntem olarak mevzuatlar ve uygulamalar bağlamında karşılaştırma yolu kullanılmıştır. Bu vesileyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 10. maddeyle ilgili olarak ülkemiz hakkında vermiş olduğu kararların bir kısmı incelenerek Türkiye açısından ifade hürriyeti konusundaki eksiklikler uygulamalar üzerinden tespit edilmeye çalışılmıştır.

7. BULGULAR

Genel olarak insan hakları ve onun besleyici kaynağı olan ifade hürriyeti, yoğun tartışmalara konu olmaktadır. İnsan haklarına ve onun bir parçası olan ifade hürriyetine olan bu ilginin nedeni, insanların daha çok özgürlük talep etmeleridir. İmparatorlukların dağılıp ulus devletlerin kurulmasıyla birlikte, milletler için bağımsızlık ne kadar önemliyse; özgürlüğün de bireyler için o derece önemli olduğu düşüncesi kendini hissettirmiştir. Düşünsel temellerinde, devlet iktidarını sınırlandırmak suretiyle bireylere belli güvenceler sağlamak olan “insan hakları” da bu özgürlük taleplerinin genel adı olmuştur.

İnsan hakları olarak adlandırdığımız bu özgürlük talepleri, esasen, devletten bağımsız olup insanın yaratılmasıyla birlikte varolan ve tüm insanların sırf insan olmaları nedeniyle sahip oldukları haklardır. Devletler, kendi yönetimlerindeki insanların talepleri sonucu bu hakları tanıyarak belli yasal güvencelere kavuşturmuşlardır. Devletlerin kendi yapmış oldukları düzenlemelerle kendi iktidarlarını sınırlaması konusunda aksaklıkların ortaya çıkmasıyla birlikte bu hakların uluslararası güvenceye kavuşturulmaları gerekliliği ortaya çıkmıştır. Bu aşamadan sonra uluslararası belgeler oluşturularak insan hakları, bu belgelerle güvenceye alınmış ve bu haklara devletin müdahalesi önlenilmeye çalışılmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), insanlığın II. Dünya Savaşıyla yaşamış olduğu acıların bir daha yaşanmasını önlemek amacıyla bir kısım Avrupalı devletler tarafından oluşturulmuştur. Şüphesiz ki, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinden önce de aynı içerikte bir çok uluslararası belge bulunmaktaydı. Ancak bu belgeler, içerdikleri hak ve hürriyetleri korumak için etkili bir mekanizma oluşturamadıklarından, kendilerinden beklenen faydanın pek azını sağlayabildiler. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini önceki

belgelerden farklı kılan özellik de, kendisinden önceki belgelerin bu eksikliğini dikkate alarak bu konuda bir takım mekanizmalar öngörmüş olmasıdır. Gerçektende AİHS, düzenlemiş olduğu haklara etkin bir koruma sağlayarak kendini “sadece belge” olmaktan kurtararak “yaşayan bir belge” haline gelmeyi başarmıştır.

AİHS'nin öngörmüş olduğu bu koruma mekanizmasının belkemiği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesidir. Mahkeme, taraf devletlerin yetki alanında yaşayan insanların, sözleşmenin ihlali konusundaki başvurularını değerlendirmek suretiyle sözleşmeyi somut olaylara uygulamaktadır. Mahkeme sözleşmedeki hakları içtihatlarıyla somutlaştırarak, insan haklarının hayata nasıl yansıdığını gösterdiği gibi devletin de bunlara müdahalesini sözleşmeye uygunluk bakımından denetlemektedir.

Genel olarak, sözleşmenin 10. maddesinde düzenlenen ifade hürriyeti, kişilerin bilgi, fikir ve haberlere serbestçe ulaşarak kendi kanaatlerini oluşturmaları ve bunları serbestçe ifade edebilmeleri olarak tanımlanmıştır. Ancak, tüm tanımlar gibi, bu tanım da soyuttur. Fakat yine de bu tanımdan, ifade hürriyetinin birçok unsur hürriyetten oluşan bir bütün olduğunu söylemek mümkündür. Bu unsur hürriyetlerden birinin eksikliği veya aşırı derecede kısıtlanmış olması ifade hürriyetini anlamsızlaştıracaktır. Sözleşmedeki bu soyut düzenlemeyi somutlaştırmak ise mahkemenin görevidir.

Mahkeme 10. maddeyle ilgili hemen her davada, ifade hürriyetinin tüm fikirlerin ifadesini kapsadığını söylemektedir. Toplum tarafından beğenilsin ya da beğenilmesin, tepkiyle karşılansın ya da karşılanmasın tüm fikirler serbestçe ifade edilebilmelidir. Hatta toplumun büyük bir kısmı tarafından beğenilmeyen veya tepkiyle karşılanan fikirlerin serbestçe ifade edilmesi daha da önemlidir. Çünkü, günümüz dünyasında devlet yönetimleri, genellikle, halkın tercihlerine göre oluştuğundan, yöneticileri seçen

çoğunluk iradesi, devlet iktidarını, kendisinden farklı düşünen azınlığı bastırmada kullanmaya da meyillidir. Bu bakımdan taraftar sayısına ya da içeriğine bakılmaksızın tüm fikirlerin ifadesinin serbest olması gerekir.

İfade hürriyeti farklı gerekçelerle savunulan bir hürriyettir; ancak AIHM, ifade hürriyetinin demokratik toplumun esaslarından biri olduğuna vurgu yapmak suretiyle demokrasinin bir gereği olarak ifade hürriyetini savunmaktadır. Bunda sözleşmenin demokrasiyi tek siyasal rejim olarak benimsemiş olmasının da etkili olduğu söylenebilir. İfade hürriyeti demokrasinin bir gereği olduğundan, ifade hürriyetinin bulunmadığı bir ortamda toplumu ilgilendiren fikirlerin serbestçe tartışılabilmesi ve bu konuda bir uzlaşmaya varılabilmesi mümkün değildir.

İfade hürriyeti demokratik toplumun temel esaslarından biri olarak kabul edilmekte ve bu anlayıştan hareketle basın hürriyetinin gerekliliği/vazgeçilmezliği de ortaya çıkmaktadır. Siyasal iktidarın belirlenmesinde seçmenlerin tercihlerinin serbestçe oluşabilmesi için halkın, toplumu ilgilendiren konulardaki bilgi ve fikirlere ulaşabilmesi şarttır. Bu tür bilgi ve fikirleri aktaran da basındır. Basın olmaksızın bu tür bilgi ve fikirlere ulaşmak oldukça güçtür. Basının yapmış olduğu yayınlarla kamuoyunu yanlış yönlendirme ihtimali bulunmakla birlikte, bu husus, halkın bilgi ve fikirlere ulaşamamasından daha az tehlikelidir. Basının, demokrasinin, dolayısıyla da ifade hürriyetinin gelişmesine diğer bir katkısı ise, halkın isteklerini yöneticilere ulaştırması ve yöneticilerin icraatları hakkında halkı haberdar ederek, iktidarın denetlenmesini sağlamasıdır. Kişiler basın aracılığıyla yöneticilere taleplerini ileterek hürriyet alanının genişlemesini sağlama imkanına sahiptirler.

