

160760

T.C.
KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ * SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ULUSLARARASI HUKUK VE TÜRK HUKUKUNDA
İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

MUZAFFER ŞAKAR

ANABİLİM DALI: KAMU HUKUKU
PROGRAMI : KAMU HUKUKU

DANIŞMAN : PROF. DR. SAMİR SALHA

KOCAELİ, 2005

**T.C.
KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ * SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**ULUSLARARASI HUKUK VE TÜRK HUKUKUNDA
İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

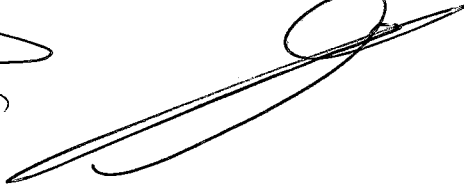
Tezi Hazırlayan: MUZAFFER ŞAKAR

Tezin Kabul Edildiği Enstitü Kurulu Tarihi ve No: 05.07.2005 - 2005/16

**Prof. Dr. Samir
SALHA**



**Yrd. Doç. Dr. Müslüm
AKINCI**



**Yrd.Doç. Dr.Mustafa
ÇAKIR**



KOCAELİ, 2005

| İÇİNDEKİLER | SAYFA NO |
|-----------------------------------------------------------------------|-----------------|
| KISALTMALAR | IV |
| ÖNSÖZ | V |
| TEŞEKKÜR | VI |
| ABSTRACT | VII |
| ÖZET | VIII |
| GİRİŞ | 1 |
| | |
| BİRİNCİ BÖLÜM | |
| İNSAN HAKLARI KAPSAMINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ | |
| | |
| I) İNSAN HAKLARI | 3 |
| 1) JELLİNEK'İN SINIFLANDIRILMASI | 5 |
| 2) KUŞAK HAKLARI | |
| A) BİRİNCİ KUŞAK HAKLAR | 5 |
| B) İKİNCİ KUŞAK HAKLAR | 5 |
| C) ÜÇÜNCÜ KUŞAK HAKLAR | 6 |
| II) İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ | |
| 1) TARİHÇE | 6 |
| 2) KAVRAM | 11 |
| 3) İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ ÜZERİNE TEZLER | 14 |
| A) GERÇEĞİN YAKALANMASI YA DA FİKİRLERİN SERBEST PİYASASI TEZİ | 14 |
| B) DEMOKRASİYE DAYANAN TEZ | 16 |
| C) İNSAN SAYGINLIĞINA DAYANAN TEZ | 17 |
| D) DÜŞÜK VE YÜKSEK DEĞERLİ İFADE AYRIMINA DAYANAN TEZ | 18 |
| 4) İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN UNSURLARI | 19 |
| A) BİLGİ EDİNME (HABER ALMA) | 19 |
| B) DÜŞÜNCE VE KANAATLERE SAHİP OLMA | 24 |
| C) DÜŞÜNCE VE KANAATLERİN AÇIKLANMASI | 26 |
| 5) İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KAPSAMI | 27 |

| | |
|----------------------|----|
| A) POLİTİK İFADELER | 27 |
| B) SANATSAL İFADELER | 28 |
| C) TİCARİ İFADELER | 29 |

İKİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI HUKUKTA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

I) ULUSLARARASI BELGELERDE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1) İNSAN HAKLARI EVRENSEL BİLDİRİSİ | 31 |
| 2) MEDENİ VE SİYASAL HAKLAR SÖZLEŞMESİ | 32 |
| 3) AMERİKAN İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE AMERİKAN YÜKSEK MAHKEMESİ KARARLARINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ | 33 |
| 4) AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ | 34 |
| 37 | |

II) AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNİN 10.

MADDESİ VE MAHKEMENİN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNE BAKIŞ AÇISI

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1) SÖZLEŞMENİN 10. MADDESİ | 41 |
| A) İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN 10. MADDE KAPSAMINDA ELE ALINIŞI | 46 |
| B) SÖZLEŞMENİN 10. MADDESİ VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLAMA NEDENLERİ | 52 |
| a) İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ VE ULUSAL GÜVENLİK | 60 |
| b) İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ VE KAMU DÜZENİNİN KORUNMASI, SUÇ İŞLENMESİNİN ÖNLENMESİ | 64 |
| c) İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ VE AHLAK | 67 |
| d) İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ VE BAŞKALARININ ŞÖHRET VE HAKLARI | 69 |
| e) İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ VE YARGI GÜCÜNÜN OTORİTE VE TARAFSIZLIĞI | 70 |

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I) GENEL OLARAK | 73 |
| II) TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ | 81 |
| 1) 1961 ANAYASASI DÖNEMİ KARARLARI | 84 |
| 2) 1982 ANAYASASI DÖNEMİ KARARLARI | 88 |
| III) TÜRK CEZA KANUNU'NDA VE YARGITAY KARARLARINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ | |
| 1) TÜRK CEZA KANUNU'NDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ | 91 |
| A) TÜRK CEZA KANUNUNUN 140, 141, 142 VE 163. MADDELERİ | 93 |
| B) TÜRK CEZA KANUNUNUN 159. MADDESİ | 94 |
| C) TÜRK CEZA KANUNUNUN 312. MADDESİ | 96 |
| 2) YARGITAY KARARLARINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ | 99 |
| IV) İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ KONUSUNDA AİHM'İN TÜRKİYE'NİN TARAF OLDUĞU DAVALARDA VERMİŞ OLDUĞU KARARLARDAN ÖRNEKLER | |
| A) SÜREK v. TÜRKİYE | 116 |
| B) ZANA v. TÜRKİYE | 117 |
| C) CEYLAN v. TÜRKİYE | 118 |
| D) OKÇUOĞLU v. TÜRKİYE | 119 |
| E) GERGER v. TÜRKİYE | 120 |
| F) KARATAŞ v. TÜRKİYE | 121 |
| G) ŞENER v. TÜRKİYE | 122 |
| H) AKSOY v. TÜRKİYE | 123 |
| I) GÜNDÜZ v. TÜRKİYE | 124 |
| V) 5237 SAYILI YENİ TÜRK CEZA KANUNU'NDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ | 127 |
| SONUÇ | 133 |
| YARARLANILAN KAYNAKLAR | 136 |

KISALTMALAR

| | |
|--------|-----------------------------------------------------------|
| AB | AVRUPA BİRLİĞİ |
| ABD | AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ |
| AİHM | AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ |
| AİHS | AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ |
| AMKD | ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI DERGİSİ |
| AÜHF | ANKARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ |
| AÜSBFD | ANKARA ÜNİVERSİTESİ SİYASAL BİLGİLER FAKÜLTESİ DERGİSİ |
| BM | BİRLEŞMİŞ MİLLETLER |
| CMUK | CEZA MUHAHEMELERİ USULÜ KANUNU |
| DGM | DEVLET GÜVENLİK MAHKEMESİ |
| HGK | HUKUK GENEL KURULU |
| LDT | LİBERAL DÜŞÜNCE TOPLULUĞU |
| PVSK | POLİS VAZİFE VE SELAHİYETLERİ KANUNU |
| MSHS | MEDENİ VE SİYASAL HAKLAR SÖZLEŞMESİ |
| RTÜK | RADYO VE TELEVİZYON ÜST KURULU |
| TBMM | TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ |
| TCK | TÜRK CEZA KANUNU |
| TMK | TERÖRLE MÜCADELE KANUNU |
| TODAİE | TÜRKİYE ORTADOĞU AMME İDARESİ ENSTİTÜSÜ |
| YKD | YARGITAY KARARLARI DERGİSİ |

ÖNSÖZ

Bireyin iç dünyasının ürünü olan düşünce, sadece o düşünceye sahip olan kişi için değil, ifade edildiği, açıklandığı toplum için de büyük önem arz etmektedir. Bireylerin düşüncelerini özgürce ifade edemediği bir toplumda, hukukun ve demokrasinin varlığından şüphe duyulacaktır. Çünkü ifade özgürlüğü, demokratik hukuk devletinin en önde gelen niteliklerinden biridir. İfade özgürlüğü olmaksızın, ne serbest seçimlerden, ne de gerçek anlamda muhalefetten söz edilebileceği için öncelikle Devletin, iktidar ve muhalefet kurumlarının, tam ve halkın taleplerine uygun olarak gerçekleştiğinden bahsedilemeyecektir. Dolayısıyla, özünde halkın taleplerine bağlı olan demokrasi, ifade özgürlüğünün bulunmadığı koşullarda, geçerliliğini yitirecektir. Ayrıca bir fikrin, toplumun görüşüne ve istifadesine sunulabilmesi için ifade özgürlüğünün varlığı gerekmektedir. Geçmişe bakıldığında ifade özgürlüğünün bulunmadığı, düşüncelerin yasaklandığı toplumlarda ilerlemeye rastlanmamaktadır. Günümüzde, belli bir gelişim seviyesine ulaşan Avrupa, mevcut konumunu, Rönesans ve Reform hareketleri ile oluşturduğu ve aydınlanma çağı ile devam ettirdiği kültür ortamına ve bu ortamı sağlayan ifade özgürlüğüne borçludur. Bu anlamda ifade özgürlüğü toplumların ilerleyebilmesinin ön koşullarından biridir.

Belirtilen önemi nedeni ile ifade özgürlüğü üzerine sayılamayacak kadar çok eser verilmiştir. Yazılan eserlerin bir çoğu, benzer kavramları ve argümanları kullanarak ifade özgürlüğünün gerekçesini oluşturmaya çalışmışlardır. Çalışmada bu eserler arasında, en önde gelenlerine başvurmaya çalışılmıştır. Ayrıca ülkemizin de taraf olduğu AİHS çerçevesinde ve AİHM kararlarında ifade özgürlüğü ele alınmıştır. Ülkemizin ifade özgürlüğü konusundaki konum ve tutumuna ise çalışma içerisinde yer verilmiştir.

TEŞEKKÜR

İlk sze, tez çalışmamı tamamlamamda maddi, manevi desteklerini esirgemeyen değerli dostlarıma teşekkür etmekle başlamak istiyorum. Bu anlamda, yoğun çalışma temposu içerisinde, yaptığı yardımlarından ötürü tez danışmanım Prof Dr. Samir SALHA'ya, tezin yazımı sırasında bana eşlik ettiği gecelerden dolayı Hanak İcra Müdürü Saffet Dadaşoğlu'na, tezimi her defasında okuma, düzeltme yapma zahmetine katlanan Hanak Hakimi Mehtap Őıřman'a ve sevgili çalışma arkadaşlarıma sonsuz Őükranlarımı sunarım. Her zaman beni teşvik eden ve destekleyen, hayatımın msebbibi aileme olan minnettarlığımı ise bu vesileyle bir kez daha belirtmek isterim.



ABSTRACT

In this study, we firstly determine human rights as a concept then we have determined the position of the freedom of speech within human rights. Afterwards, we have evaluated the freedom of speech historically and conceptually. After discussing the freedom of speech in international texts, we have focused on the resolutions of European Court of Human Rights on freedom of speech. Then we have studied freedom of speech in the resolutions of Turkish Constitutional Court and then we have discussed the resolutions of Supreme Courts on freedom of speech. In the last part of this study, we have focus on the articles of new Turkish Penal Code on freedom of speech.



ÖZET

Çalışmada öncelikle insan hakları kavramsal olarak belirlendikten sonra ifade özgürlüğünün insan hakları arasındaki konumu tespit edilmiştir. Daha sonra ifade özgürlüğü tarihsel ve kavramsal boyutta değerlendirilmiştir. Uluslararası metinlerde ifade özgürlüğü ele alındıktan sonra, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ifade özgürlüğü konusundaki kararları üzerinde durulmuştur. Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında ifade özgürlüğünü işledikten sonra, Yargıtay'ın ifade özgürlüğü konusundaki kararlarına yer verilmiştir. Ayrıca AİHM'nin ifade özgürlüğü konusunda Türkiye'nin taraf olduğu davalarda vermiş olduğu kararlardan örnekler verilmiştir. Yeni Türk Ceza Kanununun ifade özgürlüğüne ilişkin maddelerine ise çalışmanın son bölümünde değinilmiştir.

GİRİŞ

İnsan hakları yaşadığımız yüzyılın en çok tartışılan kavramlarından biridir. Gerek ulusal gerekse uluslararası düzlemde birçok yapıta konu olan insan hakları günümüzde, demokratik devletler için varlığı tartışılmaz hale gelmiştir. Ne var ki insan haklarının demokratik toplumlar için tartışılmaz üstünlüğü, ihlallerin önüne geçememiştir.

İfade özgürlüğü, bireyin düşünsel eylemlerinin dış dünyaya aktarılmasına olanak sağlayan bir özgürlük olup temel hak ve özgürlükler arasında önemli bir konuma sahiptir. İfade özgürlüğü olmaksızın, bir çok temel hak ve özgürlük anlam taşımayacaktır. Örneğin, ifade özgürlüğünün bulunmadığı bir toplumda, toplantı ve gösteri yürüyüşü yapabilmek veyahut dernek kurabilmek özgürlüklerinden bahsetmek mümkün olmayacaktır.

Toplumun dinamik yapısını oluşturan ifade özgürlüğü olmaksızın, demokratik bir toplumdaki bahsedilemeyecektir. Bireylerinin bilgilere özgürce ulaşabildiği, sahip oldukları fikirlerden dolayı yaptırımlara ve ayrımcılığa uğramadığı, düşüncelerini tam bir özgürlük ortamında ifade edebildiği toplumlarda demokrasinin en önemli unsurlarından biri olan ifade özgürlüğü gerçekleşmiş olacaktır. İfade özgürlüğünün varlığı için, herkes tarafından kabul gören düşüncelerin değil, aynı zamanda toplumun büyük kısmına aykırı gelen, tahrik edici, rahatsız eden düşüncelerin de herhangi bir kısıtlamaya uğramadan açıklanabilmesi gerekmektedir.

Çağlar boyunca yönetimler, çeşitli vaatlerde bulunularak ele geçirilmiştir. Ne var ki, yönetimi ele geçirenler bir süre sonra, halkın taleplerine sırt çevirdikleri gibi, kendi politikalarına aykırı gelen düşüncelere sınırlama getirmişler, farklı düşünce akımlarını bastırmaya çalışmışlardır. Bu nedenle ifade özgürlüğü, insanlık tarihinin her döneminde özgürlükler hukukunun önemli ve güncel bir kavramı olma niteliğini korumuştur. İfade özgürlüğü konusunda günümüzde de yerleşik ve tüm toplumlarca kabul gören bir anlayış bulunmamaktadır. Zamana ve coğrafyaya göre farklı anlayışlar oluşmaktadır. İfade özgürlüğü konusunda bir konsensüse ulaşılmaması nedeni ile bu konudaki tartışmalar güncelliğini korumaktadır.

Konuya ülkemiz açısından bakacak olursak; Son 10-15 yıllık dönemi bir yana bırakırsak insan hakları, gündem oluşturabilecek, üzerinde önemle durulması gereken bir konu olarak görülmemiştir. Yakın geçmişe kadar insan hakları, terör ve

ekonomik sorunların gölgesinden kurtulamamıştır. Bu gibi sorunlar nedeniyle insan hakları ve temel hak ve özgürlükler hiçbir zaman hükümet politikaları arasında birincilik kürsüsüne oturamamıştır. Esasında hükümetlerin etkin, kararlı, çağdaş bir insan hakları politikası olmamıştır. Zaten seçmenler de ya terörü sona erdirmesi ya da ekonomiyi düze çıkarması için hükümetlere oy vermiştir. Bu nedenle önceliği insan haklarına veren bir yönetimle karşılaşılmasını yadırgamamak gerekir. Son birkaç yıl içerisinde, AB üyeliği yolunda, mevzuatta önemli değişiklikler yapılmış, insan hakları ihlallerinin önüne geçmek için tedbirler alınmıştır. Ancak, yapılan değişikliklere rağmen insan hakları ihlalleri sürmeye devam etmiştir. Bu noktada ifade özgürlüğüne yönelik ihlaller başı çekmektedir. Gerek toplum gerekse kamu makamları nezdinde ifade özgürlüğü ilkesinin tam olarak yerleştiği söylenemeyecektir. Bu nedenle hali hazırda ifade özgürlüğü ülkemiz açısından sıcaklığını koruyan bir konudur. İhlaller devam ettiği müddetçe de ifade özgürlüğü gündem oluşturmaya devam edecektir. İfade özgürlüğü anlayışının yerleşmesi için yasal değişikliklerin yapılması yeterli olmayacaktır. Devletin bu özgürlüğün kullanımını engellememesi gerektiği gibi, pozitif bir yükümlülük olarak etkin bir şekilde kullanımını sağlaması gerekmektedir.

Çalışmamızda ifade özgürlüğünün demokratik toplumlar açısından önemini ve bu özgürlüğün toplumun değişim dinamiği olduğu hususunu vurgulamayı amaç edindik.

Çalışma içerisinde, uluslararası metinlerde ifade özgürlüğüne, uluslararası metinlerin iç hukuka yansımalarına, ülkemizin tarafı olduğu AİHS'nin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesine AİHS'nin denetleme mercii olan AİHM'nin bu konudaki kararlarına yer vermeye çalıştık. Bu konuda AİHM'nin kararlarına, Türk Anayasa Mahkemesi'nin ve Yargıtay'ın kararlarına müracaat ettik. Ayrıca ifade özgürlüğü konusunda yazılmış olan ulusal ve uluslararası kaynaklardan yararlandık ifade özgürlüğünü teorik ve pratik yönleriyle ele aldık.

Bu çalışma ile ifade özgürlüğünün demokratik toplumların vazgeçilmez bir unsuru olduğu hususunu bu alandaki ulusal ve uluslararası anlayışlara yer vererek saptadık. Bu noktada AİHM'nin ifade özgürlüğüne bakış açısı ile ülkemizin bakış açısını değerlendirmeye çalıştık.

BİRİNCİ BÖLÜM

İNSAN HAKLARI KAPSAMINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

D) İNSAN HAKLARI

Hukuk alanında üzerinde en çok durulan konulardan bir tanesi insan haklarıdır. Yapılan bir çok çalışma konuya yeni boyutlar kazandırmış, bazen de kavram karmaşasına yol açmıştır.

Bu konudaki sayısız çalışmada bir çok tanım yapılmıştır.

Bu tanımlar geniş bir yelpaze oluşturmakla birlikte, her bir tanım insan haklarını ayrı bir özelliğiyle, ayrı bir yönüyle ele almaktadır.

“İnsan hakları deyince, daha çok olması gereken alanında kalan veya sadece platonik bildirilere geçen bir ulaşılacak hedefler programı akla gelir. Kamu hürriyetleri, bu ideal programın gerçekleşmiş kısmıdır. Daha açık bir deyişle, kamu hürriyetleri, insan haklarının devlet tarafından tanınmış ve pozitif hukuka girmiş olan bölümünü ifade eder.”¹

“İnsan hakları kavramı, bütün insanların, belli bir takım temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmesi gerektiği anlayışına dayanır. Başka bir deyişle, insan hakları bütün insanlara tanınması özlenen ideal bir haklar listesidir. Bu anlamda, devletlerin sınırlarından bağımsız olarak bütün insanların, insan onuruna yaraşır, maddi ve manevi düzeye ulaştırılmasını amaçlar.”²

“İnsan haklarının ifade ettiği sadece belli bir ülkede belli bir anda anayasa ve yasalarla tanınan hak ve özgürlükler değil, insanlığın ulaştığı her gelişme aşamasında bütün insanlara tanınması gereken hak ve özgürlüklerdir.”³

“Kamusal haklar, insan haklarının pozitif hukukça kabul edilmiş kısmı olarak tanımlanabilir. Bu haklardan prensip itibariyle yerli yabancı ayrımı yapmadan herkes yararlanır.”⁴

“Özü itibariyle insan hakları deyimi, herhangi bir nedene dayanmaksızın ve hiçbir fark gözetmeksizin insanlık niteliğinden ötürü bütün insanlara tanınmış olan,

¹ KAPANİ Münci, Kamu Hürriyetleri, s.14 Yetkin Yayınları, 7.Baskı, 1993, Ankara

² AYBAY Rona- AYBAY Aydın, Hukuka Giriş, s.48 Aybay yayıncılık, İstanbul, , 1995.

³ TANÖR Bülent, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Hukuki Boyutlar, s. 14, 2.Baskı, BDS Yay. 1999 İstanbul

⁴ DAVER Bülent, Türkiye'de Siyasal Haklar, Türkiye'de İnsan Hakları, s. 41-64, AÜHF Yayınları;256, Ankara, 1970,

başta devlet olmak üzere herkesin saygılı olması ve uyması gereken bir haklar ve özgürlükler demetini bildirir.”⁵

“İnsan hakları kavramı, toplumsal ilişkiler aracılığıyla olmaksızın, bizzat insan kişiliğinde yerleşik olması nedeniyle bireysel ve özeldir. Buna ek olarak insan hakları, bireyden başka hiçbir makamdan insan hakları isteminde bulunmaları istenmeyeceği için özerktir.”⁶

“İnsan haklarının öznelere, eşit olarak tüm insanlardır. İnsan haklarının muhatapları, her ne kadar hakları güvence altına almak konusunda hükümetlerin özel görevleri olsa da, yine tüm insanlardır.”⁷

“İnsan hakları, hem Anayasa, hem uluslararası hukuk kavramıdır. İnsan hakları kavramı geniş kapsamlıdır; bir yandan insan haklarının devlet organlarına karşı korunmasını, diğer yandan da çok boyutlu olan insan kişiliğinin geliştirilmesini içerir. İnsan hakları deyimi ile bazen tüm insanlara tanınması gereken haklar anlatılmak istenir. Buna “soyut insan hakları” denir. Bu hakların pozitif hukukun bir parçası olması durumunda ise “somut insan haklarından” bahsedilir.”⁸

İnsan hakları bireyin kendisiyle mündemiç, varlığının sonucu olan haklardır. Bireylerin varlıklarının asli sonucu olan bu temel haklar, aynı zamanda demokratik bir toplum ve yönetimin de ön koşuludurlar.

İnsan hakları konusunda karşılaştığımız bir diğer soru şudur. Bütün insan hakları aynı öneme sahip midir? Aralarında bir sınıflandırmaya gidilebilir mi? Eğer bir sınıflandırma yapacak isek, ifade özgürlüğünün konumu ne olacaktır.

1) JELLİNEK'İN SINIFLANDIRMASI

Kişilere tanınan özgürlükler, Jellinek'in sınıflandırması ile, “negatif statü hakları”, “pozitif statü hakları” ve “aktif statü hakları” olmak üzere üç ana kategoriye

⁵ TALAS Cahit, Bir İnsan Hakkı Olarak Sendika Hakkı ve Uluslar arası Belgelerde Yeri ve Evrimi, s.36-63, İnsan Hakları Yıllığı, Yıl:1, Ankara, 1979,

⁶ GEMALMAZ Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Beta Yayınları, 4.Baskı, 2003, İstanbul s. 673'ten, HOWARD, Rhoda, Evaluating Human Rights in Africa: Some Problems of İmplicit Comparisons, Human Rights Quarterly, Mal 1984, Vol.6, s.160-179

⁷ GEMALMAZ Mehmet Semih, a.g.e., s. 674'ten,GEWIRTH, Alan, The Epistemology of Human Rights, Human Rights, edited by Ellen Frankel, Paul-Jeffrey, Paul Fred D Miller, Jr., Basil Blackwell Publisher, Great Britain, 1986, s.1-24

⁸ GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, GÖLCÜKLÜ A. Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, 4.Baskı, Nisan 2003, Ankara

ayrılır. Negatif statü hakları, yaşam hakkı, vicdan özgürlüğü, ifade özgürlüğü, kişi güvenliği gibi, bireyin devlet tarafından aşılamayacak ve dokunulamayacak özel alanının sınırlarını çizen özgürlükleri, pozitif statü hakları sağlık hakkı, öğrenim hakkı gibi, bireylerin devletten aktif bir edimde bulunmasını isteme hakkını veren hakları, aktif statü hakları ise, örgütlenme, oy kullanma, görüş ve tutumlarını açıklama gibi, bireylere ve topluluklarına toplum yönetiminde söz sahibi olma ve kararlara katılma yetkisini veren hakları ifade etmektedir.⁹

2) KUŞAK HAKLARI

A) 1. KUŞAK HAKLAR

Günümüzde klasik, geleneksel veya temel haklar olarak nitelenebilecek, “kişi özgürlükleri ve siyasal haklar” daha çok aristokrasi ve burjuvazi çatışmasına dayanmaktadır. Bu çatışma neticesinde doğan hak ve özgürlükler, büyük düşünce akımlarının da etkisi ile, XVII. ve XVIII. Yüzyıl devrimlerini tetiklemiş ve dönemin hak bildirgelerinde yer alarak hukuk düzeninin önemli birer kavramı haline gelmişlerdir. Yaşam hakkı, seyahat özgürlüğü bu haklara örnek olarak gösterilebilir.¹⁰

B) 2. KUŞAK HAKLAR

XIX. yüzyılda, yükselen işçi hareketleri neticesinde ortaya çıkan sosyal haklar, iktisaden güçsüz durumdaki kitlelerin siyasi ve toplumsal eşitsizliklere tepkisi olarak nitelenebilir. Seçme, seçilme ve siyasal örgütlenme hakları, çalışma olanaklarının düzeltilmesi, iş olanaklarının yaratılması, toplumsal güvenliğin sağlanması, sendika ve grev hakları ikinci kuşak haklara örnek olarak gösterilebilir.¹¹

⁹ KAPANİ Münci, a.g.e., s. 6

¹⁰ KABOĞLU İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku, Afa Yayınları, 1.Baskı, Aralık 1993, İstanbul, s.26

¹¹ KABOĞLU İbrahim Ö., Özgürlükler..., s.27

C) 3. KUŞAK HAKLAR

Dayanışma hakları olarak da isimlendirilebilecek bu haklar, ikinci dünya savaşının ardından üçüncü dünya ülkelerinin mücadelesi neticesinde gündeme gelen haklardır. Çevre hakkı, gelişme hakkı, barış hakkı bu haklara örnek olarak gösterilebilir.¹²

Belirttiğimiz haklar sınıflandırmasında, ifade özgürlüğü, birinci kuşak haklar arasında yer alan temel hak ve özgürlüklerdendir.

II) İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

1) TARİHÇE

Günümüzden 3 milyon yıl önce ilk insanlaşan grup olduğu sanılan Australopithecus döneminde konuşma ve dolayısıyla kavramsal bir düşünüş yoktu. Kavramsal bir düşünüş çağdaş insanın erken temsilcilerinden Pithecusanthropus evresinde gelişmeye başladı. Tarihteki ilk düşünce ürünlerine ise Sümerlerde rastlanır. İnsanlığın en eski destanı olan ve Mezopotamya toplumlarınca işlenen Gılgamış destanı'nın temel düşüncesi, doğanın sınırlarını araştıran insanın bu doğrultuda tanrılara kafa tutacak boyuta ulaşmasıdır.¹³

Düşüncenin zihinsel bir eylemden öteye gitmesi dil ile mümkün olabilmiştir.

Dil ve düşünce insanı insan yapan özelliklerin başında gelmektedir. İnsanın dünyaya açılmasını dili ve düşüncesi sağlamıştır. İnsanın özgürlüğü “dil” i ile gerçekleştirmiştir. Bu da düşünce dil diyalektidir.¹⁴

Tarihin akışı içinde insanların hayatlarına mal olan ifadeler, düşünceler bir sonraki kuşakta en yüce değerler haline gelebilmiştir. Gençlerin zihinlerini bozduğu için idam edilen Sokrat'ın ölümüne rağmen düşünceleri varlığını korumuş ve iki bin beş yüz yıllık tarihte insanların vicdanında kazanan, Sokrat olmuştur.

Yeni düşüncelerin ortaya çıkışı, tarihte erki elinde bulunduran güç odakları ve toplumlar tarafından tepki, baskı ve çoğu zaman da yok etme yöntemleriyle

¹² KABOĞLU İbrahim Ö., Özgürlükler..., s. 28, 29

¹³ ANAR, Erol İnsan Hakları Tarihi, Çivi Yay., 1.Baskı, Mayıs 1996, İstanbul, s. 5

¹⁴ ANAR Erol, a.g.e. s.6

karşılanmıştır. Statükoya, geleneklere aykırı olan ya da egemen düşünce ile çelişen düşünceleri nedeniyle birçok filozof, sanatçı, yazar ve bilim insanı baskı ve işkence görmüş, tutuklanmış, sürgün edilmiş, öldürülmüştür. Bu nedendir ki düşünce ve onun uzantısı olan ifade özgürlüğü güncelliğini hep korumuştur.

Ancak bu özgürlük sayesinde ki, insani araştırmanın herhangi bir alanında gerçeği bulabilir ve yanlış reddedebiliriz.¹⁵ İfade özgürlüğünün ilk kapsamlı savunması olan Milton'un Areopagitica'sı büyük ölçüde, yayıncılık üzerindeki siyasi iktidar kısıtlamalarının olmaması halinde, bunun, toplumun doğruyu bulmasına ve yanlış reddetmesine imkan tanıyacağı öncülüne dayanır.¹⁶

Düşüncenin ve onun uzantısı olan ifade özgürlüğünün kısıtlanması toplumların ilerlemesini sağlayamayacaktır. Düşünce sınırlanırsa fikirler kısıtlanmış olur ve sonuçta ifade özgürlüğü de engellenmiş demektir. George Orwell'in 1984 romanında da tasvir edildiği gibi totaliter rejimler vatandaşlarının hayatının her ayrıntısını, hatta ne düşündüklerini bile, kontrol etmek isterler.

John Stuart Mill, Hürriyet Üstüne adlı eserinde ifade özgürlüğünün ilk sistematik felsefi müdafaasını yapmıştır. Eserde ifade özgürlüğünün faydacı temeli ile daha kapsamlı olan ahlaki savunması birleştirilmiştir.¹⁷

Mill'e göre, toplumun hem kurucu gücü hem de değişim dinamiği insan zihnidir. Zihnin ürünü olan düşünce ve bunun özgürce tartışılması, toplumun ve tarihsel değişimin motor gücünü oluşturmaktadır. Devlet dahil olmak üzere tüm toplumsal kurumların temeli de insan düşüncesine dayanır. Ancak, serbest tartışmanın düşünce zenginliğini geliştirebileceği düşüncesinden hareket eden Mill, tüm insanlık bir araya gelse bile onların tek bir kişiyi susturma hakkına sahip olmadığına inanır.¹⁸

Mill, düşünce özgürlüğüne büyük önem atfetmektedir. Mill'e göre, bir düşüncenin susturulması insan ırkına karşı, başka bir deyişle yaşayan nesle olduğu gibi gelecek nesillere karşı da bir haydutluktur. Bu sadece o düşünceye katılanlara değil, aynı zamanda katılmayanlara karşı da bir soygunculuk anlamına gelir. Şayet

¹⁵ SCHAUER Frederick, İfade Özgürlüğü Felsefi Bir İnceleme, Liberal Düşünce Topluluğu, 2002, s. 21, Free Speech: A Philosophical Enquiry, Cambridge University, First Published, 1982 USA

¹⁶ SCHAUER Frederick, a.g.e., s. 21,

¹⁷ ÖZİPEK Bekir Berat, Teorik Ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti, s.21 Liberal Düşünce Topluluğu, 1.Baskı, Ağustos, 2003, Ankara,

¹⁸ MILL John Stuart, Hürriyet Üstüne, Liberal Düşünce Topluluğu, Çev. M. Osman Dostel, 1.Baskı, Temmuz 2003 Ankara, s. 56

düşünce doğru ise, insanlar yanlış olanı doğru olan ile değiştirme olanağından mahrum ediliyorlar. Yok eğer düşünce yanlış ise, o zaman da onlar gerçeğin yanlışlıkla çarpışması sonucunda daha açık ve net biçimde anlaşılmasını ve daha canlı bir etki yaratması fırsatını elden kaçırmış olurlar.¹⁹

Yakın zamanda hayata veda eden yazar Arthur Miller'in, Türkiye'de düzenlenen ve katılmadığı bir toplantıya gönderdiği mesajda "İnsanlar, düşüncelerini içlerinden geldiği gibi açıkladıklarında, uygarlığın sürmesi için hem bireysel kişiliklerini, hem de toplumun evrimini sürdürecektir belli bir gücü kullanmış olurlar. Buna engel olunduğunda ise, bireye yönelik baskıdan çok daha fazlası gerçekleştirilmiş olur: Evrim gücü, devlet tarafından gasp edilerek durdurulmakta ve yok edilmektedir. Türkiye'deki Düşünceye Özgürlük girişimini sonuna kadar destekliyor, çabalarının barışçıl ve yapıcı bir değişimle sonuçlanmasını diliyorum."²⁰ demektedir ve Mill gibi ifade özgürlüğünün gereğini düşüncenin evrimi inancına dayandırmaktadır.

Mill, ifade özgürlüğü konusundaki düşüncesini açıklarken, oldukça içten, kısmen de platonik bir ifade tarzı benimsemiştir. Çünkü çağlar boyunca insanların büyük kısmı yasaklanan düşünce karşısında Mill gibi düşünmemiştir. Shauer'in dediği gibi; İnsanların, çölde tek başına haykıran bir ses olmayı arzu ettiklerinden daha fazla, aşırı görüşleri destekleyen büyük bir gruptan yana olmayı istemeleri daha muhtemeldir. Yani her şeye rağmen güvenlik, sayılardır.²¹

Mill, düşünceyi ahlak dışı veya küfür olarak nitelemek, yanılmazlık iddiasını azaltmaz ya da daha az tehlikeli hale getirmez, aksine, bu diğer bütün yanılmazlık iddialarının en ölümcülüdür derken, Mill'in sözünü vurgularcasına, bir çok düşünce, ahlak dışılık, küfür yaftaları ile yasaklanmış, bu düşüncelerini ifade edenler, lanetlenmenin bedelini çok ağır ödemişlerdir. Binlerce yıldır aklın üstünlüğünü dile getiren düşünceleri yüzünden birçok yazar, filozof, sanatçı, bilim insanı baskı ve işkenceye uğramıştır.

Sokrates düşünceleri nedeniyle "ahlaksızlık ve kafirlik" suçlamasıyla yargılanarak, ölüme mahkum edilmişti. Sokrates ünlü savunmasında; "beni ölüme

¹⁹ MILL, a.g.e. s.57

²⁰ A.Miller Roxbury, "ABD, 27 Mart 2000", Düşünceye Özgürlük, s.39, 2000, yayına hazırlayan, Şanar Yurdatapan, 1. basım, çivi yazıları, İstanbul,

²¹ SCHAUER Frederick, a.g.e.s.110

mahkum eden, siz yargıçlara şunu söylüyorum: ölümünden çok geçmeden, bana verdiğiniz cezadan daha ağır bir cezaya çarptırılacaksınız siz...” demektedir

Eski Roma’da diktatörlüğe karşı cumhuriyeti savunan filozof, şair, hatip Çıçero, 7 Aralık 43’te öldürüldükten sonra kesik başı ve eli Forumda gösterildi.

Filistin’ de Yahudi toplumu içinde bir akım olarak doğan Hıristiyanlık, Roma iktidarı ile çatışmaya girmiş, Hz. İsa düşünceleri nedeniyle Çarmıha gerilmiş, ancak bir dönem sonra güç kazanan Hıristiyanlık bu kez özgürlük düşmanlarının elinde, özgürlüğün celladı haline dönüşmüştür.

İnsan yaşamının dünyadaki önemi üzerine bir öğreti geliştiren, Martin Luther aforoz edilmiş eserleri yakılmış, Copernicus’ un dünyanın güneş etrafında döndüğü tezini geliştiren Galileo engizisyona mahkum edilmiş, düşünceleri ile kilisenin düşünce sisteminden uzaklaşan Giardino Bruno ise diri diri yakılmış, ölümünden 200 yıl sonra da yakıldığı yere heykeli dikilmiştir.

Ortaçağın katı skolastik düşüncesi, aklın dinsel dogmalardan kurtuluşunun başlangıcı olan Rönesans dönemine kadar devam etmiş, Rönesans dönemi ile birlikte, bireysel karşı çıkışlar toplu direnişlere dönüşmeye başlamıştır. Bu dönemin takipçileri, Rousseau, Voltaire, Diderot, d’Alembert, Condorcet gibi Fransız Ansiklopedistleri, özgür düşünceye yeni bir soluk kazandırmışlardır.

Özgür düşüncenin yolu aydınlanma felsefesi ile daha da açılmıştır. Bu felsefenin önemli temsilcilerinden Kant, düşüncenin yargılamak olduğunu ifade ederken, Hegel, felsefesinin merkezine yerleştirdiği ide’yi (düşünce süreci) gerçek dünyanın yaratıcısı olarak vasıflandırırken, dünyanın idenin yalnızca dış görünüşünü meydana getirdiğini belirtmiştir.²²

İnsan hakları üzerine yazdığı eserinde, lirik ve etkileyici bir dil kullanan Anar’ın dediği gibi; “Düşünce tarihin hiçbir döneminde hiçbir baskı aracıyla yok edilememiştir. Özgür düşünce, önündeki bütün çağdışı duvarları delegecek ve geleceğe uzanabilecek güçtedir. Bir gün baskıcı rejimler tarihin çöplüğüne atılacak ve özgür düşüncenin egemen olduğu bir toplum yaratılacaktır.”²³ Yaratılacaktır şeklindeki edilgen cümleye katılmasak da sayın Anar’ın bu öngörüsüne katılmamak elde değil, İnsanlık bir gün Pandoranın kutusunu kapatacaktır.

²² ANAR Erol, a.g.e., s. 16

²³ ANAR Erol a.g.e. s.18

Tekrar Mill'e dönecek olursak. Mill'in ifade özgürlüğü anlayışında daha çok gerçeği yakalamak tezinin esas alındığı belirtilse de, Mill aynı zamanda, "neyse ki bir sınıf insan vardır ki, bunlar bir kimsenin kendilerinin doğru diye düşündükleri şeyleri şüphe etmeden kabul etmesini yeterli sayarlar; her ne kadar o kişi bu fikri temelleri üzerinde hiçbir bilgiye sahip bulunmasa ve onu yüzeysel itirazlara karşı bile tutarlı bir biçimde savunacak güçten yoksun olsa da" diyerek, insanın birey olmasının en tabii sonucu olarak ifade özgürlüğünü hak ettiğini dile getirmekte ve böylece felsefesinin ahlaki yönünü de temellendirmektedir.

Mill, İfade özgürlüğü konusunda yazdığı Hürriyet Üzerine adlı eserinde; "mümkün olan bütün düşüncelerin, ifade özgürlüğünün sınırsız bir şekilde kullanılması halinde, dini veya felsefi dar mezhepçilik çabalarının kötü sonuçlarına son verilmiş olacağını iddia etmiyorum, dar kabiliyetli insanlar, ciddiye aldıkları her hakikate dünyada ondan başka bir hakikat yokmuşçasına bağlanırlar" sözüyle, fikirlerin arenada karşılaşmasının gerçeği elde etme amacına ulaşmak için yeterli olmadığını farkında olduğunu göstermektedir.

Mill düşünce özgürlüğünün insanın düşünsel mutluluğu için gerekli olduğunu ve diğer tüm mutlulukların buna bağlı olduğunu ileri sürerken bu tezini şu dört temele dayandırır: Birincisi, susmak zorunda bırakılan düşünce kesin olarak bileceğimiz şeylere karşın doğru olabilir. İkincisi, susturulan düşünce yanlış bile olsa, bunda bir parça gerçek bulunması olanaklıdır. Üçüncüsü, doğruluğu belirlenmiş düşünceye fiilen itiraz olmadıkça, o düşünceyi kabul edenlerin çoğunluğunca bir önyargı şeklinde inanılır. Dördüncüsü, asıl doktrinin kendi anlamını kaybetmesi, zayıflaması ve insan karakteri ile hareket tarzı üzerindeki hayati etkisini yitirme tehlikesidir.²⁴

İnsanın düşünsel mutluluğunun sağlanması için düşünce özgürlüğünün gerekli olduğuna inanan Mill, ayrıca bu konuda yönetimlerin pozitif yükümlülükleri olduğuna, özgür ifadeye gerekli ortamın sağlanması gerektiğine inanır. Genel olarak, hemen herkesçe doğruluğu inkar edilemez sayılan düşüncelere aykırı olan düşünceler kendilerini, ancak çok ölçülü ve ılımlı dil kullanmak ve gereksiz tecavüzden azami tedbirlerle kaçınmak suretiyle dinletebilirler. Bunda en ufak bir sapma bile onlara zarar verir. Halbuki hakim olan fikrin taraftarlarınca ölçüsüz, şiddetli dil kullanması, insanların muhalif düşünceleri söylemelerine ve söyleyenleri dinlemelerine engel

²⁴ MİLL, a.g.e. s. 109

olur. Böyle olunca hakikat ve adaletin çıkarları adına, ötekenden ziyade bu tarafın şiddetli dil kullanmasına sınırlama getirmek çok daha önemlidir.²⁵

2) KAVRAM

İfade özgürlüğünden bahsedilirken, bir çok terim kullanılmaktadır. Düşünce özgürlüğü, düşünceyi ifade özgürlüğü, düşünce ve tartışma özgürlüğü, söz (konuşma) özgürlüğü, düşün özgürlüğü, düşünsel özgürlük, fikir ve düşünce özgürlüğü, ifade özgürlüğü bu alanda kullanılan terimlerdir. Doktrinde ifade özgürlüğü kavramı yanı sıra, düşünce özgürlüğü, düşünce ve tartışma özgürlüğü, söz (konuşma özgürlüğü), düşün özgürlüğü, düşünsel özgürlük, fikir ve düşünce özgürlüğü kavramları da kullanılmaktadır.²⁶

Türk literatüründe daha çok düşünce özgürlüğü ve ifade özgürlüğü kavramları tercih edilmektedir.

İfade özgürlüğü anayasal demokrasilerin temel taşlarından biridir. En geniş anlamda ifade özgürlüğü, bir düşünce, inanç, kanaat, tutum veya duygunun barışçı yoldan açığa vurulmasının veya dış dünyada ifade edilmesinin serbest olması demektir.²⁷

Liberal demokrasilerin temelini oluşturan temel hak ve özgürlükler içinde ayrıcalıklı bir konuma sahip olan, demokratik rejimin işlerliğini sağlayan ve bu rejimi sairlerinden nitelikli bir şekilde farklı kılan özgürlük, fikir özgürlüğüdür.²⁸ Sayılan bu unsurların, ifade özgürlüğü olmaksızın gerçekleşmesi mümkün değildir.

Tanör düşünce özgürlüğünü, “insanın serbestçe düşünce ve bilgilere ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerinden dolayı kınanmaması ve bunları tek başına ya da başkalarıyla birlikte çeşitli yollardan serbestçe açıklayabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi” şeklinde tanımlamaktadır.²⁹

“İnsanın, varlığını hissettiği bütün problemlere vermek istediği cevapları, bizzat seçebilmesi ya da şahsen hazırlayabilmesi; ferdi ve sosyal davranışlarını da

²⁵ MİLL, a.g.e. s.110

²⁶ KÜÇÜK Adnan, İfade Hürriyetinin Unsurları, s.6, L.D.T., Yay., Ankara 2003,

²⁷ ERDOĞAN Mustafa, Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü, Özgürlükçü Bir Perspektif Liberal Düşünce Dergisi, Yıl:6, Sayı:24, Güz 2001, s.8

²⁸ KÜÇÜK Adnan, a.g.e, s.2

²⁹ Bülent Tanör, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, s.78

bu davranışlara uydurabilmesi imkanı olarak da tanımlanabilecek”³⁰ ifade özgürlüğü, diğer temel özgürlüklerin de varlık koşuludur. Örneğin, Anayasada yer bulan düşünce, din ve vicdan özgürlüğü, örgütlenme ve toplantı özgürlüğü, basın ve yayın özgürlüğü-ki bu sayılanları çoğaltabiliriz- ifade özgürlüğü ile anlam kazanmaktadır.

Bu öneminden dolayıdır ki ifade özgürlüğü ve bu özgürlüğün sınırlanmasından kaynaklanan sorunlara her çağda olduğu gibi günümüzde de rastlamaktayız.

Voltaire bir sözünde, “söylediklerinizin hiç birine inanmıyorum ama, konuşma hakkınızı ölünceye kadar savunacağım” der. Bu nedenle asıl olan, düşüncenin doğru veya hatalı olması değil, özgürce açıklanması yani ifade özgürlüğüdür.

İfade özgürlüğü anayasal demokrasilerin temel taşlarından biridir. En geniş anlamda ifade özgürlüğü bir düşünce, inanç, kanaat, tutum ve duygunun barışçı yoldan açığa vurulmasının veya dış dünyada ifade edilmesinin serbest olması anlamına gelir.³¹

Kişinin siyasal ve sosyal yaşama katılımının en önemli araçlarından biri olan ifade özgürlüğü demokratik bir toplum için kaçınılmazdır.

Demokratik yönetimleri diğerlerinden ayıran ve yönetimlere işlerlik kazandıran, özgürlükler arasında ayrıcalıklı bir konuma sahip olan ifade özgürlüğüdür.³²

Düşünce özgürlüğü, hem bir üst kavram olarak, düşüncenin oluşumu öncesi evresi olan bilgi edinme ve düşünme, düşüncenin oluşumu evresi olan düşünce ve düşüncenin kamusal alana aktarılması evresini oluşturan ifade özgürlüğünün bütününe kapsayacak ve ifade edecek şekilde kullanılıyor ve hem de bir üst kavram olan düşünce özgürlüğünün bir alt evresini ifade etmek için kullanılmaktadır.³³

Peki ifade deyince neler anlaşılacaktır. Başka bir deyişle ifadenin sınırlarında kalan insan eylemleri nelerdir. İfade kavramına, söz, yazı, resim, işaret dili, bir düşünceyi açıklamaya yönelik hareketler, giyim gibi bir çok terim ve davranış dahil

³⁰ BEYDOĞAN T.Ayhan, Avrupa İnsan Hakları sözleşmesi Işığında Türk hukukunda Siyasi İfade Hürriyeti, L.D.T. Yay.,Ankara 2003, Rıvero, COURS DE LIBERTES PUBLIQUES, Paris, 1966-1967, s.247

³¹ ÖZİPEK Bekir Berat, a.g.e., s. 38’den ERDOĞAN Mustafa, 8-9 Haziran 2001 tarihli Avrupa Birliği Yolunda Düşünce Ve İfade Özgürlüğü Sempozyumu sunumu,

³² KÜÇÜK Adnan, a.g.e., s. 2

³³ KÜÇÜK Adnan, a.g.e., s.9

edilebilecektir. Söz konusu fiiller; kelimeler, şekiller, hareketler, elbiseler(bazen, çıplak insan bedeni), yazılı kağıtlar aracılığıyla aktarılabilir, paylaşım sürülebilir.

İfade özgürlüğü genel olarak iki amaca hizmet eder. Birincisi insanın kendini entelektüel-iletişimsel açıdan gerçekleştirmesini sağlar, ikinci olarak toplumun demokratik olarak biçimlenmesinde etkili olur.³⁴

İfadenin kaynağı düşünmedir, bu nedendir ki ifade özgürlüğüne ilişkin her değerlendirme düşünce ve düşünce özgürlüğü ile başlar. Düşünme en azından soyut düşünme, insanı diğer formlarından ayırır. Düşünce kişi olmanın temelindedir.³⁵

Gelişme ve yaşamın devamını sağlayan toplumsal unsurlar şunlardır; toplumlar açık olmalıdır, toplumlarda bireylerin veya grupların farklı olması - kültürel zenginlik yanında sorunlara çözüm bulmada kolaylık ve toplum yaşamında devamlılık sağlar-, toplumun bireyleri arasındaki iletişim ve etkileşim mümkün olan en yüksek seviyede olmalıdır.³⁶ Bu bakış açısıyla, ifade özgürlüğü, sadece insan haklarının değil, hayatın ekseninde yer almaktadır.

ABD üst Mahkemesi Yargıcı Jackson “ Yurttaşların yanlış düşünceleri tehlikesi önemlidir, fakat hiç düşünmemekten ileri gelen körelmeden daha iyidir”³⁷ demektedir ve ifade özgürlüğünün önemine değinmektedir.

Kişinin kendisini geliştirmesinin yollarından biri de, kendisini özgürce ifade edebilmesidir. Çünkü haberlere ve düşüncelere özgürce ulaşabildiği takdirde kişi kendisini, yenileyebilecek, geliştirebilecektir. Aksi düşünülduğünde, düşüncenin, dinamik yapısına ihanet edilmiş olacaktır. Kişi haberleşme özgürlüğünden faydalanabildiği ölçüde, daha nitelikli düşüncelere ve düşünce açıklamalarına sahip olabilecektir.

Birinci kuşak haklardan biri olan ifade özgürlüğü, çağlar boyunca özgürlükler platformunun en çok konuşulan konularından biri olmuştur. İfade özgürlüğünü savunma girişimlerinde pek çok farklı tez ileri sürülmüştür.

³⁴ FINKELNBURG, Demokraside İfade Hürriyeti, Çev., Nihat Ülger, Düşünce Özgürlüğü, Hayrettin Ökçesiz(hazırlayan), Afa, İstanbul, 1998, s.198

³⁵ TRAGER. Robert, DICKERSON Donna L., 21. Yüzyıl'da İfade Hürriyeti, Liberal Düşünce Topluluğu, Temmuz, 2003, Ankara Freedom Of Expression In The 21st century, 1999 by Pine Forge Pres, Inc., s.16

³⁶ PAKER Can, Sistem Analiziyle İfade Özgürlüğünü Anlamak, Liberal Düşünce Dergisi, LDT Yayınları Bahar-Yaz 2003 Ankara, s. 92, 93

³⁷ SCHAUER Frederick, a.g.e., s.107

3) İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ ÜZERİNE TEZLER

İfade özgürlüğü için doktrinde birçok gerekçe bulunmaktadır. Bunlardan bazıları; gerçeği aramak, demokrasi ve kendi kendini yönetme, insan saygınlığına dayanan tez, düşük ve yüksek değerli ifade ayırımına dayanan tez olarak sayılabilir³⁸. Ancak gerekçesi ne olursa olsun ifade özgürlüğü demokrasilerin kaçınılmaz unsurudur.

A) GERÇEĞİN YAKALANMASI YA DA FİKİRLERİN SERBEST PİYASASI

Kaynaklarını Mill'in Hürriyet Üzerine yazılarından alan gerçeğin yakalanması tezi olarak da ifade edilebilecek bu teoriyi destekleyen bir diğer teoride fikirlerin serbest piyasada yarışması teorisidir "Free Market Theory". Fikirler, kendi aralarında rekabet ortamına bırakılmalı ve Adam Smith'in "görünmeyen eli"(invisible Hand), nasıl serbest rekabetten en iyi ürünlerin ortaya çıkmasını sağlıyorsa, aynı şekilde, bütün fikirlerin serbestçe yarışmasına izin verildiğinde, görünmeyen bir el, en iyi fikirlerin otaya çıkmasını temin edecektir.³⁹

Fakat nasıl serbest piyasa ekonomisi kitaplarda okutulduğu gibi değilse, piyasaya müdahaleler söz konusu ise aynı şey fikirlerin serbest piyasası için de geçerli olmaktadır.

Bireyin kendisini serbestçe ifade edebilmesi onun en temel hakkıdır, ancak bunun açık tartışmaya ihtiyacı vardır.⁴⁰

Amerikalı yargıçların, ifadenin özgürlüğü konusundaki teorileri bu konuda başvurulacak kaynaklar arasındadır. Mesela Yargıç Holmes, "gerçekliğin en iyi testinin, düşüncenin piyasa rekabeti içerisinde kendisini kabul ettirme gücü olduğunu" ileri sürerken, Yargıç Frankfurter ise, "uygarlık tarihinin büyük oranda, bir zamanlar resmi doğrular olarak hüküm süren yanlışların, sonraları birer birer başka gerçekleri doğuracak şekilde yanlışların yerini almasından ibaret olduğunu ve

³⁸ SADURSKİ Wojciech, İfade Özgürlüğü ve Sınırları, Çev. M.Bahattin Seçilmişoğlu, LDT., Yay.,Ankara 1 Baskı, s.7

³⁹ SMOLLA Rodney A, Free Speech In An Open Society, Alfred A. Knopf, First Edition, New York 1992, s. 16

⁴⁰ TRAGER. Robert, DICKERSON Donna L., a.g.e., s.19

bu yüzden de, hangi resmi gerçeklere itiraz ediyor olursa olsun, insanın gerçeği araştırma arzusunun engellenmemesi gerektiğini belirtmektedir.⁴¹

Gerçeğe ulaşma tezi bir kere gerçek kelimesinin içinde barındırdığı çok anlamlılık, genişlikten dolayı ifade özgürlüğünü açıklamada, yeterli olmayacaktır.