Tüm insan hakları belgelerinde olduğu gibi, AİHS de ifade hürriyetini sınırlı bir hak olarak düzenlemiştir. Taraf devletler, sözleşmenin 10/2. maddesinde yer alan taahhidi nedenlere dayanmak ve yine aynı maddede belirtilen şartlara uygun olmak suretiyle ifade hürriyetine müdahale edebilirler. Ancak sözleşmenin 10/2. maddesinde sayılan sınırlama nedenleri ve sınırlama şartlarının dar yorumlanması ve somutlaştırılması gerekir. 10/2. maddenin dar yorumlanmaması yani ifade hürriyetinin asıl, ifade hürriyetine müdahalenin ise istisna olarak kabul edilmemesi, ifade hürriyeti açısından büyük bir tehdittir. Taraf devletlerin ifade hürriyetinin sınırlandırılması bakımından 10/2. madde bakımından bir takdir yetkileri bulunmaktadır. Ancak bu takdir payı AİHM'nin denetimine tabidir. Sonuç olarak, ifade hürriyetine yapılan bir müdahalenin sözleşmeye uygun olup olmadığına karar verecek olan AİHM'nin kendisidir.

AB'ye tam üyelik yolunda ilerleyen ülkemizde, hak ve özgürlüklerin sözleşme standartlarına yükseltilmesi, önemli gündem konularından bir tanesidir. Bu bağlamda, iç hukukumuzun bir parçası olan sözleşme, bununla da yetinilmeyerek, bir iç hukuk metni haline getirilmiştir. Ancak buna rağmen, ülkemizde gerek diğer hürriyetler gerekse ifade hürriyeti bakımından istenilen düzeye ulaşamadığı da bir gerçektir. Bunun nedenlerinden bir tanesi, mevzuattaki düzenlemelerin bir kısmının halen sözleşmeyle uyumlu hale getirilememiş olması diğeri ise, AİHM ile ulusal makamlar arasındaki anlayış farklılığıdır. Sözleşmenin iç hukukumuzun bir parçası olması nedeniyle, esasen, sözleşmeye aykırı mevzuat hükümlerinin teorik olarak hiçbir kıymeti olmadığını söylemek mümkündür. Bu nedenle asıl problem, ulusal makamlarla AİHM arasındaki anlayış farklılığıdır.

İfade hürriyeti bakımından ülkemizin bulunduğu noktayı tespit etmek ve bu konudaki aksaklıkları gidermek için ülkemiz hakkındaki AİHM kararlarını incelemek ve ifade hürriyetine müdahaleye AİHM'nin tespitleri ışığında yaklaşmak gerekir. AİHM'nin 10. maddeyle ilgili olarak ülkemiz hakkında vermiş olduğu kararlar incelendiğinde bu konudaki problemlerin, yukarıda da belirttiğimiz gibi, bir kısmının mevzuattan, bir kısmının da anlayış farklılığından kaynaklandığı görülür. Ülkemiz hakkındaki mahkumiyet kararlarının büyük bir kısmı, bölücü terör örgütlerinin görüşlerini dile getiren veya bu örgütlere sempatilerini ifade edenlerin cezalandırılmasına yönelik müdahalelere ilişkindir. Bu tür müdahaleler bakımından AİHM ile ülkemiz makamları arasındaki anlaşmazlık, ifade edilen fikirlerin içeriğinden kaynaklanmaktadır. Ülkemiz makamları, ifade hürriyetine müdahale için, ifade edilen fikirlerin bölücülük propagandası içermesini veya resmi politikalara ağır eleştiriler getirmesini genellikle yeterli görmektedir. AİHM ise ifade edilen fikirlerin içeriğini, ifade hürriyetine müdahale için yeterli kabul etmemektedir. Mahkemeye göre ifade hürriyetine müdahale için, ifade edilen fikirlerde şiddet çağrısı yapılması ve bu fikirlerin ifadesinin kamu düzenini bozmaya elverişli olması gerekir. Ancak belirtmek gerekir ki, ifade hürriyetine müdahale edilebilmesi için gerekli olan, ifade edilen fikirlerde şiddet çağrısı yapılması ve bu fikirlerin ifadesinin kamu düzenini bozmaya elverişli olması şartlarının gerçekleşmesi, yapılan müdahalenin sözleşmeye göre meşru kabul edilebilmesi için yeterli değildir. İfade hürriyetine yapılan müdahalenin sözleşmeye göre meşru kabul edilebilmesi için, bu müdahalenin, sözleşmenin 10/2. maddesindeki nedenlerden birine dayanması, demokratik toplumda gerekli olması ve kanunla öngörülmüş olması da gerekir.

AİHM uygulamalarıyla ulusal makamlar arasındaki anlayış ve uygulama farklılığının bir diğer nedeni ise, ülkemizdeki terör olaylarıdır. Ülkemiz, özellikle 1980 sonrasında çok şiddetli terör eylemlerine maruz kalmış ve terörle mücadele etme konusunda birtakım tedbirler almak zorunda kalmıştır. Terör eylemlerinin toplumda derin bir nefret uyandırması nedeniyle de bu tür eylemlere ve terör örgütlerine sempatiyi ifade eden her tür fikir açıklamasının cezalandırılması konusunda kamusal bir refleks oluşmuştur. Ancak böyle bir ortamda bile ülkemizin AİHM'nin zorunlu yargı yetkisini kabul etmesi ve kararlarına uyması, özgürlüklerin geliştirilmesi konusunda çok önemli bir adım olarak nitelendirilmelidir.

AİHM uygulamalarıyla ulusal makamların uygulamaları arasındaki bu farklılık nedeniyle ülkemiz, sözleşmenin 10. maddesini ihlalden dolayı sıkça mahkum edilmiştir. Bu mahkumiyetlerin önüne geçebilmek için öncelikle mevzuatta, mahkeme kararlarını da dikkate alarak, değişiklik yapma yoluna gitmiştir. Bu bağlamda TMK ve TCK'da bazı değişiklikler yaparak ifade hürriyetini genişletici bazı düzenlemeler yapmış ve en önemlisi de ifade hürriyeti bakımından "tam bir içerik kısıtlaması" getiren TMK'nın 8. maddesini yürürlükten kaldırmıştır.

8. SONUÇ VE ÖNERİLER

İfade hürriyeti, mensubu olduğu insan hakları ailesinin lokomotifi konumundadır. İfade hürriyeti güvence altına alınmaksızın diğer hürriyetlerin kullanılmasına ve geliştirilmesine imkan bulunmamaktadır.

İfade hürriyeti, insanların bilgi edinebilmesi, edindiği bu bilgilerin de yardımı ile kendi düşüncelerini oluşturabilmesi ve bu düşüncelerini serbestçe dışa vurabilmesidir. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere ifade hürriyeti bünyesinde bir çok unsur hürriyeti barındıran bir bütündür. İfade hürriyetinin bünyesinde bulunan unsur hürriyetler; bilgi edinme, düşünce ve düşüncüyü açıklama hürriyetleridir. Bu unsur hürriyetler, bir bütün olan ifade hürriyetinin olmazsa olmazlarıdır. Bunlardan birinin eksikliği ya da önemli ölçüde kısıtlanması halinde ifade hürriyetinin varlığından söz edilemez.

Unsur hürriyetlerden düşünce hürriyeti kişinin iç dünyası ile diğer ikisi de dış dünya ile ilgilidirler. Düşünce hürriyeti, kişinin iç dünyasında gerçekleştirilen mutlak bir hürriyet olup, yasal sınırlamalara konu olması söz konusu değildir. Ancak yasal sınırlandırmalara konu olmaması, yasal düzenlemelere konu olmayacağı anlamına gelmez. Bu nedenle bu hürriyet, güvence niteliğindeki bir kısım yasal düzenlemelere konu olabilmektedir. Bilgi edinme ve düşüncüyü açıklama hürriyetleri ise, ifade hürriyetinin dış dünyaya ilişkin boyutunu oluşturdukları için bir takım sınırlamalara tabi tutulabilirler.

Bir bütün olan ifade hürriyeti sözleşme sisteminde, “düşünce hürriyeti (m. 9)” ve “ifade hürriyeti (m. 10)” başlıkları altında iki ayrı maddede düzenlenmiş bulunmaktadır. Ancak iki ayrı maddede düzenlenmiş olma, ifade hürriyetinin bir bütün olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Mahkemenin uygulamasında da bu maddeler birlikte

yorumlanmaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki düşünce, vicdan ve din hürriyetlerini düzenleyen 9. maddeye ilişkin başvuruların çoğunlukla din hürriyeti üzerinde yoğunlaştığı, ancak dini inanç ya da düşünceler açıklandığında bu açıklamaların 10. madde kapsamında değerlendirildiği görülmektedir.

İfade hürriyetinin düşünce ve düşünceyi açıklama hürriyeti adı altında iki ayrı maddede düzenlenmesi Anayasamız bakımından da geçerlidir. 1982 Anayasasının 25. maddesinde “düşünce hürriyeti”, 26. maddesinde ise “düşünceyi açıklama hürriyeti” düzenlenmiştir. Ancak 25. maddenin gerekçesinde “düşünce” ve “düşünceyi açıklama” hürriyetlerinin nitelikleri ve sonuçları bakımından birbirinden farklı oldukları belirtilerek ifade hürriyetinin bir bütün olduğu gerçeği göz ardı edilmiştir. Madde gerekçesinin bu şekilde belirtilmesinde Anayasa Mahkemesinin 1961 Anayasası döneminde vermiş olduğu kararların etkili olduğu açıktır. Fakat Anayasa Mahkemesi 1990 yılında vermiş olduğu bir kararında; düşüncenin serbest oluşumunun, ifade hürriyetinin bir başka yönünü oluşturduğunu söyleyerek ifade hürriyetinin bütünlüğüne işaret etmiştir¹⁴⁹.

İfade hürriyetinin sağlanması gereği, farklı gerekçelere dayanılarak savunula gelmiştir. İfade hürriyetinin sağlanması için kullanılan ilk gerekçe, gerçekliğin keşfine dayanan tezdır. Mill’in görüşlerine dayanan bu teze göre, gerçeğin ortaya çıkabilmesi için yanlış da olsa fikirlerin serbestçe ifade edilebilmesi gerekir. Bu tez daha sonra Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından da “Pazar yeri teorisi” adı ile kullanılmış ve geliştirilmiştir. İfade hürriyetinin savunulmasında kullanılan diğer bir gerekçe ise, kişinin kendi kendini geliştirmesini sağlamasıdır. Bu gerekçeye göre, kişinin kendi kendini gerçekleştirebilmesi için her türlü baskıdan uzak olarak kendisini ifade etmesi

¹⁴⁹ AYMK, E.1989/9, K.1990/8, 18.05.1990. Kararın tam metni için Bkz. (<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1990/K1990-08.htm>).

gerekmektedir. İfade hürriyetinin savunulmasında yaygın olarak kullanılan ve AİHM'nin de kararlarına dayanak yaptığı gerekçe ise, ifade hürriyetini demokrasinin bir gereği olarak gören tezdır. Bu teze göre, kişilerin yöneticilerin seçimi ve denetlenmeleri sürecine etkin olarak katılabilmeleri için ifade hürriyeti gereklidir. İfade hürriyetinin savunulmasında dayarılan diğer bir gerekçe ise, yasaklamanın ters etkisine dikkat çeken tezdır.

İfade hürriyetine gerekçe olarak kullanılan bu tezlerden en yaygını, demokrasiye dayanan tezdır. Bu tez AİHM tarafından verilen kararlara da sıkça dayanak yapılmaktadır. Mahkeme, ifade hürriyeti ile ilgili kararlarında demokratik toplumun gereklerine vurgu yapmak sureti ile ifade hürriyetinin, demokrasinin bir gereği olduğunu belirtmektedir. Demokratik toplum kavramı, sözleşmede de yer almasına rağmen sözleşme tarafından tanımlanmamıştır. Mahkeme de vermiş olduğu kararlarında; demokratik toplum kavramını tanımlamamış, ancak, onun unsurlarını sayma yoluna gitmiştir. Mahkeme kararlarında demokratik toplumun unsurları; çoğulcuk, hoşgörü ve açık fikirlilik olarak belirtilmiştir.

Siyasal iktidarın halk tarafından belirlendiği rejim olarak adlandırılabilcek olan demokraside, seçmenlerin tercihlerinin serbestçe oluşabilmesi için bilgi akışının sağlanması gerekir. Seçmenlerin siyasal iktidara talip olanların fikirlerini öğrenebilmesi ve buna göre tercih yapabilmeleri demokrasinin bir gereğidir. Çünkü kişilerin tercihlerinin sağlıklı olabilmesi, bu konuda edindikleri bilgilerin niteliği ve miktarı ile doğru orantılıdır. Ayrıca kişilerin yalnızca seçilecek kimselerin siyasal fikirleri hakkında bilgi edinmeleri demokrasinin gerçekleşmesi açısından yeterli olmaz, demokraside siyasal iktidarı belirlemede tek yetki sahibi olan halk aynı zamanda siyasal iktidarın

icraatlarını da denetlemektedir. Halkın bu denetimi gerçekleştirebilmesi için iktidarın icraatları hakkında bilgi sahibi olması gerekir. Belirtmek gerekir ki, iktidara gelmezden önce seçmene ne tür kamu politikaları oluşturacakları konusunda her tür bilgiyi açıklayan iktidar taliplileri, iktidara geldikten sonra icraatları hakkında bilgi verme konusunda daha cimri davranabilmektedirler. Bu bakımdan idareden bilgi edinilebilmesi, demokrasinin gerçekleşebilmesi açısından büyük önem arz eder. İfade hürriyetinin önemi, seçmenlerin yöneticileri seçmesi ve denetlemesinin yanı sıra kendi isteklerini yöneticilere ulaştırmaları için de geçerlidir. Demokrasi, halk tarafından olduğu kadar halk için de olan bir rejimdir. Bu nedenle demokrasinin gerçekleşmesi ifade hürriyetinin gerçekleştirilmesi ile yakından ilgilidir.