“...kendi tarzlarında olmayan her şeyi mahkum eden bağnazları bırakalım. ...sonsuz mutluluğa giden yol bunlardan ancak bir tanesidir, fakat, insanların peşinden gittiği bu yolların büyük çeşitliliğinde hangisinin doğru yol olduğu şüphelidir.”⁴²

Gerçeğe(doğru) giden yol bu kadar karmaşık ve çeşitli iken, ifadeleri gerçeğe hizmet eden veya etmeyen olarak sınıflandırmak mümkün olabilecek midir? Salt fikirler arası rekabetle gerçeğin anlaşılması olanaklı mıdır?

Mill'den önceki yazarlar tamamen, gerçekliğin, rekabet inancının karşılıklı etkileşimi sayesinde kendiliğinden ortaya çıkacağını farz etmişlerdi.

Gerçekliğe dayanan tez, aslında Aydınlanmanın bir çocuğuydu ve onda somutlaşan, insanlığın akılcılığı ve mükemmel kılınabilirliğine dair iyimser bir görüşle ilgiliydi.⁴³

Gerçekliğe dayanan tez daha çok aklın egemenliği düşüncesine dayanmaktadır. Ancak insanların diğer davranışlarında olduğu gibi ifadelerinde de çoğu zaman aklın hakim olduğu söylenemez.

Gerçeğe ulaşma amacı nedeniyle ifadeler için daha güçlü korumalar öngörülebilir. Ancak fikirlerin rekabetinde, gerçeğin elde edilmesi hedefine kesinlikle katkıda bulunmamaları sebebiyle, özel himayeleri reddedilebilir.⁴⁴ Bu da gerçeğe ulaşma teorisinin bir diğer eksik yönü olarak değerlendirilebilir.

Söz konusu tezin iyi tarafları da yok değildir. Çünkü bir kere dikkatimizi yanıltıyor olma ihtimalimiz üzerine çekmektedir. İkinci olarak bir düşüncüyü kabul etmeden önce duraksayıp düşünmemizi sağlar.⁴⁵

⁴¹ SMOLLA Rodney A, a.g.e. s. 18

⁴² LOCKE John, Hoşgörü Üstüne Bir Mektup, Liberte Yayınları, 1. Baskı, Nisan 2004 Ankara, s.46

⁴³ SCHAUER Frederick, a.g.e., s.38

⁴⁴ SADURSKI Wojciech, a.g.e., s. 10.

⁴⁵ SCHAUER Frederick, a.g.e., s.48

B) DEMOKRASIYE DAYANAN TEZ

İfade özgürlüğü alanındaki bir diğer tez ise “demokrasiye dayanan” tezdır. Bu tezin geçerliliği için devletin örgütlenmesinde ve yönetiminde demokratik ilkelerin apriori varlığı gereklidir.

Demokrasiye dayanan tez, ifade özgürlüğünü, genelinin bağımsız olduğu varsayımı üzerinden öncüllenen bir toplumun zorunlu bir bileşeni olarak görmektedir.⁴⁶ Demokrasiye dayanan tezi en ciddi şekilde Alexander Meiklejohn tarafından dile getirilmiştir. Meiklejohn’a göre, kendi kendini yönetme öncülüne dayanan bir toplumun asli ve vazgeçilmez özelliği de, açık tartışma ve toplu müzakeredir.

İfade özgürlüğü demokratik bir toplumda büyük önem arz etmektedir. Evvela, bireyin sosyal ve politik yaşamın aktif bir üyesi olması ifade özgürlüğü ile sağlanabilecektir. İkinci olarak, politik alanda gerçeği takipte, doğru fikirlerin kendi aralarında yarışabilmesi ve en doğru bulunanın oy pusulasında kabulü için ifade özgürlüğü kaçınılmazdır. Üçüncü olarak, ifade özgürlüğü ile, özellikle politik ifadenin özgürlüğü demokrasi açısından büyük önem taşımaktadır. Fakat politik söylemin, en çok korunan ifade türü olması, öneminden ziyade daha fazla baskıya ve sınırlamaya açık olmasındandır. Yoksa insanın düşünsel ve fiziksel üretiminin bir çok nesnesi politikadan daha değerlidir.⁴⁷

Demokrasiye dayanan tez, ifadenin özgürlüğü ilkesini destekleyen iki önemli unsurdan oluşur. Bunlardan ilki, egemen seçmenin, egemenlik yetkilerini kullanması sırasında, hangi önermeyi kabul edip hangisini reddedeceğine karar verebilmesi için, ilgili tam bilginin seçmenlere ulaşması gerekmektedir. Çünkü tam bilgi olmadan oy kullanılamayacağı gibi, bilgiye ulaşılmasına, oy kullanma hakkına engel olma kadar, demokrasini temel ilkelerine saldırı niteliğindedir.⁴⁸

İkinci unsur ise, eğer bir bütün olarak halk egemense o zaman yöneticilerin, hükmediciden çok hizmetçi olmaları gerekir. Bu durumda halkın arzularını yönetime iletmekle yükümlü olan liderlerin ve yönetimin halkın isteklerini bildirmesi, yönetimin halkın isteklerini karşılamak şeklindeki varoluş temeliyle bağdaşmaz.

⁴⁶ SCHAUER Frederick, a.g.e., s.52

⁴⁷ SMOLLA Rodney A,a.g.e., s. 21

⁴⁸ SADURSKI Wojciech, a.g.e., s. 28

Demokrasiye dayanan tezdən bahsedilirken, siyasi partilerin ilan yasakları ve söz konusu sınırlamanın hukuka uygunluğuna da değinmek gerekecektir. Bu durumu, Demokrasi üzerindeki sınırlamaların, demokratik olarak vuku bulduğu bir paradoks örneği olarak gösterebiliriz, seçim kampanyalarının siyasi reklamları üzerindeki sınırlamaları düşünersek, birtakım ölkelerde sıradan sayılan bu durum acaba bir demokrasi ihlalimidir?⁴⁹

Bu tezin zayıf kısmı ise şöyle ifade edilebilir, eğer halk gerçekten de ortaklaşa olarak egemen ise ve eğer o egemenlik, sınırsız bir güce sahipse, egemenliğin, diğer herhangi bir özgürlüğü sınırlayabileceği gibi, ifade özgürlüğünü sınırlama gücü olduğunun kabulünü gerektirir.

Her iki tezin ortak özelliği, ifade özgürlüğünün amaç değil ve fakat araç olarak görülmesidir. İlkinde ifade özgürlüğü, gerçeği bulmanın aracı iken ikincisinde amaç demokrasinin işlerliğinin sağlanmasıdır. Ayrıca her iki tezin de temelinde birey değil toplum bulunmaktadır.⁵⁰ Başlangıçta belirttiğimiz gibi, insan hakları nasıl birey olmanın asli sonuçlarından ise ve bireyin varolmasıyla kendiliğinden ortaya çıkıyorsa, bir insan hakkı olan ifade özgürlüğü de bireyin varlığının asli neticesidir. Ne gerçeğe varmak için ne de demokratik bir toplum kurulması içindir.

C) İNSAN SAYGINLIĞINA DAYANAN TEZ

İfade özgürlüğü alanında bir diğer tez ise, insan saygınlığına dayanan tezdır. Devlet bir kişinin ifadesini yasaklar iken aynı zamanda o kişiyi aşağılayarak haysiyetini de kırmış demektir. Bir kişinin fikirlerini yasakladığımızda, o kişinin, kendi fikirlerini başkalarinkinden üstün olduğunu düşünse de, düşüncelerinin diğer insanların ki kadar iyi olmadığını ifade etmekteyiz.

İfadenin serbest olması sağladığı faydalardan veya başka nedenlerden kaynaklanmaz. Bir ifade öncelikle insan aklının bir parçası olduğu için serbest olmalıdır. Hatta makul bir olay olmasa da gerçeğin araştırılmasında bir uzmanlaşma oluşacak, kişisel tatmin(konuşmacı için) gerçekleşecektir. Konuşmacılar sırf konuşma zevki için de korunmalıdır. Öncelikle düşünce özgürlüğü kabul edildiği zaman, ifade özgürlüğü de bunu takip edecektir.

⁴⁹ SADURSKI Wojciech, a.g.e., s. 31

⁵⁰ SCHAUER Frederick, a.g.e., s.69

Düşüncülerin düşüncelerini kendilerine saklamalarında ısrar etmenin anlamı yoktur ve insan her zaman yüksek sesle düşünme ihtiyacı duyar. İnsan bedeninin su ve yiyeceklerle beslendiği gibi insan ruhu da düşünme ve konuşma ile beslenir.⁵¹

İfade özgürlüğünün korunması sadece önemli bir hak olduğu için değil, topluma da faydalı olduğu içindir. Yönetenlerin ve yönetilenlerin rasyonel kararlara ulaşmaları için toplumun ifade özgürlüğünden en yüksek düzeyde yararlanması gerekir.

D) DÜŞÜK VE YÜKSEK DEĞERLİ İFADE AYRIMINA DAYANAN TEZ

İfade özgürlüğü alanındaki bir diğer tez ise; düşük ve yüksek değerli ifade ayrımına dayanan tezdır. Bu teze göre; ifadeler kendi aralarında düşük ve yüksek değerli olarak sınıflandırılacak, yüksek değerli olan ifadeler, ifade özgürlüğünün korumasından yararlanırken, düşük değerli ifadeler faydalanamayacaktır. Ne var ki ifadeler arasında böylesi bir ayırım yapmak ve bu nedenle birine diğerine nazaran öncelik tanımak. İfadenin göreceli, öznel ve kişiden kişiye değişen önem derecesine sahip olması gibi özellikleri nedeniyle, ifade özgürlüğü alanında başvurulabilecek, belirleyici ve etkin bir tez olmaktan uzaktır.

Ayrıca özgürlüğü bir yarar beklentisi ile savunmanın ahlaken doğru bir davranış olup olmayacağı da üzerinde tartışılması gereken bir husustur. Kişinin düşünceleri değerli olduğu için mi, yoksa salt insan olmanın gerektirdiği sonuç nedeniyle mi, saygı görmelidir.

İfade özgürlüğünün savunulması amacıyla saydıklarımız dışında da ileri sürülen birçok tez bulunmaktadır. Bizce, bireyler, varolmalarıyla birlikte sahip oldukları düşünceleri açıklama özgürlüğünü de elde etmektedirler. Bunun için başka bir gerekçeye ihtiyaç duyulmamalıdır.

Bir insan hakkı olarak ifade özgürlüğünün unsurları nelerdir, içerikleri bakımından ifadeleri bir ayırma tabi tutmak olanaklı mıdır?

⁵¹ SMOLLA Rodney A, a.g.e., s. 19

4) İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN UNSURLARI

İfade özgürlüğü bölünmez bir bütün oluşturmakta ve kendisini meydana getiren, tek başına da hiçbir anlam ve değer taşımayan birtakım birleştirici unsurlardan teşekkül etmektedir. Bu kurucu unsurların herhangi birisinin yokluğu, inkarı ya da önemli ölçüde kısıtlanması ifade özgürlüğünün yapısını bozar.⁵² İfade özgürlüğü üç aşamadan (unsur) oluşmaktadır. İlki, düşüncenin oluşum aşamasıdır. Bu aşamaya bilgi edinme, haber alma ve düşünme özgürlüğü diyebiliriz. Demokratik bir yönetim, bu aşamada kişilerin, düşüncelerinin özgürce olgunlaşabilmesi için, bilgi ve haberlere ulaşabilmenin yolu açılmalıdır. İkinci aşama, oluşmuş, edinilmiş, fakat henüz ifade edilmemiş düşünce ve kanaatlere sahip olma aşamasıdır. Üçüncü aşama ise, düşünce ve kanaatlerin her türlü ifade araçlarından yararlanarak açıklanmasıdır.⁵³

A) BİLGİ EDİNME (HABER ALMA)

Haber, bilgi ve belgelere ulaşabilme, enformasyon hakkı olarak da nitelenebilir.

Bilgilenme düşüncenin oluşum sürecidir. Bunu, serbest tartışma ve iletişim ortamı sağlayabilir. Fikir ve kanaatlere ulaşabilme olanak ve serbestliği, düşünceye hammadde sağlar; bilgilenme, düşünme olanaklarını geliştirir.⁵⁴

Bilgi edinme, ifade özgürlüğünün bir parçası, düşünme özgürlüğü ile düşünme süreci neticesinde gerçekleşen düşünce ve kanaatlerin olmazsa olmaz ön şartıdır.⁵⁵

Kişinin ifade özgürlüğünden faydalanabilmesi için ifade edebileceği düşüncelere sahip olması gerekir. Bilginin ve düşüncenin tamamen deneysel olduğunu iddia etmiyoruz, ancak, ifade özgürlüğünün anlam kazanabilmesi için ifade edilecek düşüncelerin oluşumunu sağlayacak bilgi akışının, transferinin varlığı ön koşuldur.

⁵² TANÖR Bülent, TCK 142. Madde Düşünce Özgürlüğü ve Uygulama, Forum yayınları, 1979 İstanbul, s.23

⁵³ TANÖR Bülent, TCK 14 2..., s. 27

⁵⁴ KABOĞLU İbrahim Özden, Düşünce Özgürlüğü, İnsan Hakları YKY Cogito 98 1. Baskı Aralık 2000 İstanbul, s.107

⁵⁵ KÜÇÜK Adnan, a.g.e., s. 15

“Bilgi sahibi olmayanlar fikir sahibi olamazlar.” Uğur Mumcu’nun veciz sözünde belirttiği şekilde; bilgi, fikir sahibi olmanın ilk şartıdır. Toplum içinde yaşayan bireyin kendisini ifade edebilmesi, demokratik tercih ve yönelimlerini gerçekleştirebilmesi için, belli düzeyde enformasyona sahip olması gereklidir.

Demokratik sistemlerin, hür bir şekilde ifade özgürlüğünden yararlanan ve hür bir şekilde karar verebilen, bilgi sahibi bireylere ihtiyacı vardır. Çünkü, ancak kapsamlı ve manipüle edilmemiş bilgilere sahip olan kişiler, demokratik bir devlette, sorumluluklarını yerine getirebilirler.⁵⁶

Bilgilenme, tercihlerin sağlıklı olmasını, çok yönlü bilgilenmeyi, toplumsal uzlaşmayı, demokratik denetlemeyi, bilinçli siyasi örgütlenmeyi ve katılmayı ve çağdaş doğrudan demokrasiyi sağlayan bir olgudur. Devletin kendine mahsus korunması gerekli yararlarının bulunduğu anlayışına dayanan siyasi iktidar düzenlerinde, bireyin bilgilenmesi ne bir hak ne de bir görevdir. Despotik sistemlerde bireylerin bilgilenme hakkının sınırlandırılması devlete mahsus yarar kapsamında gerçekleşmektedir. Dolayısıyla gizlilik ve devlet sırrı kapsamında değerlendirilen bilgi ve belgelerle, bireyin ve kamunun bilgilenmesine açık bilgi ve belgelerin belirlenmesi sorununun çözümü, demokratik şeffaf yönetimin temin ve tesisi açısından büyük bir önem arz etmektedir. Vatandaşların devleti, içine girilmez, içerde neler olup bittiği bilinmez bir yapı olarak tanımasının en büyük nedeni, yönetim sistemine egemen olan, gizlilik ve kapalıdır.⁵⁷

Kişilerin iç aleminde gerçekleşen düşüncelerin oluşabilmesi için, bilgi ve haberin kaynaklarına hür bir şekilde ulaşabilmeleri, seçme ve tercihte bulunabilmeleri ve bunlardan serbestçe sonuçlar çıkarabilmeleri ve istedikleri kanaatlere varabilmeleri gerekir.⁵⁸

Bilgi ve fikirlere ulaşabilme olanak ve serbestliği, düşünceye hammadde sağlar; bilgilenme, düşünme olanaklarını geliştirir.

Bilgi ve kanaatlere ulaşma özgürlüğü, medya ile ilgilidir; medyanın halka bu tür bilgiyi ve fikirleri aktarmasının olanaklı olmasını gerektirir. Basının görevi kamu yararını ilgilendiren başka alanlarda olduğu gibi, siyasi konularda da bilgi ve fikirleri açıklamaktır. Sadece basının bu tür bilgi ve fikirleri açıklama görevi yoktur. Halkın da bunlara ulaşma hakkı vardır. Bu bağlamda, basının asıl işlevi, toplumu

⁵⁶ KÜÇÜK Adnan, a.g.e., s. 16

⁵⁷ KÜÇÜK Adnan, a.g.e., s. 21

⁵⁸ KÜÇÜK Adnan, a.g.e., s. 14

değiştirmek ve yönlendirmek değil, haberleri salt olarak, doğru bir şekilde doğrudan aktarmaktır. Dolayısıyla, medya, müdahaleci bir tavırla halkın olaylara nasıl bakacağı ya da bakması gerektiği konusunda herhangi bir dayatma, şartlandırma ve yönlendirmede bulunamaz. Basın haber verme bilgilendirme görevini yerine getirirken engellenmemelidir. Basının görevini ifa ederken bilgi ve haberin kaynağından, tüketiciye ulaştırılmasına kadar geçen süreçte çalışmasının, idari, kanuni ve yargısal nitelikteki sınırlamalara tutulması sansür sayılacaktır.⁵⁹ Devlet basına karşı sansür uygulamamakla birlikte, kitle iletişim alanında mali şeffaflığın sağlanması, tekelleşmenin önlenmesi, çoğulculuğun sağlanması, saptırılmamış gerçek bilginin dolaşımı için gerekli düzenlemeleri yapacak, aynı zamanda kitle iletişim araçları belli bir denetime tabi tutulacaktır. Ancak bu denetimin mevcut iktidarın çıkarlarından daha çok kamunun menfaatlerine uygun olarak hareket etmesi gerekir.

Bilgi ve haberlerin kaynağı iki türdür. Birincisi, devlet kaynaklıdır. Buna bireylerin devlette bulunan bilgi ve belgelere ulaşabilme hakkı da denir. Diğeri ise, her türlü iletişim araçları ile ifade özgürlüğü kapsamında kamusal alana aktarılan bilgi ve haberlerdir.⁶⁰

Demokratik ve şeffaf bir yönetimin gereği olarak bireyler devletin işlem ve tasarruflarından haberdar olabilmelidirler. Gerçekleri vatandaşlarından gizlemek, kamu kurumlarını ve dolayısıyla devleti, korku imparatorluğuna dönüştürmekten başka bir amaca hizmet etmeyecektir.

Çağdaş demokratik düzenlerde, düşünce özgürlüğünün varlığıyla yetinilmemekte, hükümetler, yaygın, doğru haber/bilgi dolaşımını sağlamakla yükümlü görölmektedir. Sadece sansürün yasaklanmış olması bireyin bilgi edinme hakkının yerine getirildiği anlamına gelmez. Yönetimler, bilgi akışını engellememekle yükümlü oldukları kadar, bireyin doğru, çarpıtılmamış bilgi ve habere ulaşmasını da sağlamalıdır.

Bilgi ve haberlere ulaşmada, basının rolü kuşkusuz büyük önem arz etmektedir. Bu noktada ulusal otoriteler, basın özgürlüğü, kamunun bilgilendirme hakkı ile, sınırlama nedenleri arasında, adil bir denge noktası tespit etmelidir. Devletin sınırlandırmaya çalıştığı bir yayını “kamu yararı” açısından değerlendirmeye tabi

⁵⁹ Adnan Küçük, a.g.e., s.27

⁶⁰ ÖZEK Çetin, Kitle İletişim Özgürlüğü, İnsan Hakları içinde, Y.K.Y., İstanbul, 2000, s. 65

tutması, kamunun bilgilendirme hakkı için bir hakem gibi davranarak, basının yararı ile, devletin, kamunun bilgi alma hakkını sınırlandırmaktaki yararı arasında bir denge kurması gerekmektedir.⁶¹

24.10.2003 tarihinde resmi gazetede yayınlanan ve 24.04.2004 tarihinde yürürlüğe giren Bilgi Edinme Kanunu, ülkemizde şeffaf yönetime geçiş amacıyla getirilmiş bir yasal düzenlemedir. Kanunun 1. maddesinde kanunun amacı, “Bu kanunun amacı; demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarına ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir” şeklinde ifade edilmiştir.

BEHK'nın 2. maddesinde ise kanunun kapsamı belirtilmiştir. Buna göre bütün kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları bilgi verme yükümlülüğü altındadır. Diğer bir deyişle kamu gücü kullanarak idari işlem niteliğinde irade açıklamasında bulunabilen ve bu özelliği itibariyle kamu hizmetlerinin asıl sahibi ve sorumlusu olarak üstün ve ayrıcalıklı yetkilerle donatılan hiçbir kamu kurum ve kuruluşu bu kanunun kapsamı dışında tutulamaz. İktisadi kamu hizmeti sunan KİT'ler ile beraber askeri kuruluş mahiyetinde olan kamu kuruluşları da -kanundaki istisnalar dışında- bilgi verme yükümlülüğü altındadır.⁶²

Söz konusu kanun, bilgi edinme hakkından daha çok getirdiği sınırlamalar ile gündem oluşturmuştur. Türk vatandaşı olmayanlar için müteakabiliyet şartı getirilirken ayrıca, bilgi edinme başvurusu, başvuru kurum veya kuruluşun ellerinde bulunan veya görevi gereği ellerinde bulunması gereken bilgi veya belgelere ilişkin olmalıdır, kanunun 8. maddesine göre yayınlanmış veya kamuya çeşitli yollarla açıklanmış bilgi ve belgeler de bilgi edinme başvurusuna konu edilemez, açıklanması halinde devletin emniyetine, dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine açıkça zarar verecek ve niteliği itibariyle devlet sırrı olan gizlilik dereceli bilgi veya belgeleri ile (BEHK m. 16), açıklanması veya zamanından önce açıklanması halinde ülkenin ekonomik çıkarlarına zarar verecek veya haksız rekabet ve kazanca sebep olacak bilgi veya belgeler kanun kapsamı dışında tutulmuştur(m. 17), Sivil ve askeri istihbarat birimlerinin görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi veya belgeler BEHK'nın kapsamında değerlendirilmemiştir. Ancak kanuna göre bu gibi

⁶¹ GOMİAN Dona, HARRIS David, Düşünce, İnanç, Vicdan ve İfade Özgürlüğü, belge yayımları, baskı, mayıs 1998 İstanbul., s. 89

⁶² DEMİR Oğuzhan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Arş. Gör., Bilgi Edinme Hakkı Kanunu Ne Getiriyor, oguzhanfe@yahoo.com adresinden alınmıştır.

faaliyetlerle ilişkili bilgi veya belge, kişilerin çalışma hayatını veya mesleki onurunu etkileyecek nitelikte ise bilgi edinme kapsamı içindedir(m. 18), BEHK'nın 19. maddesinde idari soruşturma ile ilgili bilgi veya belgelerden açıklanmalarının zarar doğurma durumları olanların da bilgi edinme hakkının dışında olduğu belirtilmiştir,

BEHK'nın 20 .maddesine göre “Açıklanması veya zamanından önce açıklanması hâlinde;

a) Suç işlenmesine yol açacak,

b) Suçların önlenmesi ve soruşturulması ya da suçluların kanunî yollarla yakalanıp kovuşturulmasını tehlikeye düşürecek,

c) Yargılama görevinin gereğince yerine getirilmesini engelleyecek,

d) Hakkında dava açılmış bir kişinin adil yargılanma hakkını ihlâl edecek,

Nitelikteki bilgi veya belgeler, bu Kanun kapsamı dışındadır.” Denilmiştir.

Özel hayatın gizliliği kapsamında, açıklanması halinde kişinin sağlık bilgileri ile özel ve aile hayatına, şeref ve haysiyetine, mesleki ve ekonomik değerlerine haksız müdahale oluşturacak bilgi veya belgeler bilgi edinme hakkı kapsamı dışındadır. Ancak kanun koyucu özel hayatına müdahale edilecek kişinin rızasının bulunması halinde ve kamu yararının da gerektirdiği hallerde özel hayatın teşhiri anlamına gelecek bilgi ve belgelerin de bilgi edinme hakkı kapsamında bulunacağını belirtmiştir, haberleşmenin gizliliği ilkesine haksız müdahale oluşturacak bilgi veya belgelerin de bilgi edinme hakkı kapsamı dışında olduğunu belirtmiştir(m. 22), BEHK'nın 23. maddesine göre “kanunlarda ticari sır olarak nitelenen bilgi veya belgeler ile kurum ve kuruluşlar tarafından gerçek veya tüzel kişilerden gizli kalması kaydıyla sağlanan ticari veya mali bilgiler, bu kanun kapsamı dışındadır.” Kurum içi düzenlemeler ile ilgili bilgi veya belgeler, tavsiye ve mütalaa talepleri ile ilgili bilgi veya belgeler kanun kapsamında sayılmamıştır. ⁶³

Getirdiği bir çok sınırlamaya rağmen Bilgi Edinme Hakkı Kanununun ülkemiz için, yasal bir boşluğu doldurması açısından büyük önemi vardır. Bireyler artık devletin tasarrufları, kamu kurumlarının işleyişi konusunda bilgi sahibi olabileceklerdir. Kanunla, bu hakkın kullanımının etkinleştirilmesi amacıyla Denetleme Kurulu öngörülmesi, talepler konusunda cevap süresi getirilmesi, ve ayrıca ; kanunun 29. maddesinde, kanunun uygulanmasında ihmali, kusuru veya kastı

⁶³ DEMİR Oğuzhan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Arş. Gör., Bilgi Edinme Hakkı Kanunu Ne Getiriyor, oguzhanfe@yahoo.com adresinden alınmıştır.

bulunan memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında, işledikleri fiilin genel hükümler çerçevesinde ceza kovuşturması gerektirmesi hususu saklı kalmak kaydıyla, tabi oldukları mevzuatta yer alan disiplin cezaları uygulanır, hükmünün işlenmiş olması bilgi edinme hakkının etkinleştirilmesi bakımından önemli bir adım niteliğindedir.