Sözleşmenin 10. maddesinde düzenlenen ifade hürriyeti kişilerin haber; bilgi ve belgelere ulaşmalarını, edinmiş oldukları bu bilgi ve fikirler yardımı ile kendi düşüncelerini oluşturmalarını ve bunları dış dünyaya aktarmalarını garanti etmektedir. 10. madde, ifade edilebilecek fikirleri içerik konusunda herhangi bir ayrıma tabi tutmadan korumayı hedefler. Bu bakımdan kişilerin değişik konularda ve değişik içeriklerdeki fikirlerini serbestçe açıklayabilmeleri gerekir. Ayrıca ifade hürriyeti yalnızca sözleşmeye taraf devletin sınırları içerisinde savunulmayı, ülke sınırlarını aşan bir hürriyet olarak ele alınmaktadır.

İfade hürriyetinin düzenlendiği tüm hukuki metinlerde olduğu gibi AİHS de ifade hürriyetini sınırlı bir hürriyet olarak düzenlemiştir. Sözleşme sisteminde genel sınırlama nedenlerine yer verilmeyerek sadece ilgili maddede belirtilen sınırlama nedenlerine yer verilmiştir. 10/2. maddede ifade hürriyetinin sınırlandırılması üzerinde durulmuş ve ifade hürriyetinin hangi nedenlere dayanarak hangi şartlar altında sınırlandırılacağı

düzenlenmiştir. Sözleşmenin 10/2. maddesi ifade hürriyetinin sınırlandırılması konusunda taraf devletlere iki tür takdir yetkisi vermektedir. Bunlardan birincisi ifade hürriyetinin sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı konusundadır. Sözleşmenin 10/2. maddesinde sayılan şartların bulunması halinde taraf devletler ifade hürriyetini sınırlandırmak zorunda değildirler. Bu şartların varlığı halinde dahi ifade hürriyetinin sınırlandırıp sınırlandırmamak taraf devletlerin takdirine bırakılmıştır. Taraf devletler bu durumdaki takdir yetkilerini, ifade hürriyetinin sınırlandırılmaması yönünde kullandıklarında bunun sözleşme organlarınca denetlenmesi mümkün değildir. 10/2. maddenin taraf devletlere tanıdığı diğer takdir yetkisi ise, ifade hürriyetinin sınırlandırılması konusunda 10/2. maddede sayılan koşulların varlığının bulunup bulunmadığının tespiti ile ilgilidir. Taraf devletler, ifade hürriyetine yapacakları müdahalenin 10/2. maddeye uygun olup olmadığını kendileri takdir edeceklerdir. Çünkü ülkelerindeki koşulları değerlendirmek bakımından uluslararası bir hakimden daha iyi bir konumdadırlar. Ancak taraf devletlerin bu konudaki takdir yetkisi, kötüye kullanıma açık olduğundan sözleşme organlarının denetimine tabidir. AİHM ifade hürriyeti konusunda yapılan başvurularda taraf devletin 10/2. maddedeki takdir yetkisini sözleşmeye uygun kullanıp kullanmadığını her başvurunun niteliklerini göz önüne alarak denetlemektedir.

İfade hürriyeti ile ilgili tartışmalar, bu hürriyetin sınırlandırılması konusunda yoğunlaşmış bulunmaktadır. İfade hürriyetinin önemi ve gerekliliği konusundaki fikirler genellikle birbiri ile uyumlu olmasına rağmen bu hürriyetin sınırlandırılması söz konusu olduğunda ise, böyle bir uyumdan bahsetmek zordur. İfade hürriyetinin hiçbir şekilde sınırlandırılmayacağına dair görüşler bulunmakla beraber, esas tartışmalar ifade

hürriyetinin sınırlandırılıp, sınırlandırılmayacağı konusunda ziyade sınırlandırmanın hangi ölçüde ve hangi şartlar altında olması gerektiği konusundadır.

İfade hürriyetini sınırlandırabilecek bir hak olarak kabul eden sözleşmenin 10/2. maddesinde, sınırlamanın hangi nedenlerle ve ne şekilde yapılacağı düzenlenmiştir. Sözleşmeye göre ifade hürriyeti, 10/2. maddede belirtilen bir takım kamusal veya özel menfaatlerin korunabilmesi amacı ile demokratik toplumda gerekli olmak şartıyla ve kanunla sınırlandırılabilir. İfade hürriyetinin sınırlandırılması konusundaki problemler, sınırlama nedenlerinin sayılması ve sınırlandırmada gerekli şartların belirtilmesi ile halledilebilecek kadar basit değildir. Sözleşmenin 10/2. maddesinde sayılan milli güvenlik, kamu düzeni vs. gibi kavramlar oldukça soyut olup geniş yorumlandıklarında ifade hürriyetini önemli ölçüde kısıtlayacaklardır. Bu bakımdan sözleşmede sayılan nedenlerin içerikleri dar yorumlanmalıdır. İfade hürriyetinin sınırlandırılmasında 10/2. maddede belirtilen nedenlerin varlığının yanı sıra bu nedenlere dayanılarak ifade hürriyetinin sınırlandırılabilmesi için yapılacak olan sınırlamaların, demokratik toplumda gerekli olması da şarttır. Mahkeme, buradaki “gerekli” deyiminin “zorunlu sosyal ihtiyaca cevap verebilecek bir durumu” ifade ettiğini söylemiştir. Demokratik toplumda gereklilik kavramının içinde düşünülmesi gereken bir konu da orantılılık ilkesidir. Yani ifade hürriyetinin sınırlandırılmasında amaç ve araç dengesinin gözetilmesi gerekliliğidir.

Sözleşmeye göre, ifade hürriyetine yapılacak müdahaleler kanunla öngörülmüş olmalıdır. Sözleşmedeki kanun deyimiyile iç hukuktaki yasama tasarrufu olan “kanun” kastedilmemiştir. Ancak taraf devletler kendi iç hukuklarında, ifade hürriyetine yapılacak

müdahalenin yasal bir düzenlenmeye dayanmasını şart koşmuşlarsa, bu durumda müdahale iç hukuktaki bir yasaya dayanmak zorundadır.

AİHM ifade hürriyeti ile ilgili başvurularda ifade hürriyetine yapılan müdahalenin sözleşmeye uygunluğunu denetlerken sözleşmenin 10/2. maddesindeki şartlara uyulup uyulmadığını denetlemektedir. Mahkemeye göre, ifade hürriyetine yapılan bir müdahale ancak gerekli tüm şartların bulunması halinde meşru kabul edilebilir. Şartlardan birinin bulunmaması halinde ise yapılan müdahale sözleşmeye aykırı olacaktır.