B) DüşüNCE VE KANAATLERE SAHİP OLMA

Kanaat zgrlğ, demokratik bir toplumun zorunlu öğesi olarak, ister azınlıkta kalsın ister tahrik edici olsun, hiç kimsenin fikir ve kanaatleri nedeniyle kaygı duymamasını gerekli kılar. Kanaat sahibi olma düşünce özgürlüğünün bağrında yatar. Kimse kanaatleri nedeniyle kınanamaz. Bu zgrlk, sadece kanaatlerin açıklanmasını tehlikeye koyan her şeye karşı güvenceyi değil, farklı siyasal, felsefi ya da dinsel inançları nedeniyle bireyleri rahatsız eden ya da bunların benimsenmesini engelleyen her olumsuz etmene karşı güvence sağlamaktadır.⁶⁴ Bu zgrlk çerçevesinde bireyler, aynı zamanda, daha önce kamuya yapmış oldukları açıklamalara dayanılarak belirli fikirlerin kendilerine atfedildiği durumlarda muhtemel olumsuz sonuçlara karşıda koruma altındadır. Kanaat sahibi olma özgürlüğü, kanaatlerini açıklanmaya zorlanmama negatif özgürlüğünü de içerir.⁶⁵

Kanaat sahibi olma özgürlüğü, kendi içerisinde üç ayrı kavramı barındırmaktadır. Bunlar; kişinin inanmadığı bir şeyi söylememe hakkı, kişinin inandığı bir şeyi söyleme hakkı ve kişinin bildiği bir şeyi söylememe hakkı şeklindedir.⁶⁶

Kanaat zgrlğ, kişinin fikir ve kanaatlerinden dolayı kaygı duymamasını ve bunları açıklanmaya zorlanmamasını gerekli kılmaktadır. Bu anlamda kişi, herhangi bir fikre ya da tercihe sahip olmanın sonuçlarına karşı açıklama öncesinde korunmuş olmaktadır.⁶⁷

⁶⁴ KABOğLU İbrahim zden, Düşünce zgrlğ..., s. 108

⁶⁵ MACOVEİ Monica, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, 2001, s. 8

⁶⁶ KÜÇÜK Adnan, a.g.e., s.57

⁶⁷ KABOğLU İbrahim, Pozitif Anayasa Hukukunda Düşünce zgrlğnn Sınırları, ÖKÇESİZ, Hayrettin, Düşünce zgrlğ, Afa Yayınları, 1.Baskı Mayıs 1998, İstanbul , s.27

Fikir ve kanaatlerini açıklanmaya zorlanmama şeklindeki ibare, totaliter yönetimlerin, bireyler üzerindeki baskıcı tutumları neticesinde, ifade özgürlüğünün bir unsuru olarak anayasalara girmiştir.

Kanaat özgürlüğü, “açıklamaya zorlanmama” güvencesinden dolayı konuşmama özgürlüğü olarak da nitelendirilmektedir. Konuşmama özgürlüğü, kişinin inandığı şeyleri söylememe hakkını kapsamaktadır. Ayrıca tanıklık imtiyaz ve muafiyetlerinde olduğu gibi, kişinin bildiği bir şeyi söylemekten kaçınabilmesi de konuşma özgürlüğünün görünümleri arasında yer almaktadır.⁶⁸

Eğer başka bir inanca sahip olmak, düşmanlık görmek veya baskıya uğramakla sonuçlanırsa, seçme ve tercih yapmayı ifade eden kanaat özgürlüğü gerçek anlamını yitirecektir.⁶⁹

İfade özgürlüğü demokratik toplumların eşitlikçi özelliği gereği, belli bir görüş ve ideolojinin resmi ideoloji olarak kabul edilmemesini ve bu nedenle kişilerin düşünce açıklamalarından eşit bir şekilde faydalanmalarını içerir. Bu nedenle kişi, çoğunluğa veya mevcut iktidara göre farklı ve aykırı düşüncelere sahip olsa da bunları açıklayabilmelidir.⁷⁰

Daha çok kişinin iç dünyasını ilgilendiren ve kapsayan kanaat sahibi olma özgürlüğü, aslında baskılarla sınırlanması pek de mümkün olmayan bir özgürlüktür. Çünkü kişiler ancak, sahip oldukları fikir ve kanaatleri açıklamaları halinde bir baskıya ya da ayrımcılığa maruz kalmaktadırlar. Bir başka deyişle, kişinin, sahip olduğu kanaatleri açıklamadan, düşünceleri okuyan bir aygıtta bulunmadığına göre, kısıtlamalara uğraması olanaklı değildir. Bu nedendir ki önemli olan düşüncelere, kanaatlere sahip olmaktan daha çok, sahip olduğu fikirleri özgürce dile getirebilmektir. Fikir ve kanaat sahibi olma noktasında, yönetimlerin, bireyin haber ve düşünce platformlarından doğru şekilde ve yeterli miktarda yararlanmasını sağlamayarak veya buna engel olarak, pozitif yahut negatif yükümlülüklerini ihlal etmeleri neticesinde, kanaat sahibi olma özgürlüğü kısıtlanmış olabilecektir.

Esasında başta da belirttiğimiz gibi, ifadenin üç unsuru olan haber alma, kanaat sahibi olma, kanaatlerini açıklama özgürlüğü birbiri ile bağlantılı ve bir bütün

⁶⁸ SUNAY Reyhan, İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, LDT yay., Ankara, 2001, s. 58.

⁶⁹ SUNAY Reyhan, ifade ..., s.59

⁷⁰ ÖZEK Çetin, Türk Basın Hukuku İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 538, 1978, İstanbul , s. 30

olara ifade özgürlüğü olarak adlandırabileceğimiz insan hakkını oluşturan elemanlardır.

C) DÜŞÜNCE VE KANAATLERİN AÇIKLANMASI

Herkes egemen olan fikirlere ne kadar aykırı olursa olsun, yeni fikirler ve bilgiler getirme hakkına sahiptir.⁷¹

Kişisel düşüncelerini ifade kapsamında, dile getirme, savunma, anlatma, tanıtmaya, ilan etme, yaratma, eleştirme, reddetme, çağrıda bulunma, karşı çağrıda bulunma, ikna etme, açıklama, yayma, yayımlama, benimsetmeye çalışma, propaganda ve bir düşünce için mücadele yapma şeklinde ifade edilebilir.⁷²

İfade özgürlüğü yukarıda belirtilen şekillerde ve ifade araçlarından birisi kullanılarak yapılabilir. Peki ifade araçları nelerdir? İfade, söz, yazı, resim, müzik, sinema, tiyatro, giyim, semboller, hareketler vb. birçok araçla dile getirilebilir. Bu saydıklarımız arasında, kişiler daha çok söz aracını kullanarak kendilerini ifade etmektedirler. Fakat ilerleyen teknoloji ile birlikte ifade araçları da çeşitlilik kazanmakta, yeni ifade araçları kullanıma geçmektedir. Ne var ki sözle yapılan ifadenin yerini hiçbir ifade aracı tutamamaktadır. Söz aracılığıyla ifade konusunda en önemli unsur, kullanılan kelimeler ve dolayısıyla dil gündeme gelmektedir. Kişinin kendisini ifade sırasında kullandığı dil, bazen ifadenin içeriğinden varesten olarak sınırlamaya konu olmaktadır.

İfadenin şekilleri, araçları dışında, ifade özgürlüğü alanındaki bir diğer kavram ifade alanlarıdır. İfade özgürlüğü, sokak ortasındaki bir eylemle, meclis kürsüsündeki sözlerle, İnternet üzerinden, kalabalık bir parkta yapılan konuşmayla kullanılabilir. Düşüncelerin açıklandığı ortam bazen özgürlüğün sınırlarını da belirleyebilmektedir.

Kanaatlerin açıklanması, düşüncelerin başkaları üzerinde etki bırakmayı, heyecan yaratmayı hedefleyen propaganda özgürlüğünü de kapsar. Bu meyanda, fikir özgürlüğü, sadece düşüncelerin müstağni bir şekilde yayılmasını ve açıklanmasını

⁷¹ ÖKÇESİZ Hayrettin, Düşünce Özgürlüğü, Afa Yayınları, 1.Baskı Mayıs 1998, İstanbul , s.25, KUÇURADI İoanna, Düşünce Özgürlüğü: Nedir Acaba?

⁷² KÜÇÜK Adnan, a.g.e., s.70

değil, aynı zamanda aktif, sistemli ve inandırıcı bir şekilde başkalarına açıklanmasını, telkin ve tavsiyesini de zorunlu derecede gerekli bir hak olarak içerir.⁷³

Kanaatlerin açıklanması, düşüncelerin sadece bireysel planda ifadesini değil, ifade özgürlüğünün toplu eylemlerle açıklanmasını da kapsar. Bu nedenle ifade özgürlüğü, basın özgürlüğü, bilim ve araştırma özgürlüğü, eğitim-öğrenim özgürlüğü, sanatsal yayma ve yaratma özgürlüğü, siyasi parti, dernek, sendika özgürlükleri, toplantı ve gösteri yürüyüşleri gibi özgürlüklerle de ilişki içerisindedir. İfade özgürlüğüne getirilen herhangi bir kısıtlanma sayılan özgürlükleri de olumsuz açıdan etkileyebilecektir.⁷⁴

5) İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KAPSAMI

İfade başlı başına soyut bir kavramdır. Bir önceki bölümde, ifade özgürlüğünün unsurlarını belirttik. Peki korumadan yararlanacak, ifade özgürlüğünün kapsamına hangi ifadeler girecektir. Her ifade aynı ölçüde mi korumadan yararlanacaktır? İfadeler kendi aralarında koruma önceliğine sahip midir?

İfade özgürlüğü kapsamında korunan ifadeleri esas itibari ile 3 başlık altında ele alabiliriz;

A) POLİTİK İFADELER

Siyasi düşünce devlet yönetimi, siyasal toplumla ilgili düşüncedir. Esas olarak ifade özgürlüğünün baskı altına alınması siyasal düşüncenin ifadesinin, devlete karşı olumsuz eleştirilerin, iktidarın el değiştirmesine yönelik düşüncelerin ve bunların ifadelerinin baskı altına alınması, yasaklanmasıdır.⁷⁵

⁷³ TANÖR Bülent, TCK 142, s. 28

⁷⁴ ÖKÇESİZ Hayrettin, Düşünce Özgürlüğü, KABOĞLU, İbrahim, Pozitif Anayasa Hukukunda Düşünce Özgürlüğünün Sınırları, s. 214

⁷⁵ BEYDOĞAN T.Ayhan, a.g.e., s.25

Sınırlama ile en az karşılaşılan bir başka deyişle en geniş özgürlük alanına sahip olan ifadelerdir. Siyasi ifadelerin sınırlanmasında ileri gidilmesi ülkede demokrasinin işleyişini tamamen durdurabilecektir. Eğer bir hiyerarşiye tabi tutacaksa siyasi ifadeler öncelikli koruma hakkına sahiptir. Kamusal tartışmaya veya kamu çıkarına ilişkin konularda, siyasi tartışmalar esnasında, seçim kampanyalarında veya eleştirinin hükümete, politikacılara ya da kamu otoritelerine yöneldiği durumlarda, ağır sözlerin ve sert eleştirilerin AİHM tarafından daha fazla hoşgörüle karşılandığı görülmektedir. Politik ifadeler demokratik bir toplumun değişim ve ilerleme dinamiği olan ifade özgürlüğünün temel taşıdır. Devletin yapısı, hükümetlerin tercihleri, halkın taleplerini içinde barındıran politik ifadelere tanınan özgürlük ve tolerans ülkenin gelişmişlik düzeyi ile doğrudan ilintilidir. Siyasi düşüncelerin açıkça ifade edilmediği bir toplumda seçimlerin efektif, belirleyici olduğunu söylemek hiç de doğru olmayacaktır. Baskıcı rejimlerde ise en fazla kısıtlanan ifadeler siyasi söylemlerdir. Kendi fikir ve inançlarına, siyasal düşüncelerine güvenmeyen yönetimler ilk olarak toplumu bünyesinde barındırdığı farklı siyasi düşüncelerden arındırmak, farklı düşünceleri törpülemekle işi başlayacaklardır. Ancak Mill'in dediği gibi bunu yaparken, sadece baskıların ve kısıtlamaların muhatabı olan kişiye karşı değil toplumun tüm bireylerine hatta gelecek nesillere karşı soygunculuk yapmış olacaklardır.

B) SANATSAL İFADELER

Sanatçı çoğu zaman dünyaya bakışını, fikirlerini yarattığı sanat eseri ile ifade etmeyi tercih edecektir. Bir sanat eserini içinde barındırdığı düşünce itibarıyla sınırlamak aslında siyasi düşüncenin kısıtlanmasından daha az titizlik gerektiren bir konu değildir. Ancak çeşitli dönemlerde sanat eserleri salt belli bir akımı desteklemedikleri ya da destekledikleri için sınırlamalara tabi tutulmuştur. Örneğin komünist rejimlerde sanat eserinin gerçekçi olmaması nedeniyle sanat addedilemeyeceği ifade edilmiştir. Hatta bazen sanat eseri, sanat ve söz konusu sanat eseri konusunda hiçbir bilgiye sahip olmayan kişilerce sanat eseri niteliğinde sayılmamıştır.

Sanatsal söylemler siyasi ifadeler kadar ihlalle karşılaşmamakla birlikte bu alanda da ihlallere rastlanabilmektedir. Sanatsal ifadelerin kısıtlanmasında daha çok genel ahlak ve dolayısıyla, kamu düzeni kavramlarına dayanıldığına rastlanmaktadır. Sanatsal yaratıcılık ile sanat yapıtlarının dağıtımını AİHM tarafından fikir ve kanaat alışverişine temel bir katkı, demokratik bir toplumun yaşamsal bir unsuru olarak görülmektedir. Sanatsal özgürlük ve sanat yapıtlarının serbest dolaşımı yalnızca demokratik olmayan toplumlarda kısıtlanır.⁷⁶

C) TİCARİ İFADELER

Ticari söylemler de ifade özgürlüğü kapsamında koruma alanı bulabilmektedir. Ticari ifadeleri, ifade özgürlüğü alanında en az koruma gören alan olarak nitelersek yanılmış olmayız. Bu durumu eleştirenler, ifadelerin türleri itibariyle farklı derecelendirilmeye tabi tutulamayacağını, ifade özgürlüğünün bir bütün halinde değerlendirilmesi gerektiğini, politik ifadelere üstünlük tanınırken, reklamların daha fazla sınırlamaya tabi tutulmasının yerinde bir davranış olmayacağını, nasıl politik ifadeler, bilgi edinme unsurunu içinde barındırıyorsa, ticari ifadeler kapsamında değerlendirilen reklamların da tüketicinin bilgi edinme hakkı olarak düşünülmesi gerektiğini, bilgilere serbestçe ulaşan tüketicinin daha sağlıklı kararlar vereceğini iddia etmektedirler.⁷⁷

Esas olan özgürlüktür. Ancak tüm ifadelerin, aynı korumadan yararlanması gerektiğini söylemek, bir şirketin kar marjını arttırmak amacı ile kullandığı argümanlar ile bir ülkenin siyasi sosyal yapısını etkileyecek ifadeleri aynı önemde görmek de adil bir tavır olmayacaktır. Her ifadenin özgür olması esastır ve kısıtlamalar hayatın diğer alanlarını da etkileyebilecektir. Ancak bu ifadelerin aynı önemde olduğu anlamına gelmeyecektir. Kaldı ki rekabet bozucu, gerçeğe uymayan ticari ifadeler bu alan için kendine özgü bir sınırlama nedeni olarak karşımıza çıkmaktadır.

⁷⁶ MACOVEI Monica, a.g.e.,s.10

⁷⁷ GRAY John, Reklam Yasakları Ve İfade Özgürlüğü, LDT Yayınları 1.Baskı Aralık 1997 Ankara, s.26, 40

İnsan hakları ve bu kapsamda ifade özgürlüğü, zaman içerisinde, uluslararası insan hakları belgeleri ile güvence altına alınmış, bu belgelerin esaslı konularından biri haline gelmiştir.

İKİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI HUKUKTA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

D) ULUSLARARASI BELGELERDE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

1) İNSAN HAKLARI EVRENSEL BİLDİRİSİ

Bildiri, BM şartı(md. 10) uyarınca, kendiliğinden bağlayıcı özellik taşımayıp, sadece tavsiye niteliğinde karar almakla yetkilendirilmiş olan BM Genel Kurulunca 10 Aralık 1948 tarihinde 217 A (III) sayılı kararla kabul ve ilan edilmiştir.

İnsan haklarının dikkate alınmaması ve hor görülmesinin insanlık vicdanını isyana sevk eden barbarca eylemlere yol açtığına, korkudan ve yoksulluktan kurtulma özgürlüğü ile ifade ve inanç özgürlüğünden yararlanacak olan insanların yer alacağı bir dünyanın kurulmasının insanlığın en yüksek ortak amacı olarak ilan edilmiş bulunduğuna, inanan ve bunu belirten evrensel beyanname insan hakları hukukunun yasal düzenlemelere yansımış üstün örneklerinden biridir.⁷⁸

Evrensel bildiriye yer verilen hakların ve özgürlüklerin başlıca iki kategoride toplandığı görülmektedir. İlk kategori, klasik haklar kuşağına giren türde olanlardır ve bunlar bildiriye düzenlenmiştir. İkinci kategori ise, düzenlenen ekonomik, sosyal ve kültürel haklar başlıklı gruba dahil olanlardır.⁷⁹

Evrensel bildirinin yayınlanmasını takip eden yıllarda, bildiriye yer alan haklara ilişkin çok sayıda bölgesel ve evrensel, insan hakları düzenlemelerine gidilmiştir. Bildirinin yol gösterici, ulaşılması gereken hedefleri belirleyen ideal haklar listesi olması da bunu gerektirmektedir.

Temel insan haklarını kapsayan bildiriye etkinleştirmeye yönelik bir yorum, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü aracılığı ile Evrensel Bildirinin, tüm devletler

⁷⁸ GEMALMAZ Mehmet Semih, a.g.e., s. 330

⁷⁹ GEMALMAZ Mehmet Semih, a.g.e., s. 336

üzerinde bağlayıcı etki doğuran Uluslararası gelenek hukukunun bir parçasını oluşturduğu sonucuna varmaktadır.⁸⁰

1948 yılında kabul edilen Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi” Her insanın düşüncelerini serbestçe ifade etme hakkı vardır; bu hak, düşüncelerini rahatsız edilmeden başkalarına aktarmak, ülkenin sınırlarına bakılmaksızın haber ve düşünceleri her türlü iletişim aracı ile aramak, elde etmek ve yaymak özgürlüğünü de kapsar”(m.19) hükmünü içermektedir.

2) MEDENİ VE SİYASAL HAKLAR SÖZLEŞMESİ

Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, Evrensel bildiriden sonra BM tarafından düzenlenen en önemli insan hakları metnidir. BM Genel Kurulu tarafından 16/12/1966 tarihinde kabul edilip imza ve onaya açılan, 23/03/1976 tarihinde yürürlüğe giren sözleşme, haklar ve özgürlükler alanında evrensel bildiriden sonraki basamağı temsil etmektedir. İnsan haklarına daha teknik bir açıdan yaklaşan sözleşmenin etkinliğini sağlamak üzere, taraf devletlerin sözleşme hükümlerine uyup uymadıklarını denetlemek üzere bir insan hakları komitesi kurulmuştur.

BM Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 18. – 19. maddelerinde ifade özgürlüğü teminata bağlanmıştır.

Sözleşmeye işlerlik kazandırmak üzere oluşturulan iki temel usulü mekanizmadan söz edilebilir. Bunlardan ilki Komitenin genel yorum üretmesidir. İkincisi ise taraf devletlere düşen bir yükümlülük olan rapor sunma usulü çerçevesinde sunulmuş raporlar hakkında değerlendirme yapmasıdır.⁸¹

İnsan Hakları Komitesine şikayet başvurusu yapılabilmesi usulü de düzenlenmiştir. Bunların ilki “devletlerarası şikayet başvurusudur.” Bu şikayetin konusu, bir taraf devletin sözleşme ile üstlendiği yükümlülükleri yerine getirmediği savıdır. Sadece şikayet edenin değil şikayet edilenin de sözleşmeye taraf olması ön koşuldur. Bu ön koşulun yanında MSHS gereği hem şikayet edenin hem de edilenin, Komitenin devletlerarası şikayet başvurusunu kabul etme ve inceleme yetkisini özel bir bildirim ile tanınması gerekmektedir. Komite bu tür devletler arası başvuruyu dostça çözüme ulaştırmaya çalışır. Ancak 2003 yılı itibariyle bu tarz bir başvuru

⁸⁰ GEMALMAZ Mehmet Semih, a.g.e., s. 339

⁸¹ GEMALMAZ Mehmet Semih, a.g.e., s. 348

gerçekleşmiş değildir. Komiteye yapılabilecek ikinci tür başvuru ise, sözleşmede düzenlenen bir ya da daha çok hakkın, bir taraf devletçe ihlal edildiğini ileri süren kişilerce işletilebilecek “bireysel şikayet başvurusudur.”⁸²

3) AMERİKAN İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ

Sadece Amerikan Devletleri Örgütüne üye olanların katılabildiği, 1969 tarihli sözleşme hakların yararlanıcıları olarak, bireyleri işaret etmektedir. Sözleşmenin 13. maddesinde ifade özgürlüğü düzenlenmiştir.

Diğer uluslararası sözleşmeler gibi, 1979 tarihinde kurulan Amerikan İnsan Hakları Mahkemesine başvuru şartı olarak Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’nde düzenlenen haklardan birinin ihlal edilmiş olmasının yanı sıra, başvuruçunun iç hukuk yollarını tüketmiş olması gerekmektedir. Ne var ki, Mahkemenin çalışma sistemine göre bir vakayı Mahkeme önüne, Mahkemenin teşkilat yapısı içinde yer alan Komisyon ya da taraf devlet götürebilmektedir. Ancak mahkeme, ilgili devletin etkin bir iç hukuk yolunun bulunmaması halinde başvuruları bu şart gerçekleşmesi de kabul etmektedir.

Mahkeme hükümleri kesin olup bir üst başvuru mercii bulunmamaktadır. Taraf devletler mahkeme kararlarına uymakla yükümlüdürler. Mahkeme Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi ihlal kararı verdiğinde, belli bir tazminata da hükmetmektedir. Amerikan insan hakları mahkemesi çalışma sisteminde Dostane Çözüm’e yer vermektedir.

Uluslararası sözleşmeler arasında gerek yetki alanı gerekse etkinliği bakımından ilk sırayı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi almaktadır. AİHS ve bu kapsamda ifade özgürlüğüne geçmeden önce ifade özgürlüğü konusunda birçok içtihadı kaynaklık eden Amerikan Yüksek Mahkemesinin bu konudaki kararlarını irdeleyeceğiz.

⁸²GEMALMAZ Mehmet Semih, a.g.e., s. 351

AMERİKAN YÜKSEK MAHKEMESİ KARARLARINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Kaynağını Amerikan Anayasasından alan Yüksek Mahkeme dokuz yargıçtan oluşmaktadır. Mahkeme başkanı Amerikan hukuk ve siyasal sisteminde önemli bir konuma sahiptir.⁸³

Yüksek Mahkeme yargıçları diğer federal yargıçlar gibi ABD başkanınca atanırlar.

Yargıçlar, bir teminat olarak bir kez atandıktan sonra istedikleri kadar bu görevde kalabilirler, ücretleri azaltılamaz.

Yüksek Mahkeme hem federal hem de eyalet mahkemelerince verilen kararların temyiz mercii olarak görev yaptığı gibi kimi davalarda da ilk derece mahkemesi olarak görev yapmaktadır. Anayasada açık hüküm bulunmamasıyla birlikte Yüksek Mahkeme, 1803 tarihli Marbury v. Madison davasından itibaren yasaların anayasallık denetimini de yapmaktadır.⁸⁴

Amerikan Yüksek Mahkemesi önüne gelen davalara bakarken ifade özgürlüğü konusunda kriterler oluşturmuştur. “kötülük eğilimi”, “dengeleme”, “açık ve mevcut tehlike “ kriterleri Mahkemenin kararlarında başvurduğu başlıca kriterlerdir.⁸⁵

Mahkemenin ifade özgürlüğü kararlarında en çok başvurduğu kriter olan açık ve mevcut tehlike kriteri, ülkemiz dahil birçok ülkede özellikle de Yüksek yargı organlarınca kullanılmaktadır.

İlk kez 1919 yılında Yargıç Holmes tarafından dile getirilen “açık ve mevcut” tehlike kriterine göre; ifade özgürlüğü ile ilgili her davada bakılması gereken şey, “kelimelerin açık ve mevcut bir tehlike yaratacak şekilde kullanılıp kullanılmadığıdır.”⁸⁶ Eğer kullanılan kelimeler açık ve mevcut bir tehlike oluşturuyorsa, bu noktada ifade özgürlüğü sınırlanmalıdır. Bir başka deyişle, eğer bir ifadenin açıklanması bireyler ya da toplum için açık ve mevcut bir tehlike yaratıyorsa

⁸³ ARSLAN Zühtü, ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, Liberal Düşünce Topluluğu, 1.Baskı, Aralık 2003, Ankara , s. 13

⁸⁴ ARSLAN Zühtü, a.g.e., s. 18

⁸⁵ ARSLAN Zühtü, a.g.e., s. 29

⁸⁶ ARSLAN Zühtü, a.g.e., s. 31

bu ifadenin açıklanması sınırlanabilir. Burada asıl sorun toplum çıkarlarına yönelik tehlikenin ya da zararın tespit edilmesinde yatmaktadır. Mahkemenin Terminello v. Chicago kararında belirttiği gibi, “ konuşma sıklıkla provakatif ve meydan okuyucudur. O ön yargılara veya daha önce oluşmuş kanaatlere saldırabilir ve bir düşünceyi kabul ettirmek için alışılmadık, önemli etkiler doğurabilir. Bu nedenle, sınırsız olmamakla birlikte ifade özgürlüğü, kamusal, rahatsızlığın, kızgınlığın ve huzursuzluğun ötesinde ciddi ve somut bir zararın açık ve mevcut tehlikesi gösterilmedikçe sansür edilemez.”⁸⁷

Yüksek Mahkemenin ifade özgürlüğü konusunda uygulaya geldiği yerleşik ölçü olan açık ve mevcut tehlike şartı, düşünce suçuna olanak tanımamakta, düşüncenin kendisini mutlak olarak anayasal güvence altında saymakta, ancak bunun açıklanış biçiminin belli bir olayda açık ve somut bir tehlike yaratıp yaratmadığına bakmaktadır. Bu ölçüt batı demokrasilerinde evrensel standardı temsil etmektedir. Buna göre her ifade kendi somut zemininde ele alınmalı, devletin önlemekte haklı olduğu açık ve somut bir tehlikenin varlığı her olayda ayrıca ele alınmalıdır. Kural olarak, belli bir görüş ya da ideolojinin önceden ve yasayla tehlikeli sayılıp sayılmamasına olanak yoktur.⁸⁸

ABD Yüksek Mahkemesi, 1919’ dan itibaren ifade özgürlüğü konusunda liberal bir ölçü tutturmuştu: açık ve mevcut tehlike ölçütü, Daha sonra ise Mahkeme, kızıl korkusu, uluslararası işçi hareketi ve ekonomik bunalım paniği gibi etkenlerle zararlı eğilim ölçütünü ortaya sürdü. Bundan böyle, bir düşüncenin açıklama biçiminin somut durumda açık bir tehlike yaratıp yaratmadığına bakılmıyor, düşüncenin kendisinin soyut olarak böyle bir tehlikeyi yaratacak nitelikte olup olmadığı araştırılıyordu. Ama Yüksek Mahkeme, akademik tartışmaların, tarih ve felsefe denemelerinin, yönetimin yasal yollardan değişmesini istemenin yine de suç olmadığına hükmetti ve çok geçmeden, özgürlüğü koruyucu bir tutum takınmaktan geri kalmadı.⁸⁹

İfade özgürlüğünün liberal rejimlerdeki seçkin yeri, bu özgürlüğü bütün siyasal sistemin temeli sayan ABD Yüksek Mahkemesinin Bir kararında şöyle vurgulanmıştır. “...halkı zararlı düşünce akımlarına karşı korumaya kalkışmak

⁸⁷ ARSLAN Zühtü, Liberal Demokrasilerin Zor Zaman Krizi Ve İfade Özgürlüğü, Liberal Düşünce Dergisi, s. 25-40 LDT Yayınları, Güz 2003, Ankara, s. 21

⁸⁸ TANÖR Bülent, Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, s. 37

⁸⁹ ARSLAN Zühtü, a.g.e., s. 40

devletin ne görevi ne de hakkıdır. Anayasa koyucuları bizim adımıza doğru ile yanlış arasında bir ayırım yapmak için hiçbir yõteme güvenmediklerinden, gerçeği aramada herkesin kılavuzu yine kendisi olmak gerekir.”⁹⁰

ABD Yüksek Mahkemesi, ihtilal düşüncesini savunma ve yaymanın bile, somut eyleme çağrı ya da kışkırtma niteliğine bürünmedikçe, bir anayasal hak olduğuna işaret etmiştir.

Yates v. United States davasında Yüksek Mahkeme, açık ve mevcut tehlike kriterine yeni bir boyut kazandırmıştır. Burada “konuşma” ve “eylem “ arasında net bir ayırım yapılmıştır. Bir ifadenin sınırlanabilmesi için aynı zamanda hukuk dışı bir eyleme kışkırtması veya bunu doğurması gerekmektedir.

Amerika insan hakları mahkemesi 1985 tarihli bir kararında; “bir ferdin ifade özgürlüğü hukuka aykırı biçimde kayıtlendiğinde, sadece o ferdin hakkı ihlal edilmiş olmaz, başkalarının da demokrasi ideallerine doğrudan bağlantılı bilgi ve düşünceye ulaşma hakkıda ihlal edilmiş olur.”⁹¹ Demektedir.

Mahkeme ifade özgürlüğünün, özellikle de siyasi ifade özgürlüğünün önemini kararlarında vurguladığı halde, muhalif siyasal söylemlerin yoğunlaştığı bilhassa komünizm tehlikesinin baş gösterdiği dönemlerde, oyunu cömertçe kısıtlamalardan yana kullanmıştır.

Mahkeme özellikle kavgacı ve ırkçı sözlerin kısıtlanmasına yönelik kararlar verirken, 11 Eylül sonrasında Dünyanın değişen yapısı ve güvenlik anlayışı karşısında, mahkemenin kararlarının ne yönde şekilleneceğini zaman gösterecektir.

Amerikan Yüksek Mahkemesinin ifade özgürlüğü konusundaki kararlarında değindiği ölçütlere özellikle açık ve mevcut tehlike ölçütüne değindikten sonra, uluslararası hukukun yaratmış olduğu en önemli metinlerden biri olan ve ülkemizin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında ifade özgürlüğü konusuna geçebiliriz.

⁹⁰ TANÖR Bülent, Türkiye'nin..., s. 39

⁹¹ ÇAĞLAR Bakır, ÇAVUŞOĞLU Naz, Parti Kapatma Davalarında Mermer Ve Mozaik İkilemi, Anayasa Yargısı, c.16, Ankara 1999, s. 163

4) AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

İnsan hakları temel belgeleri arasında yer alan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Konseyince 04.11.1950 tarihinde imzalanmış ve 03.09.1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ülkemiz açısından ise sözleşmeye ilişkin onay belgesini Avrupa Komisyonuna depo ettiği 18.05.1954 tarihinde sözleşme yürürlüğe girmiştir. AİHS'yi günümüzde bu kadarına etkin kılan, sözleşmeye ait etkili bir yargılama teşkilatının bulunmasıdır. Ülkemiz ilk kez 28/01/1987 tarihinde komisyonun bireysel şikayet başvurularını inceleme yetkisini tanımıştır. Mahkemenin yargı yetkisini ise 22/01/1990 tarihinde tanımıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 10. maddesinde ifade özgürlüğüne değinmiştir.

Bu sayılanlar dışında, bölgesel insan hakları düzenlemeleri, kurumları oluşturulmuştur. Sözleşmeler, protokoller, şartlar, bildirimler, tavsiye kararları gibi birçok uluslararası metin ile insan hakları alanında düzenlemeler yapılmıştır. İnsan hakları alanında evrensel bir kabul oluşturma yönünde önemli adımlar atılmış. Uluslararası insan hakları hukuku oluşmuştur.

Dünyanın pek çok kültür çevresinde, insan hakları alanında ilerlemeler, yenilikler yaşanmıştır. Avrupa'da ise bu gelişme daha sistematik ve zamanla uluslararası belgeler yaratacak şekilde gerçekleşmiştir.

Yukarıda belirttiklerimiz dışında bir çok uluslararası metinde ifade özgürlüğüne yer verilmiştir.

1689 İngiltere İnsan Hakları Bildirisi (bill of rights)'nin 9.maddesi konuşma özgürlüğünü parlamenterler için tanımıştır.

12 Haziran 1776 tarihli Virginia İnsan Hakları Bildirisi 12. maddesinde; "özgürlüğün en güçlü kalelerinden birisinin de basın özgürlüğü olduğu"nu belirtmiştir.

26 Ağustos 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisinin 11. maddesi; düşünce ve fikirlerin serbest biçimde açıklanması insanın en değerli haklarından birisidir. Bundan dolayı her vatandaş serbestçe konuşabilir, yazabilir ve

bunları yayımlayabilir. Ancak kişiler, belirtilen bu hallerde bu özgürlüğün kötüye kullanılmasından sorumludur.

Tahran bildirisi (13 Mayıs 1968)'nin madde 5/c-d, Viyana Bildirisi (25 Haziran 1993)'nin madde 8/b-i, BM Din ya da İnanca Dayalı Her Türlü Hoşgörüsüzlük ve Ayrımcılığın Kaldırılması Bildirisi (25 Kasım 1982), Amerikan Hak ve Ödevleri Bildirisi (2 Mayıs 1948)'nin madde 4-a, 5/1-c, AGİK Helsinki Son Belgesi (1 Ağustos 1975)'nin madde 7/1, Yeni Bir Avrupa İçin Paris Şartı, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı (27 Haziran 1981) madde 8/a-b-c, 9,10,11; düşünce özgürlüğünü insanın en değerli, vazgeçilmez haklarından biri olarak tanır.⁹²

Ancak Uluslararası düzenlemelerin tamamı aynı ölçüde bağlayıcılık özelliği göstermemektedir. Kendisine ait denetleme sistemleri, yargılama sistemleri olan uluslararası düzenlemelerin bağlayıcılığı kuşkusuz daha yüksek düzeydedir.

Uluslararası sözleşmelerden kendine özgü denetim mercii olanların başında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gelir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin denetim ve uygulama merciidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (kısaca Mahkeme), uluslararası insan hakları normlarını durağan ve donuk tarihsel belgeler olmasını engelleme ve bu normların yaşayan ve gelişen belgeler olmasını sağlama işlevini yerine getirmektedir. Bundan dolayı çok önemli bir uluslararası organdır.

Sözleşmenin 19. maddesinde kurulması öngörülen , 56. maddenin yürürlüğe girmesi üzerine 21.1.1959 tarihinde danışma meclisi tarafından Avrupa İnsan Hakları Divanının ilk yargıçlarının seçilmesi ile sözleşmenin denetim sistemi olan Mahkeme işlerlik kazanmıştır.

11. protokolden önce, Mahkeme taraf devlet sayısınca yargıçtan oluşmakta idi ve bir davanın mahkemenin önüne gelmesi için her şeyden önce taraf devletin ayrı bir beyanla divanın yargı yetkisini tanımış olması gerekiyordu. Türkiye 22.01.1990 tarihinde divanın yargı yetkisini kabul etmiştir.

11. protokolden önce, insan Hakları Mahkemesi komisyon ve divan diye adlandırılan iki ayrı organdan oluşmakta idi. Başvurular ilk önce komisyon önüne

⁹² ANAR Erol, a.g.e., s.13

gelmekte, komisyonun kabul edilebilirlik kararı üzerine dava divanın önüne gelmekte idi.

Mahkeme; genel kurul, komiteler, daireler ve büyük daire halinde çalışır. Mahkemenin iç yapısı mahkemece yapılan iç tüzükte öngörülmüştür.

İç tüzüğe göre mahkeme dört daireye ayrılmış olup, ayrıca her daireye bir başkan ve başkan yardımcılığı kadrosu ihdas edilmiştir. Her daire bünyesinde 12 ay süre ile sabit olan 3 hakimden oluşan komiteler oluşturulur. 11. protokolden sonra komisyonun işlevini komiteler üstlenmiştir.

Mahkeme bünyesinde 17 hakimden oluşan ve 3 yılda bir yenilenen büyük kurul bulunmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sözleşmeye taraf devlet mahkemelerinin üzerinde bulunan bir temyiz mercii olmayıp mahkemeye başvuru için belli koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir.

Mahkemeye yapılan başvuruların kabul edilebilirlik koşulları;

1- Bir davayı mahkeme önüne getirebilmek için, öncelikle iç hukuk yollarının tüketilmiş olması gerekmektedir. İç hukuk yolunun bulunmaması, var olan iç hukuk yolunun etkin olmaması durumlarında, mahkeme iç hukuk yollarının tüketilmesi şartını aramamaktadır.

2- İç hukuk yollarının tüketilmesinden itibaren 6 ay zarfında, Mahkemeye başvurmak gerekmektedir.

3-Başvuruda kimliğin belirtilmesi,

4-Başvuru daha önce Mahkemece incelenmiş bir başvuru ile esas itibarı ile aynı olmamalıdır.

5-Aynı konuda daha önce başka bir uluslararası yere başvurulmamış olması,

6-Başvurunun Sözleşme ile bağdaşır nitelikte olması,

7-Başvurunun açıkça temelden yoksun olmaması,

8-Başvuru hakkının kötüye kullanılmaması.

Başvurunun kabul edilebilirlik açısından incelenmesi,

Mahkemeye başvurunun esas bakımından incelenmesi;

- 1-Olayların saptanması,
- 2-Dostça çözüm,
- 3-Soruşturmanın tamamlanması,
- 4-Karar aşaması
 - a)davanın esası hakkındaki karar,
 - b)hakkaniyete uygun tatmin,
 - c)kararın duyurulması,
 - d)Mahkeme kararlarının kesinleşmesi,
- 5-Davanın (ilk veya ikinci derece olarak)Büyük Daire de görülmesi,
- 6- Mahkeme kararının yorumlanması,
- 7-Kararlar ve son kararlardaki hataların giderilmesi,
- 8-Yargılamanın yenilenmesi; şeklinde mahkemenin karar alma süreci açıklanabilir.

Mahkeme kararlarının niteliğine de kısaca değinecek olursak; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları tespit niteliğinde olup, başvuru üzerine, sözleşme kapsamında korunan bir hakkın ihlal edilip edilmediğini tespitten ibarettir. Mahkeme kararlarının tespit niteliğinde olması da göstermektedir ki, insan hakları mahkemesi, sözleşmeye taraf devletlerin iç hukuklarının üzerinde bulunan bir temyiz mercii değildir. İnsan hakları mahkemesi, yapılan talepler ile bağlı olduğundan, talepleri aşan kararlar vermemektedir.

AİHM kararının kesinleşmesi; Daire kararları tarafların davanın büyük daireye gönderilmesini istemediklerini beyan etmeleri, Daire kararından itibaren 3 ay içerisinde tarafların Büyük daireye götürme talebinde bulunmamaları, Büyük daireye götürme isteminin alt kurulca reddedilmesi halinde kesinleşir. Büyük daire kararları ise verilmekle kesinleşir.

II) AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNİN 10. MADDESİ VE MAHKEMENİN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNE BAKIŞ AÇISI

Sözleşme 59 maddeden oluşmakta olup, birinci bölümde güvence altına alınan haklar sayılmış, ikinci bölümde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kuruluşu, yargıçların ve mahkemenin diğer görevlilerinin göreve gelme ve çalışma sistemleri açıklandıktan sonra mahkemenin işleyişi düzenlenmiş, takip eden maddelerde kararların niteliği belirtildikten sonra “çeşitli hükümler” başlıklı üçüncü bölüm altında Bakanlar Komitesinin yetkileri, çekinceler, fesih ihbar gibi konular işlenmiştir.

Sözleşme sınırlı sayıda insan hakkına yer vermiş, yaşam hakkı, işkence yasağı, özgürlük ve güvenlik hakkı, adil yargılanma hakkı, ifade özgürlüğü gibi temel hakları güvence altına alınmış, sayılan insan haklarının ihlal edilmesi halinde taraf devletlerin sorumluluklarını da göstermiştir. Sözleşme kapsamındaki insan hakları yukarıda saydıklarımızdan da anlaşılacağı üzere “birinci kuşak” veyahut temel insan hakları diyebileceğimiz haklarla sınırlıdır. Sosyal ve ekonomik haklar ile 20. yüzyılın son çeyreğinde üzerinde sıkça tartışılan çevre hakkı, barış hakkı gibi “dayanışma haklarına” yer verilmemiştir.

Sözleşme ile taraf olan devletlerin yargı yetkileri içerisinde yaşayan bireylerin hakları sadece ulusal hukuklar aracılığı ile korunmaktan öte uluslararası teminata bağlanmıştır.

Sözleşmenin benimsediği sistemde insan haklarının iç hukukça korunması asıldır. Uluslararası koruma ikincil niteliktedir. Bu da sözleşmenin ikincil olma özelliğini doğurmaktadır. Sözleşme ikincil olmakla birlikte ulusal hukukları etkilemektedir. Nitekim taraf devletlerin birçoğu çeşitli yollardan sözleşmeyi ulusal mevzuatlarının bir parçası haline dönüştürmüşlerdir.

Anayasamızın 90. maddesinde 5170 sayılı yasa ile değişiklik yapılmıştır. Anılan yasa ile 90. maddenin son fıkrasına bir cümle eklenmiş olup, “temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar ile kanunların aynı kanundaki farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.” hükmü getirilmiştir. 24.05.2004 tarihinde yapılan değişiklikten önce uluslararası sözleşmelerin konumu iç hukukumuz açısından sorun

yaratmakta, doktrinde tartışmalara yol açmakta idi. Ancak yapılan değişiklikle sözleşme ile kanunlar arasındaki hiyerarşi sorunu tam anlamı ile çözülmemiş ise de, ulusal mevzuatın farklılık arz etmesi halinde sözleşme hükümlerinin uygulanacağı esası kabul edilmiştir.

Sözleşme, güvence altına aldığı özgürlüklerin sınırsız kullanılamayacağı ilkesinden hareketle, kapsamında bulunan hak ve özgürlüklerin kullanılmasına ilişkin ölçütler koymuştur. Sözleşme kapsamındaki yaşam hakkı, işkence yasağı gibi mutlak hakların yanında, özel hayatın ve aile hayatının korunması, ifade özgürlüğü gibi kimi haklar nitelikli haklar olarak ele alınmış, söz konusu temel haklara ilişkin maddelerde ikici düzenlemeye gidilmiş, ilk önce hakkın içeriği belirtildikten sonra sınırlama nedenleri ve koşulları düzenlenmiştir.

İnsan haklarının korunmasına ilişkin Avrupa Sözleşmesi her ne kadar içerdiği haklar bakımından dar çerçeveli olarak görünse de mahkemenin içtihatları ile geniş bir uygulama alanı kazanmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kararlarında zamana, döneme uygun değişiklikler yapmış, içtihatlarına zamanla farklı yorumlar getirmiş ve böylece sözleşme “yaşayan bir enstrüman” olma özelliğini elde etmiştir. Sözleşme taraf devletler açısından bağlayıcı nitelikte olup, taraf devletler AİHS’yi ulusal mevzuatları ile bütünleştirmişlerdir. Bu şekilde AİHS taraf devletlerin iç hukuk sistemlerinin bir parçası olma niteliğine bürünmüştür. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında kullanılan terimler mahkemece “otonom” terimler olarak kabul edilmekte olup, üye devletlerin söz konusu kavramlara getirdikleri yorum ve tanımlar mahkemeyi bağlamamaktadır. İnsan hakları sözleşmesinin uygulanması açısından belirli sınırlamalar mevcut olup, bunlar sırası ile; yer, zaman, konu ve kişi açısından sözleşmenin uygulanmasına ilişkin getirilen sınırlamalardır.

Sözleşmenin kişi bakımından uygulama alanını sözleşmenin 1. maddesi belirlemektedir. Bu hükme göre sözleşmeyi onaylayan devletler, yargı yetkileri içindeki herkes için sözleşmede sayılan hak ve özgürlükleri güvence altına alma yükümlülüğü altına girmişlerdir. Söz konusu maddeden anlaşılacağı üzere burada yabancı veya yurttaş şeklinde bir ayrıma gidilmemiştir.⁹³

⁹³ ÖZDEK Yasemin, “Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye: AİHS Sistemi”, AİHM Kararlarında Türkiye TODAİE İnsan Hakları Araştırma Ve Derleme Merkezi Yayın No: 20 1.Baskı Mart 2004 Ankara, s.33

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1. maddesinde üye devletlerin sözleşmenin uygulanmasında yargı yetkileri içinde kalan alanla sorumlu olduklarını belirtmesi karşısında bir diğer sınırlama nedeni olan sözleşmenin yer bakımından uygulanmasına ilişkin kısıtlama ile yüz yüze gelmekteyiz. Sözleşme, ancak, taraf devletlerin yargı yetkisinin kapsadığı alan içerisinde geçerli olacaktır. Bu kavram zamanla ulusal topraklar dışında devlet otoritesinin kullanıldığı durumları da kapsayacak biçimde geniş yorumlanmış, diplomatik temsilciler konsolosluk organları ve silahlı güçler gibi devlet otoritesini kullanan yetkili makamların ulusal sınırlar dışındaki işlem ve eylemlerinden de taraf devletlerin sorumlu olacağı prensibi mahkeme içtihatları ile kabul edilmiştir.

Bu konu özellikle 1974 Kıbrıs Barış Harekatında ile Kıbrıs'ın kuzeyine müdahale edilmesi ile bağlantılı olarak özel bir önem kazanmıştır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Kıbrıs'ın yaptığı devlet başvurusuna ilişkin 4.10.1983 tarihli ayrıntılı kabul edilebilirlik kararında ve divanın esasa ilişkin 10.05.2001 tarihli Türkiye Kıbrıs kararında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1. maddesinde “taraf devletin ülkesi ile sınırlanamayacağını” özellikle vurgulamıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Loizidou kararında da aynı sonuca ulaşmıştır.⁹⁴

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin uygulama alanına ancak sözleşme ve protokollerin öngördüğü hak ve özgürlükler girmektedir. Sözleşme güvenceye aldığı hak ve özgürlükleri sınırlı olarak saydığı için, bu hak ve özgürlüklerin yorum yolu ile yenilerini ekleyerek, sözleşmenin kapsamını genişletmek mümkün değildir.

Sözleşme kapsamında, üye ülkelere sözleşmeyi imzalarken belli koşullar ileri sürme hakkı tanınmıştır. Bu noktada sözleşmenin 57. maddesinde düzenlenen çekinceler gündeme gelmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi koruduğu hak ve özgürlüklerin “çekince” (*reservation*) getirme yolunu da tanıyarak, taraf devletlere sözleşmenin koruma alanını daraltma olanağını vermiştir. Çekince kavramı bir sözleşmenin onaylanması yada imzalanması sırasında o sözleşmenin bazı hükümlerini hukuksal açıdan bağlayıcı sonuç doğurmaması amacı ile sözleşmeci bir devlet tarafından yapılan tek taraflı bir açıklamayı ifade etmekte; imzalanan yada onaylanan sözleşmelerin çekince konulan hükümleri o devlet bakımından yok

⁹⁴ TEZCAN Durmuş, a.g.e., Ankara, s.31

sayılmaktadır.⁹⁵ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin çekinceler başlığını taşıyan 57. maddesinde sözleşmenin imzalanması veya onaylanması sırasında taraf devletlerin sözleşmenin belirli bir hükmü hakkında, o sırada kendi ülkesinde yürürlükte olan bir yasa bu hükme uygun olmadığı ölçüde çekince konulabileceğini düzenlemiş, ancak maddenin devamında genel nitelikte çekince konulamayacağı ve konulacak çekincelerin sözü edilen yasanın kısa bir açıklamasını içereceği belirtilmiştir.

Zaman bakımından uygulanma noktasında da sözleşme, sınırlamaya tabi tutulmuştur. Sözleşmenin zaman bakımından uygulanmasında kural, onaylanma ile birlikte uygulamaya girmesi şeklindedir. Taraf devletler sözleşmenin onay tarihinden önceki olaylara ilişkin sorumlu tutulamamaktadırlar. Bu konuda sözleşmenin 58. maddesinde düzenlenen fesih ihbar da zaman bakımından uygulama konusunda getirilmiş sınırlamalardandır. Sözleşmeye taraf olan bir devletin taraf olduktan 5 yıl sonra ve sözleşmeden çıktığına ilişkin bildirimini Avrupa Konseyi Genel Sekreterine ilettikten 6 ay sonra sözleşmeden çıkabileceği, bu madde kapsamında dile getirilmiştir. Yunanistan 12 Aralık 1969 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini feshederek Avrupa Konseyinden çekilmiş ve bu hakkını kullanmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin önsözünde; sözü edilen gerçek siyasi demokrasi insan haklarına saygı koşullarında, ifade özgürlüğü sadece kendi içinde önem taşımakla kalmaz, ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinden kaynaklanan başka hakların da korunması açısından merkezi bir rol oynar. Mahkemelerin koruması altında olan geniş kapsamlı bir ifade özgürlüğü hakkı garanti altına alınmaksızın, ne özgür bir ülkeden, ne de demokrasiden söz edilebilir. Bu yadsınamayacak bir genel yaklaşımdır.⁹⁶

İfade özgürlüğü, Batı demokrasisinin dayandığı önemli temel taşların birini oluşturmanın yanında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde koruma altına alınan pek çok hak ve özgürlüğün kullanılması için, bir ön koşul kimliği de taşır.⁹⁷ Özellikle, 8,9 ve 11 maddelerde koruma altına alınan haklar bakımından ifade özgürlüğü olmazsa olmaz bir nitelik taşımaktadır. Sözleşme sisteminde ifade özgürlüğü, genel olarak demokratik toplumun zorunlu dayanaklarından biri ve kişilerin kendilerini

⁹⁵ ÖZDEK Yasemin, s.38

⁹⁶ MACOVEI Monica, a.g.e., s.4

⁹⁷ GOİMAN Dona, HARİS David, a.g.e., s.57.

geliştirmelerinin önde gelen bir şartı olarak değerlendirilmektedir. Böyle bir değerlendirme ile ifade özgürlüğünün muhtevasının belirlenmesinde, devlet düzeni ya da hükümet düzeninin gereklerinin değil, demokratik toplum düzeninin esas alınacağı yolunda bir dayanak sağlanmış olmaktadır. Bunun önemi, özellikle bütün fikirlerin eşit derecede görülmesi ve hiç kimsenin siyasal süreçten dışlanmaması hususlarında kendini göstermektedir. Nitekim yapılan denetimlerde de esas olarak, belirtilen amaçların gerçekleştirilmesi doğrultusunda devletin konumu ve ifade özgürlüğünün anlamı açıklanmakta ve Avrupa ortak kamu düzeninin bu konudaki genel ilkeleri ortaya konulmaktadır.⁹⁸

1) SÖZLEŞMENİN 10. MADDESİ

A) İFADE ÖZGüRLüğüNüN 10. MADDE KAPSAMINDA ELE ALINIŞI

Sözleşmenin 10. maddesinde, ifade özgürlüğü Şu Şekilde düzenlenmiştir;

Madde 10: “Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir.Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir almak ve vermek özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir.