AİHS'nin insan hak ve hürriyetleri konusunda sağlamakta olduğu güvenceler, Türk hukuku bakımından da geçerlidir. Anayasamızın 90. maddesine göre, sözleşme hükümleri iç hukukumuzun bir parçası olup kanunlarla eş değerdir. Bu bakımdan sözleşme hükümleri başkaca herhangi bir düzenlemeye gerek duyulmaksızın mahkemeler ve diğer kamu makamları tarafından uygulanmalıdır. Ancak kanunlarla sözleşme hükümlerinin çeliştiği durumlarda bir takım problemler ortaya çıkmaktadır. Anayasaya göre, uluslararası anlaşmalar hakkında anayasaya aykırılık iddiasında bulunulamayacağı için, kanunlarla çelişse bile, sözleşme hükümlerinin uygulanması gerektiği söylenebilir. Fakat bu karışıklığa son verebilmek için yasama organının kanunları sözleşme hükümleri ile uyumla hale getirmesi yerinde bir tutum olacaktır.

AİHM kararlarının iç hukukumuza etkisi de sözleşme hükümlerinin konumuyla benzerlik göstermektedir. Mahkeme kararları da iç hukukumuz bakımından bağlayıcıdır. Çünkü Anayasanın 90. maddesine göre iç hukukumuzun bir parçası olan Sözleşmenin 46. maddesinde, mahkeme kararlarına taraf devletlerin uymakla yükümlü oldukları belirtilmiştir. Bu bakımdan mahkeme kararları taraf devletleri bağlayıcı niteliktedir. Belirtilmelidir ki, AİHM bir temyiz mahkemesi olmadığından vermiş olduğu kararlar ile

taraf devletlerin mahkemelerince verilmiş bulunan kararları ortadan kaldırmaz. Ancak taraf devletler mahkemenin vermiş olduğu kararları dikkate alarak gereklerini yerine getirmekle yükümlüdürler.

Sözleşme hükümlerinin Türk iç hukukunun bir parçası olarak kabul edilmesi, ifade hürriyeti ile ilgili problemleri ortadan kaldırmak ya da bu konudaki uygulamaları Avrupa standartlarına yükseltmek için yeterli değildir. Gerçekten de genel olarak Sözleşme hükümlerinin kanunlara eş değer olarak kabulü ya da sözleşme hükümlerinin bir çoğunun Anayasaya ve kanunlara girmesi bu durumu değiştirmemektedir. İfade hürriyetinin gerçekleştirilmesi, yasal düzenlemelerin yapılması ile yakından ilişkili olmasına rağmen bu konudaki problemlerin yalnızca yasal düzenlemelerle sağlanacağı düşünülmemelidir. İfade hürriyetinin gerçekleştirilebilmesi demokratik kültürün özümsemiş olmasına da bağlıdır. İfade hürriyetini anti demokratik olarak sınırlayan tüm yasalar değişmedikçe ve yapılan yeni yasal düzenlemeler de özgürlükçü bir şekilde yorumlanmadıkça ifade hürriyeti ile ilgili problemlerin ortadan kalkması ve ülkemizin AİHM’de mahkum olmasının engellenmesi imkansızdır.

Türk hukuku bakımından ifade hürriyetinin sınırlandırılması, genel olarak ceza kanunları aracılığı ile yapılmaktadır. Gerek genel ceza kanunu olan TCK’da gerekse bir takım özel ceza yasalarında ifade hürriyetinin anti demokratik bir şekilde sınırlandırıldığı görülmekte olup, bu husus AİHM içtihatları ile de tespit edilmiştir. Yasalarımızdaki sınırlandırmaların ilki, ifade edilen düşüncelerin içeriğine yöneliktir. İçerik sınırlandırması olarak kabul edilecek düzenlemeler 765 sayılı TCK’nın 140,141, 142 ve 163. maddelerinde yer almakta idi. Bu maddelere göre, başka hiçbir şart aranmaksızın, ifade edilen düşüncenin komünist, anti laik vs görüşlerin propagandasını yapılması,

sınırlandırmayı gerektirmekte idi. Ancak 1991 yılında 3713 sayılı TMK'nın çıkarılması ile TCK'nın bu maddeleri yürürlükten kaldırılarak ifade hürriyetinin sınırları genişletilmiş oldu. Yürürlüğe giren TMK'nın 8. maddesi de ifade hürriyetine içerik yönünden sınırlama getirdiği için yapılan bu değişikliğin olumlu etkilerini azaltıcı bir rol oynayarak, ifade hürriyetinin kısıtlanmasına dayanak yapılmış ve ülkemizin AİHM de mahkum olması sonucunu doğurmuştur. İfade hürriyetini sözleşme hükümlerine aykırı bir biçimde sınırlayan yasal düzenlemelerden bir diğeri de 765 sayılı TCK'nın 159 ve 312. maddeleridir. Bu maddelere göre ifade hürriyetinin sınırlandırılabilmesi için eleştiri ile aşağılama arasında bir ayrım yapılmadığı gibi, kamu düzeninin bozulması tehlikesinin ortaya çıkması şartı da aranmamakta, yani bu suçlar soyut tehlike suçları olarak kabul edilmekte idi. Maddelerdeki suçların soyut tehlike suçu kabul edilerek uygulanması AİHM tarafından eleştirilmiş ve ülkemiz ifade hürriyetine bu maddeler aracılığı ile yapmış olduğu müdahalelerden dolayı mahkum edilmiştir. AİHM bu konuda vermiş olduğu kararlarında 159 ve 312. maddelere göre ifade hürriyetinin sınırlandırılabilmesi için kanunda yazılı soyut tehlike suçunun gerçekleşmesini yeterli görmemektedir. Mahkemeye göre, bu yasalara dayanılarak ifade hürriyetinin sınırlandırılabilmesi için bu maddelerde belirtilen nedenlerin kamu düzeni bakımından somut bir tehlike oluşturması gerekir. Ulusal mahkemeler konu ile ilgili kararlarında; mahkum olan kişinin eylemi ile gerçekleşmesi ihtimal dahilinde olan şiddet olayları arasında somut belirtilere dayalı mantıksal bir bağ kurmak durumundadırlar.

İfade hürriyeti bakımından anti demokratik sınırlamalar içeren TCK'nın 159, 312 ve TMK'nın 6, 8. maddeleri AB'ye uyum sürecinde bir çok kez değiştirilerek AİHM uygulamaları ile uyumlu hale getirilmeye çalışılmıştır. Son olarak 765 sayılı TCK, 5237

sayılı yeni TCK ile ortadan kaldırılarak 159 ve 312 maddelerin yerine yeni TCK'daki 301 ve 216. maddeler getirilmiş olup, bu maddelerde ki düzenlemelerle mahkeme uygulamaları yönünde bir düzenleme amaçlanmıştır. TMK'nın 8. maddesi ise bir takım iyileştirmeler yapılmasına rağmen, sözleşme ile uyumlu hale getirilmesi mümkün olmadığından, 4928 sayılı yasa ile hukuk hayatımızdan tamamen çıkarılmıştır.

Türkiye'deki ifade hürriyeti ile ilgili problemlerin sadece yasal düzenlemeler ile çözülemeyeceği açıktır. Yapılacak yasal düzenlemelerin uygulamaya yansıtılması bu problemlerin aşılmasında önemli bir yer işgal edecektir. Yapılan yasa değişikliklerine rağmen uygulamada halen eski alışkanlıklarla ifade hürriyetinin sınırlandırılması ile ilgili hukuka aykırılığın devam ettirildiği görülmektedir. Yasal düzenlemelere rağmen bu tür kararların çıkmasının en temel nedeni; kamuoyunun ve kamu görevlilerinin, ifade hürriyetini ve genel olarak insan haklarını ülkemizdeki bölücü örgütleri koruyan bir enstrüman olarak algılamasından kaynaklanmaktadır. Bu konudaki bir diğer eksiklik ise, ülkemiz hakimlerinin AİHM kararları hakkında yeterince bilgi sahibi olmamalarıdır. Bu konudaki aksaklıkların giderilebilmesi için yargı mensuplarının sistemli bir şekilde yurt dışına gönderilmelerinin sağlanması gereklidir.

İfade hürriyeti konusundaki problemlerin aşılması bakımından ulusal mahkemelerimizin AİHM'nin bu konuda vermiş olduğu kararlarından çıkarılacak ilkeleri de göz önüne almaları gerekir. AİHM'nin ifade hürriyeti ile ilgili olarak benimsemiş olduğu temel ilkelere bir tanesi, ifade hürriyetinin demokratik toplumun temel unsurlarından bir tanesi olduğudur. Bu nedenle ifade hürriyeti, yalnızca lehte olan zararsız veya ilgilenmeye değmez olarak kabul edilen fikirler için değil, devletin ve toplumun bir kesiminin aleyhine olan şok edici fikirlerin ifadesini de kapsamaktadır.

Sözleşme hangi fikre sahip olursa olsun tüm kişiler için bu hürriyeti tanımış bulunmaktadır.

AİHM'nin ifade hürriyeti ile ilgili olarak ulaştığı ilkelerden diğer bir tanesi ise, basının rolüne ilişkindir. Mahkemeye göre ifade hürriyetinin gerçekleştirilmesinde basının önemli bir fonksiyonu vardır. Basının aktardığı fikirler bir takım farklılaşmalara yol açabilecek nitelikte olsa bile, bunlara katlanılmalıdır. Haber ve fikirleri topluma ulaştırmak basın için bir görev olduğu kadar, toplumdaki kişilerin de haber ve fikirlere ulaşma hakkı vardır. Basın aracılığı ile kişiler, siyasetçilerin fikirlerini öğrendikleri gibi onların icraatlarını da öğrenerek onları denetleme imkanına sahip olurlar.

AİHM kararlarından çıkarılacak bir diğer sonuç ise kamuyu ilgilendiren konular ve siyasi fikirlerin sınırlandırılmasında taraf devletlerin takdir yetkilerinin daha dar yorumlanması gerekliliğidir. Demokratik bir toplumda hükümetin icraatları sadece yasama ve yürütme organlarının değil kamuoyunun da yakın denetimi altında olmalıdır. Hükümetlerin elinde bulunan yetkiler dikkate alındığında, kendilerine yönelik eleştirilere farklı şekilde tepki verme imkanları varken, cezai işlemlere başvurma konusunda daha dikkatli olmaları gerekir. Ayrıca hükümetler kendilerine yapılan eleştirilere karşı, özel şahıslara ve politikacılar göre daha hoşgörülü yaklaşma durumundadırlar. Fakat hükümete yönelik ifadelerin eleştiri sınırlarını aşarak iftira boyutuna ulaşması ya da şiddeti teşvik edici nitelikte olması durumunda hükümetlerin de bunlara karşı tedbir olarak ifade hürriyetini sınırlama yetkilerini kullanmaları doğaldır.

AİHM'nin ulaştığı ilkelerin sonuncusu ise, milli güvenliğin korunması ve kamu düzeninin sağlanması gibi kamusal menfaatlerin sağlanması amacı ile ifade hürriyetinin sınırlandırabileceğidir. Ancak bu nedenlerle ifade hürriyetine yapılan bir müdahalenin,

elde edilmek istenilen amaç ile orantılı olması gerekir. Orantılılık ilkesi olarak adlandırılan bu durum, ifade hürriyetinin sağlanması ile kamusal menfaatlerin dengelenmesini hedeflemektedir.

Sonuç olarak, Türkiye’de ifade hürriyeti ile ilgili sorunların aşılabilmesi için, tüm kamu görevlileri tarafından Sözleşme hükümlerinin iç hukuk kuralı olarak benimsenip uygulanması ve mahkemeler tarafından da karar verilirken AİHM’nin ifade hürriyeti konusundaki kararları dikkate alınması gereklidir. Bu durumun sağlanabilmesi için, sözleşmeye aykırı olan hukuk kuralları mevzuatımızdan çıkarılarak AİHM içtihatları konusunda uygulayıcıların eğitilmesi gerekmektedir. AİHS’nin imzalanması ile, özellikle 1980’den bu yana, ülkemiz AB’ye üye olma ve bu nedenle de AB hukukunu benimseme kararlılığında olduğunu göstermektedir. Bu süreç bazen yavaş da işlese artık ülkemiz için geri dönülmez bir yola girilmiş ve hak ve özgürlüklerin geliştirilmesi bakımından da önemli bir mesafe alınmıştır. Tüm mahkeme kararlarında olduğu gibi AİHM kararlarında eleştirilecek hususlar bulunması doğaldır. Belirtmek gerekir ki, AİHM’nin de eleştirilecek kararları olmakla birlikte, Mahkeme kararları, tüm hürriyetler için olduğu gibi, ifade hürriyeti bakımından da bir standardı ifade etmektedirler. Bu nedenle ifade hürriyetinin ülkemizde de belli bir standardı yakalayabilmesi için AİHM kararlarından istifade edilmelidir. AİHM kararlarına uymak, ülkemiz açısından bir zorunluluk olmakla birlikte, unutmamak gerekir ki; demokrasi ve hürriyet dış zorlamalarla gerçekleştirilemez. Bu bakımdan genel olarak insan haklarının ve onun bir parçası olan ifade hürriyetinin toplum tarafından içselleştirilmesi, ülkemizdeki bir çok problemi ortadan kaldırarak insanların daha mutlu bir yaşam sürmelerine hizmet edecektir.