Kullanılması, görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda, gerekli tedbirler niteliğinde olup, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün ve kamu emniyetinin korunması, nizamın sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın ve ahlakın, başkalarının Şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin açığa vurulmasının veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasa ile öngörülen bazı merasimi koşullara, sınırlamalara veya yaptırımlara bağlanabilir.”

⁹⁸ KAYAAğLAYAN, Metin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10.Maddesi Çerçevesinde “İfade Hürriyeti” Ve 1982 Anayasası, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2001, s.48

10. madde ile ilgili olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin birçok içtihadı bulunmakta olup, Mahkeme içtihatlarında ifade özgürlüğünü “demokratik toplumların ilerlemesi ve her bireyin gelişimi için gerekli temel koşullardan biri” olarak tanımlamıştır. Sözleşmeye taraf devletler 10. maddenin 2. fıkrasında belirtilen koşullara uymak şartı ile ifade özgürlüğünü meşru bir biçimde müdahale edebilirler. Bu anlamda, ifade özgürlüğüne yapılacak müdahalenin meşru olabilmesi için 10. maddenin 2. fıkrasında belirtilen şartlara uygun olması ve zikredilen nedenlere uygun olması gerekmektedir.

Mahkeme, Gerger v. Türkiye kararında; “ifade özgürlüğü demokratik toplumun temel kurumlarından birisidir ve demokratik toplumun gelişmesi ve her bireyin kendisini geliştirmesi için temel koşullardan birini oluşturur. 10. maddenin 2. fıkrasında ifade özgürlüğünün sadece lehte olduğu kabul edilen yada zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen bilgi ve düşünceler için değil, aleyhte olan şoke eden rahatsız eden bilgi ve düşünceler içinde uygulanacağı” görüşünü ifade etmiştir.⁹⁹

Mahkeme'nin 10. maddeye göre verdiği pek çok karar, Handyside davasında tespit edilen ilkeler üzerine inşa edilmiştir. Handyside v. İngiltere kararında; “ insan hakları mahkemesi ifade özgürlüğünün demokratik toplumlar için kaçınılmaz ve vazgeçilmez özellikleri olan çoğulculuğun hoş görünüm ve açık fikirliliğin gereği olduğunu, sadece olumlu karşılanan ya da kimseye saldırgan gelmeyen, insanların kayıtsız kalabildiği bilgi ve fikirlerin değil, saldırgan gelen, sarsıcı nitelik taşıyan yahut rahatsız eden fikirlerin de korunacağını” belirtmiştir.¹⁰⁰

10. maddenin tipik bir özelliği başkalarının çıkarlarına zarar verme tehlikesini taşıyan yada fiilen zarar veren ifadeyi koruma altına almasıdır. Genellikle, çoğunluk veya büyük gruplar tarafından paylaşılan fikirler, devletlerin müdahalesi riskiyle karşı karşıya değildir. İşte bundan dolayıdır ki, 10. maddenin sağladığı koruma, küçük gruplar veya tek bir kişi tarafından dile getirilen bilgi ve kanaatleri de, bunların çoğunluğa sarsıcı gelecek türden bile olsa kapsar. Bireylerin bakış açılarına hoş görü, demokratik siyasi sistemin önemli bir bileşenidir.¹⁰¹

⁹⁹ TEZCAN Durmuş ERDEM, Mustafa Ruhan SANCAKDAR, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Uygulaması, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını, 1.Baskı, 2004, Ankara, s. 274 - 275

¹⁰⁰ GÖLCÜKLÜ Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Divanında Söz Ve İfade Özgürlüğü, İnsan Hakları Yılığında TODAİE İnsan Hakları Araştırma Ve Derleme Merkezi , Yıl:2, 1980, Ankara, s.46

¹⁰¹ MACOVEI Monica, a.g.e., s.6

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ifade özgürlüğü konusunda, içtihat niteliği kazanan birçok karar vermiştir. Kararlardan ifade özgürlüğünün unsurları olan, kanaat sahibi olma özgürlüğü, bilgi ve fikir alma özgürlüğü ve bilgi ve fikir açıklama özgürlüğünün teminat altına alındığı anlaşılmaktadır. Bakanlar Komitesi, Pratikte ve teoride Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ilişkin 1990 tarihli Van Dijk ve Van Hoof, Kluwer raporunda, kanaat sahibi olma özgürlüğüne getirilecek herhangi bir kısıtlamanın demokratik bir toplumun doğası ile tutarsız olacağını ifade ederken, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, Vogt v. Almanya kararında; belirttiği üzere bireyler kanaat sahibi olma özgürlüğü çerçevesinde aynı zamanda, daha önce kamuya yapmış oldukları açıklamalara dayanılarak belirli fikirlerin kendilerine atfedildiği durumlarda muhtemel olumsuz sonuçlara karşı da koruma altındadır. AİHM, Kanaat sahibi olma özgürlüğünün, kanaatlerini açıklamaya zorlanmama özgürlüğünü de içerdiğini tespit etmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kimi kararlarında bilgi ve fikir edinme, bilgi ve fikirleri açıklama özgürlüklerine verdiği önemi basın özgürlüğü çerçevesinde açıklamıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ifade özgürlüğünün korunmasına ilişkin kararlarında, ifadenin türü konusunda herhangi bir ayırım öngörmemiş, gerek sanatsal gerek politik, gerekse ticari ifadeyi sözleşmenin 10. maddesi çerçevesinde mütalaa etmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Jersild v. Danimarka kararında; "...ne Mahkeme, ne de ulusal mahkemeler hangi haber tekniğinin gazeteciler tarafından kabul edilmesi konusunda, kendi görüşlerini, basının görüşlerine ikame edemezler. Bu bağlamda 10. madde bilgi ve düşüncelerin sadece içeriğini değil ve fakat onların aktarıma biçimlerini de koruma altına alır." diyerek ifade özgürlüğünün açıklanma yöntemi bakımından bir ilke kararı oluşturmuştur.¹⁰²

Politik söylemlerin ifade özgürlüğü açısından önemini belirtildiği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarından biri olan, Casstells v. İspanya kararında mahkeme, bu söylemlere vermiş olduğu önemi göstermektedir. İspanyol senatörü olan Bay Casstells, Bask bölgesindeki faili meçhul cinayetlerle ilgili makalesinde bu cinayetlerin arkasında hükümetin olduğunu, ileri sürmüş, makalede kullandığı

¹⁰² KAYAÇAĞLAYAN Metin, a.g.e., s.58

ifadeler nedeni ile hükümetin manevi şahsiyetine hakaret ettiği gerekçesi ile mahkum edilmiştir. Mahkeme Bay Casstells'in görüşlerini senato kürsüsünden değil, kendi seçtiği bir dergiden yaptığını, istemesi halinde kürsüde yapacağı konuşma ile hükümeti, hiçbir yaptırıma uğramaksızın eleştirmesi mümkün iken, bu yolu tercih etmemesi nedeni ile, hükümeti eleştirme hakkını kaybettiğinin kabulünün mümkün olmadığını belirttikten sonra, hükümete yöneltilen eleştirilerin, kabul edilebilirlik sınırının, özel kişilere, hatta bir politikacıya yapılan eleştiriye nispeten daha geniş olduğunu işaret ederek, başvuruyu yerinde görmüştür.

İfade özgürlüğünün kapsamı başlığı altında belirttiğimiz üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ifade türleri açısından siyasi ifade olarak nitelendirilebilecek söylemleri sözleşmenin bu özgürlüğe tanıdığı koruma bakımından daha imtiyazlı bir konumda bulundurmaktadır. Lingens v. Avusturya kararında; “hoş görülebilir bir eleştirinin sınırları bir politikacı için, sade bir vatandaşa oranla daha geniştir. Sade vatandaştan farklı olarak politikacı kendisini, isteyerek ve kaçınılmaz olarak her söz ve eylemin hem gazeteciler, hem de geniş halk kesimleri tarafından yakından takip edildiği bir konuma yerleştirir” demektedir. Mahkeme bu kararında basın demokratik toplumdaki önemini ifade etmenin yanı sıra ifade özgürlüğünün kapsamını belirlerken, yatay ilişkilerle dikey ilişkiler arasında bir ayırım olduğuna işaret edip, yönetenlerin sıradan yurttaşlara nispetle daha sert bir biçimde eleştirilebileceklerini hükmederken ifade özgürlüğünü bir anlamda muhalefet özgürlüğü olduğuna ilişkin yaklaşımı işlerlik kazanmıştır. Mahkeme, basın özgürlüğünü ifade özgürlüğü içerisinde geniş kapsamlı olarak değerlendirmiş ve kamunun bekçisi olan basının söz konusu olduğu hallerde ifade özgürlüğü konusundaki genel kabulleri daha geniş değerlendirilmesi, sınırlamaların ise dar yorumlanması gerektiğini Lingens v. Avusturya kararında vurgulamıştır. Bu davadaki gazeteci, birkaç yazısında o zamanki Avusturya Federal Şansölyesini, geçmişinde Nazi faaliyetlerinde bulunan birinin yönettiği bir parti ile koalisyon kuracağını açıklama türünden spesifik bir politik adımı dolayısı ile eleştirmiş, gazeteci Lingens Şansölyenin davranışını “ahlaksızca” , “yüz kızartıcı” ve “en adi türden oportünizmin” kanıtı olarak nitelemiş, Şansölyenin açtığı hukuk davasında Avusturya Mahkemeleri bu ifadelerin hakaret kabilinden olduğu kanaatine vararak, gazetecinin para cezasına çarptırmıştır. Mahkumiyetin gerekçesinde Mahkeme aynı zamanda gazetecinin iddialarının doğruluğunu kanıtlanamamasını da ileri sürmüştür.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ulusal mahkemenin yaklaşımını yanlış bularak, kanaatlerin (değer yargılarının) kanıtlanmalarının ilke olarak mümkün olmadığını, prensibini dile getirmenin yanı sıra basın söz konusu olduğu durumlarda, bu kriterlerin özel bir önem taşıdığını, her ne kadar basın kişinin şöhretinin korunması bakımından konulmuş sınırları aşmamakla yükümlü olsa da, kamu çıkarı ile ilgili olan başka alanlarda olduğu gibi, siyasi konularda da bilgi ve fikirleri açıklamak basının görevi olduğunu belirtmiştir. Sadece basının bu tür bilgi ve düşünceleri açıklama görevi yoktur. Halkın da bunlara ulaşma hakkı vardır. Bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, taraf devlet mahkemesi kararında zikredilen; “basının görevi bilgi vermektir, bunun yorumu ise esas olarak okuyucuya bırakılmalıdır.” Kanaatini kabul etmeyerek, ifade özgürlüğünü ve bunun için basın özgürlüğünün önemini söz konusu kararında yinelemiştir.¹⁰³

Mahkeme aynı şekilde, kamu görevlilerinin eleştirilebilmeleri konusunda da ifade özgürlüğünü geniş yorumlamaktadır. Ağır veya abartılı bir dille ifade edilmiş kanaatler de koruma altına alınmıştır. Korumanın derecesi duruma ve eleştirinin amacına bağlıdır. Kamusal tartışmaya veya kamu çıkarına ilişkin konularda, siyasi tartışmalar esnasında, seçim kampanyalarında veya eleştirinin hükümete, politikacılara yada kamu otoritelerine yöneldiği durumlarda ağır sözlerin ve sert eleştirilerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından daha fazla hoş görü ile ele alınması beklenebilir ve böyle olmaktadır. Nitekim Thorgeirson v. İzlanda davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yazıların çok ağır ifadeler içerdiğini kabul etmekle, gözetilen amacın yani polis gücünün reformdan geçirilmesinin göz önüne alınması halinde, kullanılan dilin aşırı görülemeyeceğine karar vermiştir.

Bu davada Thorgeirson İzlanda da polis gaddarlığının yaygın olduğu yolunda iddialarda bulunmuş, polisleri “üniformalı canavarlar” olarak nitelmiş, “polislerin ve bar fedailerinin zalim bir doğallıkla öğrendiği ve kullandığı kurt kapını uygulaması sonucunda zihinsel yaşı yeni doğmuş bir bebeğinkine kadar geri giden kişiler” den söz etmiş ve polisin davranışı için “kabadayılık etmek, sahtekarlık, kanun dışı tutumlar, boş inançlar, cüretkarlık ve beceriksizlik” gibi kelimeler kullanmıştı. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kamu yararını ilgilendiren konularda bilgi ve fikirleri açıklamak, basının görevidir diyerek Thorgeirson’un ulusal

¹⁰³ BIÇAK Vahit, AİHM Kararları Işığında İfade Özgürlüğü, Liberal Düşünce Dergisi, Yıl:6, Sayı:24, Güz 2001, s. 60

mahkemece mahkum edilmesini, kamuyu ilgilendiren konularda açık tartışmanın önünde bir engel olarak görmüştür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu kararında bir başka noktaya daha temas etmiş ve gazetecilerin yayınladıkları haberlerin doğruluğu konusunda değer yargıları bakımından hiçbir biçimde kanıtlama koşuluna tabi tutulmaması gerektiğini açıklamıştır. Bu bağlamda gazetecilerin kaynaklarının korunması da 10. madde çerçevesinde koruma altındadır.¹⁰⁴

Aynı şekilde Goodwin v. Birleşik Krallık davasında İnsan Hakları Mahkemesi; “gazetecilerin kaynaklarına ilişkin koruma olmadığı takdirde kaynaklar kamuyu ilgilendiren konularda halka bilgi sağlama konusunda basına yardım etmekten cayabilirler. Bunun sonucunda, basının kamunun gözü kulağı olma konusundaki yaşamsal rolü darbe yiyebilir. Basının doğru ve güvenilir bilgi verme kapasitesi olumsuz yönde etkilenebilir.” demektedir.

İfade özgürlüğünü düzenleyen sözleşmenin 10. maddesinde düzenlenen bir diğer özgürlük, radyo ve televizyon yayıncılığı özgürlüğüdür. Sözleşmenin 10. maddesi 1. fıkrası son cümlesine göre bilgi ve fikirleri açıklama ve alma hakkı “devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerinin bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir. Bu hükmün Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi üzerinde yapılan hazırlık çalışmasının ileri bir aşamasında metne dahil edilmesi, frekans sayısının sınırlılığı ve o dönemde çoğu Avrupa devletinin yayıncılık ve televizyon üzerinde bir tekel hakkına sahip olduğu gerçeği türünden teknik nedenlerden kaynaklanıyordur. Ne var ki, yayıncılık tekniğindeki gelişmeler bu nedenlerin ortadan kalkmasına yol açmıştır.¹⁰⁵ Nitekim, Lentia ve diğerleri v. Avusturya davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi “son on yıllar boyunca ortaya çıkan teknik gelişmeler, dolayısı ile bu kısıtlamalar frekans ve kanal sayısını referans ile gerekçelendirilemez diyerek, uydu iletimi ve kablolu televizyon yayınının frekansların sayısının sınırsız hale gelmesini sağladığını, ancak bunun, devletlerin medya şirketlerini ruhsata tabi tutmasına engel olmadığını ifade etmiştir.¹⁰⁶

Gropper v. Avusturya davasında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 10/1 maddesinin üçüncü cümlesinin amacı, devletlerin kendi topraklarında yayıncılığın düzenlenişini bir ruhsat sistemi ile, özellikle teknik yönleri açısından,

¹⁰⁴ MACOVEI Monica, a.g.e., s.13

¹⁰⁵ MACOVEI Monica, a.g.e., s.14

¹⁰⁶ TEZCAN Durmuş, a.g.e., s. 53

kontrol altında tutmalarına olanak tanıdığına açıkça ortaya koymaktadır demektir. Ancak Mahkeme, bu cümle, ruhsat sistemine ilişkin önlemlerin bunun dışında madde 10/2 'nin koşullarına tabi olmaması anlamına gelmez. Çünkü, böyle bir yaklaşım bir bütün olarak alındığında 10. maddenin amaç ve hedefine aykırı bir sonucun ortaya çıkmasına yol açardı. Şeklinde bir yorum getirmiştir.¹⁰⁷

B) SÖZLEŞMENİN 10. MADDESİ VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLAMA NEDENLERİ

Sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrasında ifade özgürlüğünün hangi hallerde ve hangi usulle kısıtlanacağı düzenlenmiştir. 10. madde kapsamında, ifade özgürlüğüne getirilecek sınırlamanın meşru olabilmesi için, 2. fıkrada belirtilen sınırlama sebeplerinden birine dayanmanın yanı sıra, sınırlamanın kanunla olması ve söz konusu sınırlamanın demokratik toplum için gerekli olması zorunludur. 10. madde kapsamında ifade özgürlüğünün sınırlanabilmesi için aranılan nedenler sırasıyla, ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli tutulması kaydıyla alınmış bilginin açıklanmasının engellenmesi veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması olarak düzenlenmiştir.

Daha önce de belirttiğimiz üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sözleşme kapsamında kelimeleri otonom olarak kullandığını ve ülkelerin, kendi iç hukuklarında kullandıkları içerik ile bağlı olmadığını kararlarında dile getirmektedir.

Bu nedenle sözleşmenin 10/2. maddesinde ifade edilen sınırlama nedenlerini Mahkeme içtihatları dairesinde açıklamakta fayda bulunmaktadır.

İlk olarak belirttiğimiz koşulun varlığı için ifade özgürlüğüne yapılacak müdahalenin ülkenin yasalarında bir temelini olması gerekir. Kural olarak, bunun anlamı parlamento tarafından kabul edilmiş yazılı ve aleni bir yasa olmasıdır. Böyle bir kısıtlamanın mümkün olmasının gerekip gerekmediğine, ülkenin

¹⁰⁷ BIÇAK Vahit, AİHM Kararları Işığında İfade Özgürlüğü, Liberal Düşünce Dergisi, Yıl:6, Sayı:24, Güz 2001, s.63

parlamentosunun karar vermesi gerekir. AIHM çok az sayıda davada, örf ve adet hukuku kurallarının veya uluslararası hukuk ilkelerinin ifade özgürlüğüne müdahale için hukuki bir temel oluşturabileceğini kabul etmiştir. Sunday Times kararını buna örnek gösterebiliriz ancak bu karar daha çok İngiltere'nin hukuki yapısının farklılığından, gelenek hukukunun bu ülkede haiz olduğu önemden kaynaklanmaktadır. Müdahaleye dayanak teşkil eden yasanın, ayrıca yeterli ölçüde ulaşılabilir olması gereklidir. Vatandaş belirli bir durumda uygulanacak hukuki kurallar konusunda, verili koşullar altında yeterli derecede bir fikre sahip olmalıdır. Söz konusu kural, vatandaşa davranışını düzenlemesine olanak sağlayacak ölçüde kesin olmadıkça yasa olarak görülemez, birey, verili koşullar çerçevesinde belirli bir eylemin doğuracağı sonuçları makul bir düzeyde öngörebilmelidir.¹⁰⁸

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ifade özgürlüğünün ihlali açısından yapılan bir başvuruyu, öncelikle 10. madde kapsamına girip girmediği noktasında değerlendirmektedir. Eğer bu soruya olumlu cevap alınabiliyorsa daha sonra müdahalenin meşruluğu gündeme gelmektedir.¹⁰⁹ İfade özgürlüğü meşru bir nedene dayanılarak sınırlandırılmış ise, müdahalenin kanun tarafından öngörülme, demokratik toplumda gereklilik ve orantılılık şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği dikkate alınmaktadır.

Sözleşmenin 10. maddesinde ifade özgürlüğüne ilişkin sınırlama nedenleri belirtilmiş ise de, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde koruma altına alınan temel haklar farklı nitelikler arz etmektedir. Bu farklı nitelikleri, mutlak haklar, sınırlı haklar ve nitelikli haklar olarak sınıflandırabiliriz. Mutlak haklar, hiçbir durumda sınırlanamayan haklar grubunu oluşturmaktadır. Bu haklara örnek olarak, işkenceye, insanlık dışı ve onur kırıcı muameleye maruz kalmama hakkı gösterilebilir.

Sözleşme kapsamındaki ikinci grup haklar nispi haklar olup, bu haklar da esas itibarıyla, mutlak olarak düzenlenmişlerdir, ancak madde metninde ayrıca meşru görülen sınırlama sebepleri yer almaktadır. Nitelikli haklara örnek olarak ise 8. maddede yer alan özel hayatın ve aile hayatının korunması hakkını belirtebiliriz.

¹⁰⁸ GÖLCÜKLÜ Feyyaz, Avrupa İnsan..., s.67

¹⁰⁹ DOST Süleyman, Avrupa İnsan Hakları Denetim Organlarının İçtihatlarına Göre İfade Özgürlüğü Ve Türkiye, Yüksek Lisans Tezi, Isparta 2001, s. 16

Sözleşme metninde, temel hakların düzenlendiği maddeler dışında da sınırlama nedenleri bulunmaktadır. Hakların kullanımına ilişkin bu genel sınırlama nedenleri, sözleşmenin 15, 17 ve 18. maddelerinde yer bulan, hakların askıya alınması, hakların kötüye kullanılması yasağı ve hakları sınırlamanın sınırı olarak isimlendirilebilir.

15. madde taraf devletlere, ifade özgürlüğüne istisna getirme veya askıya alma hakkını tanımaktadır. Amaç, kişi menfaati ile genel yararın tartılması, devlete, üstün ve önemli kamusal görevini yerine getirirken muhtaç olduğu makul yetki, güç ve hareket olanağının sağlanmasıdır. Devletin ifade özgürlüğünü, 15. madde çerçevesinde askıya alabilmesi için esasa ve şekle ilişkin bir takım koşulları yerine getirmesi gerekmektedir. Bunun için, her şeyden önce, olağanüstü bir durumun varlığı şarttır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, ilgili devletin sahip olduğu yetki sınırsız değildir. Olağanüstü dönemin gerektirdiği, “gerçek ihtiyaç” ölçüsünün aşılıp aşılmadığını denetleyen, Mahkeme, “ulusun varlığını tehdit eden genel tehlike” kavramını, halkın tamamını etkileyen ve devleti oluşturan topluluğun düzenli yaşamı için bir tehdit teşkil eden istisnai ve pek yakın bir kriz veya tehlike anlamına gelmesi gerektiğini, tehdit ve tehlikenin ağır, yakın, ciddi niteliğinin, normal dönemlerde, normal yolla getirilen sınırlama ve düzenlemeleri etkisiz kıldığı için 15. madde hükmünün getirildiğini belirtmiştir.¹¹⁰ Ayrıca 15. maddenin zımni bir gereği de, ifade özgürlüğünü sınırlamak için alınan önlemlerin, devamlı bir denetime tabi tutulması ve gerektiğinde, bunlarda uygun değişikliklerin yapılmasıdır.¹¹¹

Bunların dışında, 15. madde uyarınca alınan önlemlerin, uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemesi gerekmektedir. Bu anlamda savaş döneminde bile olsa ifade özgürlüğüne getirilen sınırlama dar kapsamlı olmalıdır. Bu konuda devletlerin elinde açık bir çek olmadığı gibi, Laski'nin belirttiği üzere; Hiçbir yurttaş, savaş zamanında düşüncelerini bir kenara atıp hükümete açık çek vermekten kıvanç duymaz. Hiçbir hükümetin de, her zamankinden daha gerekli bir zamanda düşüncelerini açıklayan yurttaş cezalandırma hakkı olamaz. Bir insan savaşın adam öldürmekten başka bir şey olmadığını

¹¹⁰ KAYAÇAĞLAYAN Metin, a.g.e., s. 75,

¹¹¹ KAYAÇAĞLAYAN Metin, a.g.e., s. 75

düşünüyorsa bunu açıklamalıdır. Düşüncesi hükümetininkine uymasa bile görevidir bu.¹¹²

17. maddede ise, sözleşmede koruma altına alınan hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasaklanmış ve taraf devletlerin sözleşmede koruma altına alınan, hakları sınırlarken, sözleşmenin izin verdiği sınırları aşmaması hükme bağlanmıştır. Kötüye kullanma hükmü ile, demokratik toplumun özgürce işlemesi amacı güdülmekte, sözleşmede düzenlenen temel haklar kullanılarak demokrasinin, tehlikeye atılmasının önüne geçmek istenilmektedir. Bu bağlamda, kişiler, hak ve özgürlüklerin, demokratik toplumun özgürce işlemesi yoluyla korunmasına engel olacak biçimde ifade özgürlüğünden yararlanmaya kalkıştıklarında, sözleşmenin 17. maddesi hükmü ile karşılaşacaklardır.

Sözleşmedeki, hakların kötüye kullanıldığı iddiası ile taraf devletlerin, getirecekleri kısıtlamalar ise 18. maddede düzenlenen “ bu Sözleşmenin hükümleri gereğince, sözü edilen hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamalar ancak öngörülen amaçlar için uygulanabilir” hükmü ile bir tahdide tabi tutulmuştur. Böylece, taraf devletlere tanınan sınırlamanın sınırı çizilerek, bu yetkinin sınırlılığına işaret olunmaktadır.

Yukarıda belirttiğimiz genel sınırlama sebepleri dışında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesi, 2. fıkrasında, ifade özgürlüğüne özgü, sınırlama sebepleri bulunmaktadır. Bu sınırlama sebepleri sınırlı sayıda olup, devletlerin hangi hallerde ifade özgürlüğüne yaptıkları sınırlamanın meşru olabileceğini göstermektedir. Bu sebeplerden birine dayanılması sınırlamanın meşru olabilmesi için ön koşuldur. Ancak belirtilen sınırlama nedenlerinin varolduğu her durumda ifade özgürlüğüne müdahalede bulunulacağı sonucuna ulaşılmamalıdır. Başka bir deyişle ifade özgürlüğü hakkının kullanımı üzerinde bir kısıtlama yada cezai tedbir belirleme ve uygulama konusunda kamu otoritelerinin bir yükümlülüğü yoktur. Sadece böyle bir olanağı vardır.