KAYNAKLAR

- ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü*, Der. Z. Arslan (2003), LDT Yayınları, Ankara.
- Akıllıoğlu, T. (1992), “Düşünce ve Anlatım Özgürlüğü ve Kamu Görevlileri”, *İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri Sempozyumu*, Haz: Mesut Gülmez, s.31 vd., TODAİE Yayınları, Ankara.
- Alacakaptan, U. (2000), “Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları, Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar”, *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı-2000*, s.14 vd., Ankara.
- Anayasa Mahkemesi, E.1963/16, K.1963/83, 08.04.1963 Tarihli Karar, 5 Mayıs 2006.
(<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1963/K1963-083.htm>).
- Anayasa Mahkemesi, E.1963/17, K.1963/84, 08.04.1963 Tarihli Karar, 5 Mayıs 2006
(<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1963/K1963-084.htm>).
- Anayasa Mahkemesi, E.1985/8, K.1986/27, 26.11.1986 Tarihli Karar, 6 Mayıs 2006.
(<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1986/K1986-27.htm>).
- Anayasa Mahkemesi, E.1985/21, K.1986/23, 06.10.1986 Tarihli Karar, 7 Mayıs 2006.
(<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1986/K1986-23.htm>).
- Anayasa Mahkemesi, E.1989/1, K.1989/12, 07.03.1989 Tarihli Karar, 7 Mayıs 2006.

- (<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1989/K1989-12.htm>)
- Anayasa Mahkemesi, E.1989/9, K.1990/8, 18.05.1990 Tarihli Karar. 7 Mayıs 2006.
- (<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1990/K1990-08.htm>).
- Anayasa Mahkemesi, E.1990/36, K.1991/8, 09.04.1991 Tarihli Karar, 7 Mayıs 2006.
- (<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1991/K1991-08.htm>).
- Anayasa Mahkemesi, E.1995/17, K.1996/16, 21.06.1995 Tarihli Karar, 7 Mayıs 2006.
- (<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1995/K1995-16.htm>).
- Anayasa Mahkemesi, E.1995/25, K.1996/5, 02.02.1996 Tarihli Karar, 7 Mayıs 2006.
- (<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1996/K1996-05.htm>).
- Arslan, Z. (2003), “İfade Özgürlüğünün Sınırlarını Yeniden Düşünmek: ‘Açık ve Mevcut Tehlike’ nin Tehlikeleri”, *Teorik Ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti*, (Editör: B. B. Özipek), s.49-66, LDT Yayınları, Ankara.
- Ataay, A. (1963), *Medeni Hukukun Genel Teorisi, Temel Bilgiler- Genel Kavramlar*, İstanbul.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü*, Der. V. Bıçak (2002), LDT Yayınları, Ankara.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Bakır/ Türkiye, 54916/00, 25.10.2005 Tarihli Karar, 2 Nisan 2006.

(<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/bakir.doc>).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Başkaya ve Okçuoğlu/ Türkiye, 23536/94 ve

24408/94, 08.07.1999 Tarihli Karar, 25 Eylül 2005.

(<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/baskayaveokcuoglu.htm>).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Emire Eren Keskin/ Türkiye, 49564/99, 22.11.2005

Tarihli Karar, 25 Nisan 2006.

(<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/emireerenkeskin.doc>).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Okçuoğlu/ Türkiye, 24246/94, 08.07.1999 Tarihli

Karar, 11 Ekim 2005.

(<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/okcuoglu.htm>).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Osman Özçelik ve Diğerleri/ Türkiye, 55391/00,

20.10.2005 Tarihli Karar, 10 Nisan 2006.

(<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/osmanozcelikvedigerleri.doc>).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sürek/ Türkiye (No:1), 26682/95, 08.07.1999 Tarihli

Karar, 25 Eylül 2005.

(<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/surek1.htm>).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sürek/ Türkiye (No:2), 24122/94, 08.07.1999 Tarihli

Karar, 25 Eylül 2005.

(<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/surek2.htm>).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Zana/ Türkiye, 18954/91, 25.11.1997 Tarihli Karar,

23 Şubat 2005.

(<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/zana.htm>).

Aybay, R. (1978), “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Pozitif Hukuku”, *İnsan*

- Hakları Armağanı* (XXX. YIL), s.116-134, BM Türk Derneği Yayını, Ankara.
- Barry, N. P. (2003), “Hukuki ve Siyasi Açından İfade Hürriyeti”, *Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti*, Editör: B. B. Özipek, s. 17-36, LDT Yayınları, Ankara.
- Bayraktar, K. (1977), *Suç İşlemeye Tahrik Cürümleri*, İstanbul.
- Beydoğan, T. A. (2003), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türk Hukukunda Siyasi İfade Hürriyeti*, LDT Yayınları, Ankara.
- Bıçak, V. (2002), “Yeni Yapısıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi”, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü*, Der. V. Bıçak (2002), s.1-20, LDT Yayınları, Ankara.
- Bıçak, V. (2003), “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Işığında İfade Özgürlüğü”, *Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti*, Editör: B. B. Özipek, s. 269-314, LDT Yayınları, Ankara.
- Can, O. (2002), “Anayasa Değişiklikleri ve Düşüncüyü Açıklama Özgürlüğü”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, c.19, s. 503-532, Ankara.
- Can, O. (2003), “Düşüncüyü Açıklama Özgürlüğü: Anayasal Sınırlar Açısından Neler Değişti?”, *Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti*, Editör: B. B. Özipek, s. 369-428, LDT Yayınları, Ankara.
- Çağlar, B. (1993), “Kıta Avrupasında Yeni Kurumsallaşma Denemeleri , Hukuk Ve Demokrasi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, c.9, s.233-282.
- Doğru, O. (1999), *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlar Rehberi* (1960-1994), İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul.
- Doğru, O. (2000), “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının İç Hukuklara Etkisi”

Anayasa Yargısı Dergisi, c. 17, s. 194-225.

Doğru, O. (2002), *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İctihatları*, Beta Yayınları, İstanbul.

Dost, S. (2001), *Avrupa İnsan Hakları Yargısında İfade Özgürlüğü ve Türkiye*, Fakülte Kitabevi Isparta.

Erdem, F.H. (1998), "Düşünce Özgürlüğü ve Demokrasi" , *ABD*, Yıl 55: Sayı1, s.5-36

Erdoğan, M. (1997), *Rejim Sorunu* , Vadi Yayınları, Ankara.

Erdoğan, M. (2001), *Anayasal Demokrasi*, 4. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara.

Erdoğan, M. (2003), "Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif", *Teorik Ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti*, (Editör: B. B. Özipek), s.37-48, LDT Yayınları, Ankara.

Erdurak, Y. G. (1994), *Türk Ceza Kanunu*, 3.Bası, Adil Yayınevi, Ankara.

Erem, F. (1993), *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler C III*, 4.Baskı Seçkin Kitabevi, Ankara.

Erem, F. ve N.Toroslu (1994), *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara.

Gökçen , A. (2001), *Halkı kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü*, LDT Yayınları,

Gölcüklü, A. F. ve A. Ş. Gözübüyük (1998), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Ankara.

Gözler, K. (2001), "Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin

Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri: Anayasanın 13'üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 59, Sayı 2001/4, s.53-67, 20 Mayıs 2006. (www.anayasa.gen.tr/madde13.htm).

- Günday, M. (2002), *İdare Hukuku*, İmaj Yayıncılık, 6. Aynı Basım, Ankara.
- Hafızoğulları, Z. (1994), “Liberal Demokratik Bir Hukuk Düzeninde İfade Hürriyetinin Sınırı”, *İHMD*, c.II ,Sayı 2 , s.10-21.
- İçel, K. (1998), *Kitle Haberleşme Hukuku*, 4. Baskı, Beta Yayınları İstanbul
- İlal, E. (1986), “Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü, Yıgınsal İletişim Araçları Ve Anayasa Mahkemesi Kararları”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, c.3, s.61-72, Ankara.
- İnam, A. (1998), “Düşünce Özgürlüğünden Özgür Ve Özgürleştirici Aşamaya”, *Düşünce Özgürlüğü* (Haz: Hayrettin Ökçesiz), s. 37-46, Afa Yayınevi, İstanbul.
- Kaboğlu, İ.Ö. (1997), *Türkiye’de Düşünce Özgürlüğü*, TÜGİK Yayınları, İstanbul.
- Kalabalık, H. (2004), *İnsan Hakları Hukuku Ders Notları*, Değişim Yayınları, İstanbul.
- Kuçuradi, İ. (1998), “Düşünce Özgürlüğü: Nedir Acaba?”, *Düşünce Özgürlüğü* (Haz: Hayrettin Ökçesiz), s. 17-26, Afa Yayınevi, İstanbul.
- Kuzu, B. (1996), “Düşünceleri Açıklama Hürriyeti ve Ülkenin Bölünmez Bütünlüğü (TMK madde 8)”, *21. Asra Girerken Çağdaşlaşma, Demokrasi ve İnsan Hakları*,(Yayına Hazırlayanlar: M. E. Erkal – Ş. Ceylanlı), s.27-124, Aydınlar Ocağı Yayını, İstanbul.
- Küçük, A. (2003), *İfade Hürriyetinin Unsurları*, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara.
- Macovei, M. (2003) *İfade Özgürlüğü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Klavuz*, 2. Baskı, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ankara.
- Malkoç, İ ve M. Güler (1999), *Türk Ceza Kanunu Özal Hükümler C.2*, Adalet Yayınevi, Ankara.

Memiş, E. (2000), “İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç Hukuk Etkileşimi Analizleri”

Anayasa Yargısı Dergisi, c. 17, s. 130-172, Ankara.

Mill, J, S. (2004), *Hürriyet Üstüne*, (Çev.:M. Osman Dostel-Ömer Çaha), Liberte

Yayınları, Ankara.

Odyakmaz, Z. (1999), “Hükümetin Manevi Şahsiyetini Alenen Tahkir ve Tezyif Suçu”,

Faruk Erem’e Armağan, s.467-555, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara.

Önder, A. (1994a), *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler Ve Bilişim Alanında Suçlar*, Filiz

Kitabevi,İstanbul.

Önder, A. (1994b), *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul.

Özbey, Ö. (2004), *İnsan Hakları Evrensel İlkelerinin Avrupa Mahkemesinde*

Uygulanması, Adalet Yayınevi, Ankara.

Özbudun, E. (1993), *Türk Anayasa Hukuku*, 3.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.

Özek, Ç. (1967), “Suç Teşkil Eden Fillerin Övülmesi ve TCK’nın 142/4 Maddesi İle

İlgili İki Yargıtay Kararı”, *İHFM*, s.238 vd.

Özek, Ç. (1978), *Türk Basın Hukuku*, İÜHF Yayınları, İstanbul.

Özer, A. (2003), “Ülkemizde Egemenlik ve Yargı Erkinin Avrupa İnsan Hakları

Mahkemesi Kararları Karşısındaki Durumu” *Anayasa Yargısı Dergisi*, c.20.

s.187-194, Ankara.

Schauer, F. (2002), *İfade Özgürlüğü: Felsefi Bir İnceleme*, (Çev.: M. Bahattin

Seçilmişoğlu), LDT Yayınları, Ankara.

Selçuk, S. (1999), *Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne*, 5.Baskı, Yeni Türkiye

Yayınları, Ankara.

Soyaslan, D. (1997), *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara.

Soysal, M. (1987), *Yüz Soruda Anayasanın Anlamı*, 7. Bası, Gerçek Yayınları, Ankara.

Sunay, R. (2001), *Avrupa Sözleşmesinde Ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin*

Muhtevası ve Sınırları, LDT Yayınları, Ankara.

Tanör, B. (1969), *Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası*, Öncü Kitabevi, İstanbul.

Tanör, B. (1990), *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, İstanbul.

Tanör, B. ve N. Yüzbaşıoğlu (2001), *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 1.

Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul.

Tezcan, D., M. R. Erdem ve O. Sancakdar (2004), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve*

Uygulaması, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ankara.

Teziç, E. (1990), "Türkiye de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü", *Anayasa*

Yargısı, c.7, s. 31-46.

Teziç, E. (1991), *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul.

Trager, R. ve D. L. Dickerson (2003), *21. Yüzyılda İfade Hürriyeti*, (Çev.: A. Nuri

Yurdusev), LDT Yayınları, Ankara.

Turhan, M. (1991), "Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri",

Anayasa Yargısı Dergisi, c. 8, s.401-420, Ankara.

Ülgen, C. (2006), *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru Yöntemi*,

İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul.

Ünal, Ş. (1995), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, TBMM Kültür Sanat ve Yayın

Kurulu Yayınları, Ankara

Ünal, Ş. (2000), "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İç Hukukuna

Etkileri", *Anayasa Yargısı*, c. 17, s.63-85, Ankara.

Yargı Mevzuatı Bülteni, 07.04.1999, Sayı 76.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2004/8-30, K.2004/206, 23.11.2004 Tarihli Karar,
15 Nisan 2006.

(<http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=Yargıtay%20Ceza%20 Genel %20Kurulu%20Kararı&kimlik=-1393986298&url=makaleler/karar-15.htm>).

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2004/8-201, K.2005/30, 15.03.2005 Tarihli Karar,
12 Mart 2006.

(<http://www.yargitay.gov.tr/guncel/030a.doc>).

Yargıtay Kararlarında İfade Hürriyeti, Der. Özhan, H. A. ve B. B. Özipek (2003),

LDT Yayınları, Ankara.

Yıldız, M. (1998), *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı*, Alfa Yayıncılık,
İstanbul.

Ziya Paşa. (2003), “İnsanların Düşünce Farklılıkları Göstermesi Rahmettir”,

sadeleştiren: M. Uyanık, *Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti*, Editör: B.

B. Özipek, s. 99-105, LDT Yayınları, Ankara.

ÖZGEÇMİŞ

1976 Yılında Gaziantep'te doğdu. İlk ve Orta öğrenimini Gaziantep'te tamamladıktan sonra 1998 Yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun oldu. 2001 yılında Tokat cumhuriyet savcılığına atandı. Halen Çaykara-Trabzon cumhuriyet savcısı olarak çalışmaktadır.