Daha önce de belirttiğimiz üzere, ifade özgürlüğünü kısıtlamak amacıyla kullanılması mümkün gerekçeler sayılanlarla sınırlıdır. Kamu makamlarının kısıtlamaları 2. fıkrada sayılan gerekçelerin dışında herhangi bir başka gerekçeye

¹¹² LASKI Harold J., Düşünce Özgürlüğü, Çev.:SAYMAN Yücel , Dönem Yayınevi, 1966, s. 41

dayandırmaları meşru değildir. Dolayısıyla ulusal mahkemeler ifade özgürlüğüne şu yada bu biçimde müdahale niteliği taşıyan bir yasal hükmü uygulamaları söz konusu olduğunda, ilgili hükmün korumakta olduğu değer yada yararı saptamak ve bu değer yada yararın 2. fıkrada belirtilen sınırlama sebeplerinden biri olup olmadığını denetlemekle mükelleftir. Ancak bu denetim neticesinde olumlu yanıt alındığı takdirde mahkemeler o hükmü ilgili kişiye uygulayabilirler. Buna amaçla bağlılık kriteri diyebiliriz. Diğer temel hak ve özgürlüklere yapılan sınırlamalar gibi ifade özgürlüğü açısından da, sınırlamanın, kanunla düzenlenmesi ve orantılı olmasının yanı sıra öngörülen amaçla sınırlı olması gerekmektedir.

Demokrasinin korunması düşüncesi esas itibarı ile sözleşmenin hazırlanması sürecinde önem kazanan temel amaçlardan biridir. Nitekim, sözleşmenin başlangıcında temel hak ve özgürlüklerin ancak gerçek bir demokratik toplumda var olabilecekleri ve korunabilecekleri belirtilmektedir. Bu anlayış çerçevesinde demokratik toplum kavramı, sözleşmenin dayanağını oluşturan ve özgürlüklerin gereksiz ve ölçsüz olarak sınırlandırılmamasını temin eden bir kavram olarak ortaya çıkmaktadır.

Sözleşmede sınırlama nedenlerinin geçerlik koşulu olarak nitelenebilecek bir kavram olan; demokratik bir toplumda gereklilik kavramı: Mahkemece “gerekli” sıfatı “zorunlu” ile aynı anlamda değildir, hem de “kabul edilebilir” , “olağan”, “faydalı”, “mantıklı” ve “arzu edilir” gibi kavramların esnekliğine de sahiptir...“acil sosyal ihtiyaçların” mevcudiyetine delalet eder şeklinde yorumlanmıştır.¹¹³ Şüphesiz ki demokratik toplumun gereklerinin denmesi, sözleşme organlarına oldukça esnek olarak sosyal ihtiyaçlar ve bireylerin özgürlüğü arasında dengeyi kurmaya izin verdiğini göstermektedir.¹¹⁴

Belirtilen niteliklerinden dolayı demokratik toplum kavramının sözleşmenin uygulanması çerçevesinde iki ayrı fonksiyonu bulunmaktadır. Bunlardan biri sözleşmede yer alan hak ve özgürlüklerin yorumunda yönlendiricilik, diğeri ise temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına nihai kıstas olma fonksiyonudur.

10. maddenin 2. fıkrasında yer alan “ demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler niteliğinde olarak “ ibaresi, sözleşmenin yorumunda mahkemenin

¹¹³ GÖLCÜKLÜ Feyyaz, Avrupa İnsan ..., s. 67, 74

¹¹⁴ BEYDOĞAN T. Ayhan, a.g.e., s.100

geliştirmiş olduğu içtihatlara kaynaklık etmektedir. Yaşayan bir enstrüman niteliğinde olan, zamana ve şartlara göre değişen mahkeme içtihatları ile demokratik toplum kavramının sınırları çizilmiş ve içeriği belirlenmiştir.

Handyside kararında belirtildiği üzere, demokratik toplumun en başta gelen gerekleri; çoğulculuk, hoş görü ve geniş fikirlilik olarak tespit edilmiştir. Çoğulculuk genel olarak kişisel düzeyde farklı olma hakkı, kurumsal düzeyde ise siyasal ve toplumsal çoğulculuğun korunması anlamına gelmektedir.¹¹⁵ Hoş görü kavramına Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi daha çok din ve inanç özgürlüğünün düzenlendiği 9. madde çerçevesinde başvurmakta, ifade özgürlüğü açısından ise genel ahlak prensibinin sınırlama sebebi olarak kullanıldığı durumlarda değişmektedir.

İfade özgürlüğüne getirilecek sınırlamanın, bunun dışında, demokratik bir toplum için gerekli olması, bir başka deyişle, sınırlama, demokratik toplumun bir neticesi olmalıdır. Bir müdahalenin, demokratik bir toplumda gerekli olduğunun kanıtlanması için, ulusal mahkemeler de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, ifade özgürlüğünün kullanılması üzerinde o spesifik kısıtlamayı gerektirecek "acil bir sosyal ihtiyacın" varlığı konusunda ikna olmalıdır.

Demokratik toplumda gerekli olma alt kavramının bir sonucu olarak ölçülülük ilkesi ile karşılaşmaktayız. Bu bağlantının nedeni demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama ilkesinin, sınırlamanın sınırına ilişkin en uç noktayı göstermesidir. Ayrıca özgürlüğün esas, sınırlamanın istisna olması, özgürlüğün maksimum düzeyde değil, sınırlama sebebindeki amaca ulaşılabilecek ölçüde sınırlanması anlamına gelmektedir. Dolayısı ile sınırlamanın en son nereye kadar varabileceğinden önce, sınırlama amacına ne ölçüde sınırlama ile ulaşılabileceğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Nitekim, sözleşme tarafından üye devletlere tanınan değerlendirme serbestliğinin demokratik topluma uygunluğu denetlenirken öncelikle, sınırlama amacı ile bu doğrultuda kullanılan araçlar arasında uygun bir dengenin varlığı araştırılmaktadır.¹¹⁶

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ölçülülük denetiminde, araç ile amaç dengesinin varlığı araştırılırken, devlet tarafından başka tedbirlerin alınıp alınmayacağı, tedbirler kaldırıldığı takdirde varılacak sonuç, söz konusu

¹¹⁵ SUNAY Reyhan, İfade Hürriyetinin, s.,86

¹¹⁶ SUNAY Reyhan, İfade hürriyetinin, s., 80

sınırlamaların yürürlüğü konulması durumunda temel hakların ihlal edilmesi ihtimalleri, tedbiri alan ulusal makamların izledikleri usul ve yöntem, tedbirin niteliği, genel karakteri, yaygınlığı, uygulama alanı ve ortaya çıkabilecek zarar verici sonuçlar tüm olarak ele alınıp incelenmektedir.¹¹⁷

İfade özgürlüğüne getirilecek sınırlamalar, ifadenin şekli ve yapısı ile ilintili olarak çeşitlilik göstermektedir. Örneğin, cezai mahkumiyet (para veya hapis cezası), mahkemece tazminat ödenmesine karar verilmesi, yayın yasağı, yayınların toplatılması yahut kanaatlerin ifadesi veya bilginin aktarılması için kullanılan araca el konulması, yayıncılık ruhsatı vermeyi reddetme, gazetecilerin meslekten men edilmesi, mahkemelerin veya başka mercilerin gazeteciye kaynaklarını açıklama emri vermesi gibi birçok sınırlama, müdahale söz konusu olabilecektir.

Müdahalenin farklı biçimleri arasında yayın öncesi sansür Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi açısından en tehlikeli olanıdır. Çünkü bilginin ve fikirlerin bunlara erişmek isteyenlere iletilmesi durdurur. Bundan dolayı, gazetecilere çalışma ruhsatı verilmesi, bir yazının yayınlanmadan önce bir yetkili tarafından incelenmesi veya yayın öncesi yasaklama türünden yayın öncesinde alınan tedbirler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından çok sıkı bir denetime tabi tutulur. Bu tür sınırlamalar geçici olsa dahi, bilginin değerini sürekli olarak azaltabilir. Bazı yazıların bir gazetede yayınlanmasının yasaklandığı bir durumda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi şöyle demiştir:

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesi, bizatihi yayınlar üzerinde önceden kısıtlama uygulanmasına açık ifadelerle bir yasak getirmemiştir. Öte yandan, önceden kısıtlama, doğası gereği, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin son derecede büyük bir dikkatle incelenmesi gereken bir uygulamadır. Bu, özellikle basın söz konusu olduğunda geçerlidir, çünkü haber bozulabilir mal kategorisine girer ve yayınlanmasının, kısa bir süre için bile olsa gecikmesi haberin bütün değerini ve ilginçliğini ortadan kaldırabilir. Diktatörlüklerin tipik bir özelliği olan yayınların önceden izne tabi tutulması, demokratik toplumlarda hiçbir zaman kabul görmemiştir ve genel olarak 10. madde ile bağdaşmaz.¹¹⁸

¹¹⁷ SUNAY Reyhan, İfade Hürriyetinin, s., 81

¹¹⁸ TEZCAN Durmuş, a.g.e. s. 269

Ayrıca ifade özgürlüğüne müdahalede bulunulurken, olabildiğince hapis ve para cezası türü yaptırımlardan kaçınılmalıdır. Zaten ifade özgürlüğüne yapılacak müdahalelerin orantılı olması kuralı da bunu gerektirir. Nitekim, Lingens V. Avusturya, kararında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, "... her ne kadar yazara verilen ceza, dar bir anlamda, bu kişinin kendisini ifade etmesine engel olmuyorsa da, bir tür sansür işlevi görmektedir ve gelecekte yeniden bu tür bir eleştiri yapma cesaretini kırabilecektir. ...siyasi tartışma bağlamında bu tür bir ceza gazetecilerin toplumun hayatını etkileyen konuların kamu önünde tartışılmasına katkıda bulunmaktan caydırabilir. Aynı sebeple bu türden bir yaptırım, basının bilgi sunma ve kamunun gözü kulağı olma görevlerini yerine getirmesini engelleme tehlikesini taşır.¹¹⁹

İfade özgürlüğüne yapılacak müdahalelerde, öngörülen amacı gerçekleştirmek için gerekli olan minimum, sınırlama aracı kullanılmalıdır. Ölçülülük ilkesi olarak niteleyebileceğimiz bu ilke, Türk iç hukukunda, temel hak ve Özgürlüklerin kısıtlanmasında kullanılan Anayasal temelli bir kriterdir.

İfade özgürlüğünün düzenlendiği sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrasının, "kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler" şeklinde başlaması sözleşmede düzenlenen diğer hak kategorilerinde rastlanmayan bir durumdur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu ibareyi bazı meslek kategorilerinde çalışan bireylerin ifade özgürlüğünü otomatik olarak sınırlayan ayrı bir durum gibi yorumlamamıştır. Örneğin, Engel ve diğerleri V. Hollanda davasında, askerlerin bazı üst düzey subayları eleştiren bir gazete yayınlaması ve dağıtması konusunda getirilen yasak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından ifade özgürlüğüne haklı bir müdahale olarak görülmüştür. Ancak İnsan Hakları Mahkemesi " söz konusu olan, bu insanların ifade özgürlüğünden yoksun kılınması değil, onların bu özgürlüğü suiistimal edecek tarzda kullanmasının cezalandırılmasıdır. " yorumunu getirmeyi de ihmal etmemiştir.¹²⁰

Yine Rommelfanger davasında; komisyon bir devlet görevlisinin ifade özgürlüğünü kullanırken, bu hakkın özünü etkileyecek kısıtlamalara tabi olmamasını sağlamak için devletleri bu yönde görevler düştüğünü belirtmiştir. Özel "görev ve

¹¹⁹ MACOVEI Monica, s. 21

¹²⁰ GÖLCÜKLÜ Feyyaz, Avrupa İnsan..., s.51

sorumlulukları” olan bir devlet görevlisi kategorisinin varlığının kabul edildiği durumlarda bile bunların ifade özgürlüğü hakkına getirilen kısıtlamalar, başka insanların ifade özgürlüğüne yapılan müdahalelerle aynı kriterler temelinde ele alınmalıdır.

Vogt V. Almanya davasında ise; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bir devlet görevlisinin devlete bağlılık görevinin uygulanma tarzının 10. madde ihlali olduğuna karar vermiştir. Bayan Vogt, 1987 yılında 12 yıla yakın bir süre boyunca öğretmenlik yaptığı okuldan, Alman Komünist Partisinin militanı olduğu ve partiden ayrılmayı reddettiği gerekçesi ile uzaklaştırılmıştı. Devlete bağlılık görevi, Weimar Cumhuriyeti deneyiminden sonra getirilmiştir. Devlet memurlarının anayasanın hükümlerine aykırı siyasi faaliyetlerde bulunmasının yasaklanmasının gerekli olduğu gerekçesi ile savunulmaktadır. Bayan Vogt’un amirleri kendisini anayasanın genel çerçevesi içinde özgür demokratik sistemi savunma konusunda her devlet memuruna düşen göreve uygun davranmadığına karar vererek, işine son vermişlerdi. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu konuda “ her ne kadar, bir devletin, devlet memurlarına bir bağlılık getirmesi, statüleri göz önüne alındığında meşru olsa da devlet memurları da birer bireydir ve bu nitelikleri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesinden yararlanmaya hak kazanırlar. “ yorumu getirmiştir.

Bu anlamda, belirli devlet memuru sınıflarını, örneğin istihbarat servislerinde, silahlı kuvvetlerde çalışanlara mutlak ve sınırsız bağlılık ve gizlilik kısıtlamaları getiren her türlü ulusal yasa yada başka türden mevzuat 10. maddenin ihlali sonucunu doğuracaktır. Sözleşmeye taraf devletler bu tür kısıtlamaları ancak genel bir karakter taşımadıkları, sadece gizliliği dönem dönem gözden geçirilmesi gereken spesifik bilgi kategorileriyle ve ayrıca belirli devlet memuru sınıfları için veya bu sınıflara mensup olan bazı kişiler ile sınırlı oldukları ve geçici olarak uygulandıkları takdirde benimseyebilirler.

Sözleşmenin 10. maddesi kapsamında ifade özgürlüğüne sınırlama getirilirken, sözleşmenin 15, 17, 18. maddeleri gözetilecektir. Bunun yanında, sınırlamanın yasal bir dayanağının olması ve 10. maddede sayılan sebeplerden birine dayanması gerekmektedir. Sınırlamanın orantılılık ve demokratik toplumda gereklilik ilkelerine uygun olması yanında ayrımcılığa yol açmayacak tarzda uygulanması gerekmektedir.

a) Ulusal Güvenlik ve İfade Özgürlüğü

Ulusal Güvenlik ve ifade özgürlüğü çatıştığı durumlarda diğer iki koşulun da varlığı halinde ifadeye müdahale söz konusu olacaktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin önüne gelen ve gizli servislere ilişkin bilgilerin kamuya aktarılmasının yasaklanması konusundaki bir davada Mahkeme şu ilkeler doğrultusunda ihlal kararı vermiştir.

Birinci ilke olarak, ulusal güvenlik konusundaki bilgilerin, bir kez kamu alanına çıktıktan sonra yasaklanamayacağı, yayının toplatılmayacağı ve bilginin yayılmasına aracı olanların cezalandırılmayacağıdır.

İkinci ilke, ulusal güvenlik alanında her tür bilginin kayıtsız, koşulsuz gizli olarak nitelenmesi ve bu temelde bu tür bilgiye ulaşma olanağına önceden bir sınırlama oluşturulması konusunda devletlere bir yasak getirir.¹²¹

Dolayısıyla, ulusal güvenlik alanında her tür bilginin yayılmasını mutlak ve koşulsuz tarzda yasaklayan, istihbarat servislerinin faaliyetleri üzerinde kamu denetimini ortadan kaldıran türden mevzuat, demokratik bir toplumda gerekli olmadığı için 10.maddenin ihlali anlamına gelir.

Devlet ulusal güvenliğe ilişkin her tür bilgiye ulaşmayı kategorik olarak reddedemeyeceği gibi gizlenmesi gereken bilgi kategorilerini dar ve spesifik tarzda yasalarda tanımlamak zorundadır. Ayrıca eğer açıklanan bilgi meşru bir ulusal güvenlik çıkarına fiilen zarar vermiyor veya muhtemelen zarar verecek nitelik taşıyorsa, ya da bilginin öğrenilmesinden doğacak kamu yararı açıklamadan doğacak zarara göre ağır basıyorsa, bu bilginin açıklanmasından dolayı ulusal güvenlik ihlal edilmemiştir.¹²²

Observer ve Guardian V. Birleşik Krallık davasında; ulusal makamlar söz konusu gazetelerin İngiltere istihbarat servisleri üzerine belirli bilgiler yayınlamasına karşı, geçici tedbirler öngörmüşlerdir. Bu bilgiler, emekli istihbarat görevlisi olan Peter Wright'ın yazmış olduğu Spycatcher başlıklı kitaptan alınmıştı. Tedbir kararı talep edildiğinde kitap henüz yayınlanmamış fakat kitapla ilgili bilgiler yayınlanmış, geçici tedbirler, başsavcının gazetelerin bu bilgileri yayınlamamasına karşı talep

¹²¹ MACOVEI Monica, a.g.e., s.36

¹²² MACOVEI Monica, a.g.e., s.38

etmiş olduğu daimi tedbir kararı henüz görüşülürken alınmıştı. Başsavcının bu kitabın yayınlanması noktasındaki tedbir kararı talebinin gerekçesi ulusal güvenlik sisteminde güvenin sarsılmasından kaçınılmasının gerekliliğiydi. Söz konusu tedbir kararı ile iddianın hükmünü baştan yitirmesini engellemek amacı ile kitap üzerinde tedbir kararı uygulanmıştı. Söz konusu kitapta istihbarat servislerinin ve görevlilerinin yürüttüğü kanunsuz olduğu iddia edilen bir takım faaliyetler anlatılmaktaydı. Kitap daha sonra Amerika'da yayınlanmış ve bazı nüshaları İngiltere'ye sokulmuştu. Tedbir kararının alındığı 1986 yılından sonra 1987 yılında kitabın bazı bölümleri Sunday Times Gazetesinde yayınlanınca Lordlar Kamarası, daha önceki mahkeme kararına dayanarak, ilgili gazete ve diğer tüm medya araçlarına yayın yasağı koymuştur. The Observer ve The Guardian gazeteleri, İnsan Hakları Mahkemesine başvurarak, bahsedilen geçici tedbir kararlarının ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini iddia etmişler, İngiltere hükümeti ise, savunmada müdahale gerekçesi olarak başsavcı tarafından talep edilmiş, daimi tedbir kararları konusunda hüküm verecek olan yargının otoritesini ve tarafsızlığını korumak olduğunu belirtmiştir. Ayrıca ulusal güvenlik gerekçesi ve yazarın ulaştığı olduğu bilgilerin devlet sırrı niteliği taşıması ve bu bilgilerin yayınlanması halinde, İngiltere gizli servis elemanlarının kimliklerinin açığa çıkacağı ve müttefik ülkelerle olan ilişkilerin bozulacağı gerekçeleri ile mahkeme önünde savunmada bulunmuşlardır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, hükümet tarafından öne sürülen gerekçeleri meşru amaçlar olarak kabul etmiş, ancak demokratik toplumda gerekli olma noktasında, "...her ne kadar basın başka şeylerin yanı sıra ulusal güvenliğin çıkarları bakımından da konulmuş sınırları aşmamakla mükellef olsa da kamu menfaati ile ilgili diğer alanlarla olduğu gibi siyasi konularda da bilgi ve fikirleri açıklamak basının görevidir. Sadece basının bu tür bilgi ve düşünceleri açıklama görevi yoktur, halkın da bunlara ulaşma hakkı vardır. "vurgusunda bulunarak, yayınların önceden alınmış tedbir kararları ile sansürlenmesini eleştirmiş ve tedbir kararlarını çok titiz bir şekilde incelendikten sonra verilmesi gerektiğini, "bu durumun haberin bozulabilir mal kategorisine girmesi ve yayınlanmasının kısa bir süre için bile olsa gecikmesi halinde değerini ve ilginçliğini yitireceğini" ifade etmiştir. Ayrıca istihbarat teşkilatının etkinlik ve itibarının korunması ise yayın yasağı konulması için tek başına yeterli bir gerekçe olmadığını dile getirmiştir. Sonuç itibarı ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, geçici tedbir kararlarını kitap

yayınlanmadan önce haklı görülebileceğini, ama kitap yayımlandıktan sonra geçerliliklerini yitirdiğini belirterek İngiltere hükümetinin gerekçelerini bu yönü ile yerinde bulmamış ve bu olayda ifade özgürlüğünü ihlal edildiği kanaatine ulaşmıştır.¹²³

Milli güvenlik kavramının ifade özgürlüğünün sınırlanmasında gerekçe olarak gündeme geldiği bir diğer dava, Kuhnen v. Almanya davasıdır. Söz konusu davada, davacı Almanya’da yasaklanmış olan Nasyonel Sosyalist Partiyi yeniden siyaset sahnesine çıkarmak isteyen bir örgütün önderiydi. Kuhnen sosyalist ve bağımsız bir büyük Almanya için mücadeleyi savunan yayıncıydı. Bu yayınlarda örgütü “Alman birliği, sosyal adalet, ırksal gurur, halkın bir aile gibi kardeşliği” fikirlerini savunuyor, “kapitalizme, komünizme, siyonizme, yabancı işçiler dolayısı ile yabancılaşmaya, çevrenin tahribine” karşı çıkmaktaydı. Kuhnen ayrıca “her kim bu davaya hizmet ederse, eylem yapabilir, her kim buna karşı çıkarsa karşısında bizi bulacak ve tasfiye edilecektir” demektedir. Alman mahkemeleri, Kuhnen’i hapis cezasına mahkum etti. Davacı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurarak, ifade özgürlüğünün ihlal edilmiş olduğunu ileri sürdü.

Kısıtlamanın demokratik bir toplumda gerekli olması koşulunu inceleyen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, davacının özgürlük ve demokrasiye dayanan temel düzene zarar vermeyi amaçlayan Nasyonal Sosyalizmi savunduğunu ve ifade ettiği düşüncelerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin önsözünde dile getirilen temel değerlerden olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ilan edilen haklar “en iyi şekilde ... gerçek bir siyasi demokrasi çerçevesinde korunabilir” ifadesine aykırı olduğunu saptamıştır. İlave olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, davacının ifade ettiği düşüncelerin ırksal ve dini ayrımcılık unsurları içerdiğini hükmetmiştir. Dolayısı ile, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, davacının ifade özgürlüğünü hem hakların suiistimalini yasaklayan 17. maddeye, hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin lafzına ve ruhuna aykırı biçimde kullanmayı amaçladığını saptamış ve netice olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, davacının ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olduğu kanaatine ulaşmıştır.

Milli güvenlik kavramı genel olarak, devletin ve ülkenin iç ve dış güvenliğinin korunması konularını kapsamaktadır. Milli güvenliği bozucu faaliyetler,

¹²³ MACOVEI Monica, a.g.e., s. 38

devletin varlığını, ülkesini ve tüm halkı etkileyen faaliyetler olup, bu kavramın siyasi ve ideolojik bir muhtevası bulunmamaktadır. Bu sebeple barış zamanlarında savunma stratejisinin asker kişilerin mesleki davranışlarının eleştirilmesi, savaş, askerlik ve silahlanma aleyhine görüşler ileri sürülmesi milli güvenliğe zarar verici faaliyetler olarak anlaşılmamalıdır.¹²⁴

b) İfade özgürlüğü ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi

Zaman ve yer bakımından nispi ve değişken nitelikte olabilen kamu düzeni kavramının değişmez anlamı ise, belli bir siyasi ve sosyal hukuk düzeninin düzensizliklere karşı korunmasıdır. Bu koruma ile kastedilen husus, belli bir siyasi iktidar felsefesinin değiştirilememesi, eleştiri ve tartışmalara konu olamaması değil, toplum hayatında karışıklığı yol açacak faaliyetlerin engellenmesidir.¹²⁵

Bu anlamda, kamu düzeni gerekçesiyle ifade özgürlüğünün sınırlanması, öncelikle bir fikrin açıklanış şekli, zamanı ve yeri göz önüne alınarak yapıldığı takdirde meşruiyet kazanabilecektir. Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre kamu düzenini korumak amacı ile bir gösterinin yasaklanması, zaman ve yer itibarıyla sınırlı ise, sözleşmeye aykırı sayılmayacaktır. Fakat bir sınırlamanın hangi hallerde zaman veya yer sınırlaması olarak kabul edilebileceği hususunda sözleşme organları arasında her zaman görüş birliği bulunduğu söylenemeyecektir. 11. protokolden önce komisyon ve divan şeklinde ayırımın bulunduğu dönemlerde de, halen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi çatısı altında görev yapan sözleşme organlarının kararları farklılık göstermekteydi.

Mahkeme, İncal v. Türkiye, Castells v. İspanya davalarında 10. maddenin ihlalinin söz konusu olduğunu belirttikten sonra şu neticelere varmıştır; Ulusal mahkemeler şunu anlamalıdır: yasal itaatsizliğe kısıktırma ilke olarak cezalandırılabilir bir eylem olmakla birlikte, yargıçlar kanuni bir yasağı otomatik tarzda uygulamamalıdır. Yargıçlar, ifade özgürlüğünün belirli bir kullanımının cezalandırılmasının, bu özgürlüğe o kadar büyük bir değer atfeden demokratik

¹²⁴ DOST Süleyman, a.g.e., s.,67

¹²⁵ TANÖR Bülent, T.C.K. 142..., s.138

toplumda gerekli olup olmadığına karar verirken, çelişen çıkarları karşılıklı olarak tartışmalı ve orantısallık ilkesini uygulamalıdır. Ulusal mahkemeler devlet otoritelerine yönelik eleştirileri cezalandırmaktan kaçınmalıdır. Bu tür eleştiriler sert bile olsa siyasi çoğulculuğun ve kanaat çoğulculuğunun bir parçasıdır.¹²⁶

İncal davasında; ulusal otoriteler, ifade özgürlüğünü “kamu düzeninin korunması” gerekçesi ile kısıtlamışlardı. Türk vatandaşı olan İncal, daha sonraları kapatılacak olan Halkın Emek Partisi üyesi olarak, Türk hükümetinin politikası konusunda sert eleştiriler içeren ve Kürt kökenli halkı bir olmaya belirli talepleri yükseltmeye çağıran bir bildiri dağıtmıştı. Bildiri, halkı jandarmanın ve belediyelerin başlatmış olduğu “Kürtleri sürme” kampanyasına karşı mücadeleye çağırıyor, bu kampanyayı ülkede Kürtlere karşı verilmekte olan özel savaşın bir boyutu olarak niteliyordu. Bildiri aynı zamanda devletin icraatını “Türk ve Kürt proleterlerine karşı devlet terörü” olarak adlandırıyordu. Ancak bildiride şiddete ve düşmanlığı çağrı yoktu. Jandarma bildirinin bölücü propaganda olarak görülebileceği sonucuna ulaştı. İncal ulusal mahkemeler tarafından suç işlemeye teşvik suçu dolayısı ile 6 ay hapis cezasına çarptırıldı. Aynı zamanda kamu hizmetlerinde çalışması ve siyasi örgütlerin, derneklerin ve sendikaların faaliyetlerine katılması yasaklandı. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde Türk hükümeti, bildirinin dilinin saldırgan ve kışkırtıcı olduğunu ve Kürt kökenli halkı kendilerinin bir özel savaşın kurbanı olduklarına inandırarak, öz savunma komiteleri kurmaya teşvik edebilecek nitelik taşıdığını iddia ederek, davacının mahkumiyetinin kamu düzeninin korunması açısından gerekli olduğunu ileri sürmüş ve bildiriden anlaşılacağı üzere amacın, bir etnik grubun devlet otoritelerine karşı ayaklanmasını kışkırtmak olduğunu ve demokratik bir toplumda terörizmle mücadele ve terörü ezmenin öncelik taşıdığını, beyan etmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi hükümetin bu görüşlerine katılmamış, hükümetin yaptıklarının ve yapmadıklarının sadece yasama ve yargının değil, aynı zamanda kamu oyununda yakın denetimine tabi olması gerekliliğine işaret etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, davacının mahkum edilmesini ve cezalandırılmasını demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığının değerlendirilmesi açısından, ifade özgürlüğünün herkes için değerli olmakla birlikte siyasi partiler ve faal üyeleri için özel bir önem taşıdığını vurgulamıştır. Avrupa

¹²⁶ DOĞRU Osman, a.g.e., s. 217

İnsan Hakları Mahkemesi ayrıca “İncal’ın Türkiye’deki terörizm sorunu konusunda herhangi bir sorumluluk taşıdığı sonucuna ulaşmayı haklı kılacak herhangi bir kanıt bulunmadığını ve sonuç olarak İncal’ın mahkumiyetinin izlenen amaç ile orantısız olmadığını ve demokratik bir toplumda gereksiz olduğunu” ifade etmiştir.¹²⁷

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, kamu düzenini işlediği bir diğer kararı ise, Castells v. İspanya kararıdır. Castells davasında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi siyasi muhalefet için ifade özgürlüğünü güçlü biçimde savunmuştur. Castells İspanya parlamentosunda Bask ülkesinin bağımsızlığını savunan bir siyasi örgütü temsil eden bir senatördü. 1979 yılında ülke çapında okunan bir günlük gazetede, “öfkelenirici bir dokunulmazlık” başlıklı bir yazısı yayınlandı. Castells hükümeti Bask ülkesindeki cinayetleri soruşturmamakla suçluyor ve ekliyordu, “bu cinayetlerin failleri, hiçbir ceza görmeksizin, eylem yapmaya, sorumluluk taşıyan görevlerde çalışmaya ve bulunmaya devam ediyorlar. Tutuklanmaları için hiçbir mahkeme kararı çıkartılmamıştır.” Aynı zamanda, hükümeti bu cinayetlerde suç ortaklığı ile de suçlamaktaydı. Bu suçlardan dolayı aşırı grupları suçluyor. Bu kişilerin, ceza görmeyecekleri yönündeki teminattan istifade ederek, söz konusu suçları işlediklerini iddia ediyordu. Castells, hükümete hakaretle suçlandı. Yargılama esnasında davacıların tanıklar ve belgelere ilişkin talepleri, suçun hükümete karşı işlendiği gerekçe gösterilerek reddedildi, ve Castells bir yıl hapis cezasına mahkum oldu.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde, davacı ifade özgürlüğü hakkının ihlal edilmiş olduğun ileri sürdü. İspanyol mahkemelerinin, kararlarında esas aldığı, suç işlenmesinin önlenmesi ve kamu düzeninin korunması kriterlerini Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kabul etmiş, bu noktada davacı ise, mahkumiyetinin tek gerekçesinin hükümetin şerefine korunması olduğunu beyan etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, müdahalenin demokratik toplumda gerekliliği konusunda ise, ifade özgürlüğünün herkes için önemli olmakla birlikte, halkın seçilmiş bir temsilcisi açısından özel bir önem taşıdığını, söz konusu kişinin seçmenlerini temsil ettiğini ve dolayısıyla onların kaygılarına dikkat çektiğini, çıkarlarını savunduğunu bu nedenle böyle bir durumda ifade özgürlüğüne yapılacak bir müdahale konusunda çok titiz davranılmalıdır.

¹²⁷ MACOVEI Monica, a.g.e., s., 42

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Castells'in fikirlerini, yasal dokunulmazlıktan ve korumadan yararlanacağı, parlamento kürsüsü yerine, bir gazetede açıklamasının ifade özgürlüğünün korumasından faydalanamayacağı anlamına gelmeyeceğini belirterek, demokratik bir toplumda basın hayati önemine de değinmiştir. Basın özgürlüğü halka politikacıların fikirlerini ve tutumlarını, keşfetme ve bu konuda fikir edinme konusunda en önemli araçlardan birisidir. Böylece demokratik siyasi toplumun temelinde yatan özgür siyasi tartışmaya herkesin katılımını sağlar. Hükümet söz konusu olduğunda, izin verilebilecek eleştirinin sınırları bir vatandaş, hatta bir politikacı için olduğundan çok daha geniştir. Demokratik bir toplumda hükümetin yaptıkları ve yapmadıkları, sadece yasama ve yargının değil, basının ve kamuoyunun da denetimine tabi olmalıdır. Ayrıca hükümetin üstün konumu da bunu gerektirmektedir. Kurumların bireylere ve muhalefete göre daha üstün bir korumadan yararlanmasının hiçbir mantığı yoktur.

Bu gerekçelerle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ve ulusal mahkemelerin, kararlarının yerinde olmadığını belirtmiştir.¹²⁸

c) İfade özgürlüğü ve ahlak

AİHM ilke olarak böyle davalarda, ulusal mahkemelere daha geniş bir takdir payı bırakır. Ahlakın her bir üye ülkede, hatta aynı ülkenin farklı bölgelerinde değişiklik göstermesi, bu ilkenin gerekçesi olarak belirtilebilir. Fakat bu takdir hakkı denetlenemeyecek ölçüde sınırsız değildir. Ulusal mahkemeler ahlaka aykırılıktan ötürü ifade özgürlüğüne müdahale ettiğinde; müdahalenin kanuni dayanağının olması, demokratik bir toplumda gerekli olması yanı sıra, müdahalenin orantısallığına ve acil bir sosyal ihtiyacı karşılayıp karşılamadığına dikkat etmeli, ifade edilen düşüncenin hedef kitlesi, özellikle çocuklara ve gençlere de hitap ediyorsa, söz konusu ifade biçimine erişimi sınırlayan tedbirleri, ahlak dışı etkiyi azaltma yönündeki çabayı ve ahlaka gerçek bir zararın olup olmadığını gözetmelidir.

¹²⁸ ÖZEL Cevat, AİHM Kararları Ve Uyum Yasalarında Anlatım Özgürlüğü, İstanbul Barosu Dergisi Cilt:76, Sayı:4 Aralık 2002, İstanbul, s. 939 - 942

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Muller v. İsviçre davasında; ulusal otoritelerin, ifade özgürlüğüne müdahalesini, ahlakın korunması açısından makul ve demokratik bir toplumda gerekli bulmuştur. Muller, bir sanat galerisinde, livata, hayvanlarla cinsel ilişki, mastürbasyon ve eşcinsellik sahneleri gösteren üç büyük tablo sergilemiş, halka açık olan bu serginin girişi ücretsiz olup, yaş sınırlaması bulunmamaktaydı. İsviçre mahkemeleri Muller’i ve sergiyi düzenleyenleri müstehcen yayınları yasaklayan belirli yasal hükümler temelinde para cezasına çarptırmıştı. Muller Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, İsviçre mahkemelerinin kararını ifade özgürlüğünün ihlali olarak görmemiş ve gerekçesinde söz konusu tablolarda cinsellik temasının kaba bir tarzda betimlenmesinin kimi kişilerin edep duygularını ciddi biçimde rahatsız etme potansiyeli bulunduğunu ve herhangi bir giriş ücreti öngörmeyen ve yaş sınırlaması bulunmayan bu serginin herkese açık olma özelliğini taşıdığını bu durumun da sınırlamayı daha haklı kıldığını ifade etmiştir.¹²⁹

Bu konuda bir diğer dava, Handyside v. İngiltere davasıdır. Söz konusu davada, Londra’da yayınevi sahibi olan R.Handyside’in iki Danimarkalı yazdığı öğrenciler için küçük kırmızı kitabı yayınlaması ve bunun etrafında gelişen olaylara dayanmaktadır. Sözü edilen kitap, genelde eğitim ve öğretim konuları ile ilgili olup, bir bölümü cinsel konulara eğitime ayrılmıştır. İngiliz makamları, müstehcen yayınlarla ilgili kanunlara dayanarak, kitabın nüshalarına el koymuş, yayıncıya da para cezası vermişlerdir. Yayıncının üst derece mahkemesine yaptığı itiraz, kitabın zararlı yayın olduğu, tamamen ele alındığında onu okuyan gençlerin büyük bölümünde ahlak bozukluğuna ve çöküntüye yol açacağı gerekçesi ile reddedilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ilk olarak, ahlaki değerlerin korunması zorunluluğunu, zamana ve mekana göre değiştiğini, üye devlet iç hukuklarından Avrupa ortak ahlak kavramının çıkartılamayacağını açıklamıştır. Sözleşmenin devletleri ahlaki değerlerin korunmasında takdir yetkisi tanıdığını, ancak bu yetkinin denetlendiğini belirten Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi somut olayda, ahlaki değerlerin korunmasını, meşru ve haklı bir sebep olarak değerlendirmiş ve sözleşmeye aykırılık bulunmadığına karar vermiştir.¹³⁰

¹²⁹ MACOVEI Monica, a.g.e., s.46

¹³⁰ SUNAY Reyhan, a.g.e., s.73

Ahlak ile ifade özgürlüğü arasında bir başka türden çatışma, Open door and Dublin Well Woman dolayısı ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin önüne gelmiştir. Open door ve Dublin Well Woman kürtajın yasak olduğu İrlanda'da kar amacı gütmeyen iki sivil toplum kuruluşudur. Söz konusu kuruluşlar, hamile kadınlara danışma hizmeti sağlıyor ve ayrıca aile planlaması, sağlık, kısırlaştırma alanlarında hizmet veriyorlardı. Ayrıca hamile kadınlara İngiltere'de kürtaj yapılabilecek kliniklerin adreslerini veriyor, bu konuda kadınlara bilgi sunuyorlardı. Ancak söz konusu kuruluşların hizmetleri, sadece danışma hizmeti ile sınırlı idi. İrlanda'da bulunan bir diğer sivil toplum örgütü olan İrlanda Doğmamış Çocukları Koruma Derneği'nin başvurusu üzerine Open door ve Dublin Well Woman kuruluşları mahkemelerce hamile kadınlara İrlanda dışındaki kürtaj konusunda danışma hizmeti vermekten daimi olarak men edildiler. Bunun üzerine söz konusu kuruluşlar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurdular.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İrlanda halkının doğmamış çocukların korunmasına ilişkin ahlaki değerlerine dayanan hükümet gerekçesini kabul etmekle birlikte, ulusal otoritelerinin takdir payının, ahlak söz konusu olduğunda daha geniş olmakla birlikte sınırsız da olmadığını belirtmiştir. Ulusal makamların kayıtsız şartsız ve denetlenemeyecek bir takdir hakkına sahip olmadığını belirtmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İrlanda Mahkemelerinin verdiği tedbir kararlarını mutlak niteliği karşısında şaşkınlığa uğradığını belirtmiştir. Kararlar, yaştan ve sağlık durumunda veya hamileliğin sona erdirilmesi konusunda danışma hizmeti istemelerini nedeninden bağımsız olarak daimi ve genel bir yasak empoze etmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi böyle bir kısıtlamanın aşırı ve orantısız olduğu sonucuna ulaşarak, ahlak gibi hassas alanlarda dahi ifade özgürlüğüne ilişkin genel ve daimi yasaklamaların kabul edilemez olduğunu göstermiştir.¹³¹

d) İfade özgürlüğü ve başkalarının şöhret ve hakları

Başkalarının şöhretini ve haklarını koruma, ifade özgürlüğünün kısıtlanması için ulusal otoritelerin öteki gerekçelerden daha fazla ileri sürdüğü meşru amaç olagelmıştır. Politikacılara ve devlet adamlarını korumak amacıyla sıkça ortaya

¹³¹ MACOVEI Monica, a.g.e., s.49

atılmıştır. Bu alanda medyaya geniş bir özgürlük tanınmış ve buna gerekçe olarak da; medyanın demokratik bir toplumda hem seçim süreci, hem de kamu yararının günlük sorunları bakımından siyasi düşüncelerin ifadesinin oynadığı merkezi role ilişkin Mahkemenin sahip olduğu inançtır. Mahkeme Dalban-Romanya davasında belirttiği üzere; gazetecinin özgürlüğü aynı zamanda bir ölçüde abartmaya, hatta kışkırtmaya başvurmayı da içerir. Mahkeme ayrıca, ulusal hukukun hakaret içeren ifadelere ilişkin davalarda “doğruluk kanıtının” aranması halinde bu doğruluğun, bilgiler ve kanaatler için ayrı değerlendirilmesini, kanaatlerin, değer yargılarının ispat güçlüğüne göz önüne alınması gerektiği düşüncesindedir. Bu tür davalarda, ayrıca ifade sahibinin kötüleme, tahkir kastının olup olmadığı, bir bilginin doğruluğuna inandığını iddia ediyorsa bunun kabul edilebilirliği de göz ardı edilmemeli. İfade özgürlüğünün önemi ve bu konuda ortak bir kaygının oluşmaması için hürriyeti bağlayıcı cezadan kaçınılmalıdır.¹³²

e) İfade özgürlüğü ve yargı gücünün otorite ve tarafsızlığı

AİHM, yargının özel bir korumadan yararlanmasına rağmen, bunun belirli bir bağlamda gerçekleştiğini ve adaletin işleyişi ile ilgili konuların kamusal tartışmaların bir parçası olabileceğini belirtmektedir. Mahkeme özellikle Sunday Times V. Birleşik Krallık kararında belirttiği üzere, mahkemelerin bir boşlukta çalışmadığı genel olarak kabul gören bir olgudur. Mahkemeler uyuşmazlıkların çözümü için birer forum işlevi görmekle birlikte, bu söz konusu uyuşmazlıkların önceden, ister uzmanlık dergileri, ister genel olarak basın, ister genel olarak kamuoyu, başka yerlerde tartışılmayacağı anlamına gelmez. Ayrıca, kitle yayın organları yargının düzgün işleyişinin gereklerinin belirlediği sınırları aşmamakla yükümlü olmakla birlikte, kamu yararını ilgilendiren başka alanlarda olduğu gibi, mahkemelerin gördüğü davalar konusunda da bilgi vermek ve fikirleri yaymakla görevlidirler. Sadece medyanın bu tür bilgi ve fikirleri yayma görevi yoktur, halkın da bunlara ulaşma hakkı vardır.¹³³

¹³² MACOVEI Monica, a.g.e., s.52

¹³³ MACOVEI Monica, a.g.e., s.61

Sunday Times v. İngiltere davasında; hükümet, bir gazete yazısının yayınlanmasını engelleyen bir tedbir kararını, yargının otoritesini koruma ve halkın yargı organlarına güvenini muhafaza etme gerekçesine dayandırmıştır. Thalidomide adlı sakinleştiricinin 1959 -1962 yılları arasında kullanılması sonucunda birçok bebek sakat olarak doğmuş, ilacın üreticisi ve satıcısı olan şirket ilacı 1961 yılında piyasadan çekmiş, aileler şirket hakkında dava açmış, tazminat talebinde bulunmuşlar, taraflar arasındaki müzakereler yıllarca sürmüştür. Tarafların varacağı anlaşmaların, mahkemeler tarafından onaylanması gerekmektedir. Sunday Times dahil bütün gazeteler bu konuya önem vermişler ve 1972 yılında Sunday Times, Thalidomide çocuklarımız, ulusal bir ayıp başlıklı bir yazı yayınlamak, şirketi mağdurlara ödediği paranın düşüklüğü ve fona yapmayı düşündüğü katkının küçüklüğü dolayısı ile eleştirmiş ve bu trajedinin ortaya çıkışının koşullarını daha ileride yayınlanacak bir yazıda anlatacağını belirtmiştir. Şirketin başvurusu üzerine, söz konusu yazının yayınlanmaması için tedbir kararı verilmiş, gazete Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurarak, tedbir kararının ifade özgürlüğü hakkını çiğnediğini ileri sürmüş, hükümet ise, ilaç hakkındaki davaların halen devam ediyor olması nedeni ile tedbir kararını yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması amacıyla ile verildiğini savunmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu gerekçeyi meşru kabul etmiş ancak ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun asli temellerinden biri olduğunu ve sadece devlet veya halkın herhangi bir kesmi tarafından olumlu karşılanan yada kimseye saldırgan gelmeyen yada insanların kayıtsız kalabildiği bilgi ve fikirler değil, saldırgan gelen, sarsıcı yada rahatsız edici fikirler içinde geçerli olduğunu hatırlatmıştır. Bu dava çerçevesi içinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Thalidomide felaketinin hiç tartışmasız kamuoyunu derinden ilgilendirdiğini belirtmiş, ayrıca genel olarak toplumun yanı sıra trajedinin bir parçası haline gelmiş olan aileler açısından da bu meselenin tüm yönleri konusunda bilgilendirmenin bir hak olduğuna işaret etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi belirtilen nedenlerle tedbir kararını kamunun, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin anlamı çerçevesinde tanımlandığı hali ile ifade özgürlüğünden elde edeceği yarardan daha ağır basacak acil bir sosyal ihtiyaca karşılık vermediğini, bu kısıtlamanın hedeflenen meşru

amaçla orantılı olmadığını ve demokratik bir toplumda yargının otoritesinin korunması için gerekli olmadığını ifade etmiştir.¹³⁴

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bir başka davada yargı mensuplarının da eleştirilebileceğini belirtmiştir. DE HAES ve Gijssels-Belçika davasında; Birkaç hakimin itibarını sarstıkları gerekçesiyle iki gazetecinin tazminata hükmedilmesini AİHM ifade özgürlüğünün ihlali olarak görmüştür. Söz konusu davada hakimlerin Belçika mahkemesinde davalı konumundaki notere siyasi yakınlık nedeni ile yanlış karar verdiğini iddia eden gazetecilerin hakimlerin tarafsızlığı konusunda ciddi kuşku yaratmaları gerekçesiyle Belçika mahkemelerince mahkumiyeti öngörülmüştü.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir yargıcın şöhretine basın tarafından hanel getirilmesi esas olarak yargı sisteminin işleyişindeki aksaklıklar üzerine bir tartışma çerçevesinde veya yargıçların bağımsızlığını yahut tarafsızlığının kuşku yaratması bağlamında gündeme gelir. Bu tür sorunlar kamu açısından her zaman önemlidir ve özellikle bağımsız ve etkili bir yargının yeni yerleşmekte olduğu ülkelerde, kamusal tartışmanın dışında tutulmamalıdır. Bundan dolayıdır ki, ulusal mahkemeler, yargıçların yada başka yargı mensuplarının işin içinde olduğu davalarda, söz konusu olan değer ve yararları iyi tartmalıdır. Mahkemeler, söz konusu yargıcın şerefi ile basının kamunun ilgi alanına giren konularla haber verme özgürlüğü arasında bir denge bulmalı ve demokratik bir toplumda önceliğin ne olduğuna karar vermesi gerekmektedir. Elbette eleştirinin yargının işleyişi konusundaki kamusal tartışmaya katkı yapmaksızın esas olarak, yargı mensuplarına hakareti yada onların şöhretine zarar vermeyi hedeflediği durumlarda ifade özgürlüğünü koruma daha dar olabilir.¹³⁵ Bu gibi hallerde haberi yapan kişinin hakaret veya ilgili kişiyi küçük düşürme amacıyla hareket edip etmediğini tespit etmek önem arz etmektedir. Yapılan haberin ifade özgürlüğünün korumasından yararlanıp yararlanmayacağı noktasında amaç önemli bir kriter olacaktır.

Bu konuda tartışılması gereken bir diğer konu, yargı organlarının kesinleşmiş kararları üzerinde kamusal bir tartışma açılıp açılmayacağıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin daha önce belirttiği gibi mahkemeler, bir boşlukta çalışmazlar ve

¹³⁴ GÖLCÜKLÜ Feyyaz, Avrupa İnsan..., s. 69

¹³⁵ MACOVEI Monica, a.g.e., s., 63

yargı kararları konusunda ne kamusal tartışma ne de ortaya çıkan sonucun eleştirilmesi yasaklanabilir. Bu yaklaşım, aynı zamanda doğruluk kanıtının işleyiş biçimine de bir değişiklik getirmelidir. Yargının kesin kararı kendi başına basının yargı kararında yer alan bilgi ve görüşlerinin dışında bilgi verirken yada görüşler sunarken yalan söylediğinin bir kanıtını oluşturmaz.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

D) GENEL OLARAK

Türkiye’de kişi hak ve özgürlüklerini düzenleyen ilk belge olduğu kabul edilen 1839 tarihli Tanzimat fermanında ifade özgürlüğü ile ilgili bir kural bulunmamakta idi. Türk hukuk tarihinde düşünceyi açıklama ve basınla ilgili ilk düzenleme 1864 tarihli Matbuat Nizamnamesidir. Buna göre; “Basın-yayın kanun dairesinde serbesttir.” 1876 Anayasasında ise Mithat Paşa’nın (46.madde olarak) teklifine karşın yasa koyucu tarafından yer verilmemiştir. İkinci Meşrutiyet ile Kanun-ı Esasi’de yapılan değişikliklerle matbuat kanun dairesinde serbesttir ve hiçbir suretle önceden denetime tabi tutulamaz hükmü eklenmiştir. 1909 tarihli Matbuat Yasası da özgürlükçü esaslar getirmiş ancak 1919 yılında ilan edilen sıkı yönetimin geçerli olduğu bölgelerde tüm yayınlara sansür konulmuştur.¹³⁶

1921 Anayasasında düşünce ve diğer özgürlüklerle ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. 1924 Anayasası’nda ise temel hak ve özgürlüklere yer verilmeyle birlikte, birer madde ile yetinilmiş, özgürlüklere geniş bir alan tanınmamıştır¹³⁷. Türkiye Büyük Millet Meclisi 1923 yılında sıkı yönetimi bir kararname ile kaldırmış ve 1924 Anayasasınının 77. maddesi ile “basın kanun çerçevesinde serbesttir ve yayınlanmadan önce denetlenemez, yoklanamaz” hükmü getirilmiştir. Ne var ki, siyasal ve toplumsal konjonktürde zaman zaman meydana gelen değişiklikler sebebi ile ifade özgürlüğü alanı daraltılmıştır. 1925 tarihli Takrir-i Sükun yasası ile ifade özgürlüğüne kısıtlamalar getirilmiş, 1936 yılında Türk Ceza Kanununun 141 ve 142. maddelerinde, 1938 yılında ise, 163. maddesinde yapılan değişiklikler ile, ifade özgürlüğünün alanı bir hayli daraltılmış, yeni kısıtlamalar getirilmiştir. 1961 Anayasası ile ifade özgürlüğü alanında demokratik ilkelere uygun

¹³⁶ ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, Düşünsel Özgürlük, İnsan Hakları, Yıllığı, TODAİE, İnsan Hakları Araştırma Ve Derleme Merkezi, Dr. Muzaffer Sencer’e Armağan Cilt:17-18, 1995-1996, s., 15

¹³⁷ SOYSAL Mümtaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Gerçek Yayınevi, 11. baskı, 1997, İstanbul, s. 35

kurallar getirilmiş ve Anayasa Mahkemesinin kurulması ile özgürlükçü bir yapı arz eden Anayasa ile çelişen yasalar arasında uyum sağlanmaya çalışılmıştır.¹³⁸

Özgürlüklere yönelik sınırlamaların boyutu ülkelerin rejiminin demokratik niteliğini de etkilemektedir. Liberal demokrasiyi benimseyen ülkelerde temel hak ve özgünlükler daha geniş bir serbestiye sahiptir.¹³⁹

1982 Anayasası, liberal Batı demokrasisinin anayasalarını doğuran sosyal ve siyasal dinamiklerden farklı bir varlık nedenine dayanmaktadır. Batı liberal anayasacılığının özü, siyasal iktidarın sınırlanmasına dayanırken, 1980 müdahalesiyle yeni bir anayasa yapılmasının esas dürtüsü özgürlüğün ve demokrasinin korunması ve pekiştirilmesi değil, otoritenin ve devletin güçlendirilmesi esas olmuştur.¹⁴⁰

1982 Anayasasının, kendisinden önceki anayasalardan farklı olarak, devlet otoritesine yaptığı vurguyu Hukuk genel kurulu bir kararında şöyle vurgulamıştır.

“1982 Anayasasının, 1961 ve hatta 1924 Anayasalarına karşı güçlü devlet ve otoriter idare kavramlarına daha fazla önem verdiği ve özellikle yürütmeyi yasama ve yargı karşısında daha da güçlendirdiği tartışmasızdır. Anayasasının birçok maddesi bu düşünceye uygun olarak değiştirilmiş ve yeniden düzenlenmiştir.¹⁴¹

1982 Anayasası özgürlük otorite dengesinde ağırlığı otorite lehine kullanmıştır. Sancar, 1982 Anayasasının iktidar lehine kullandığı açık tercihin, buna bağlı olarak insan haklarına üstün yapısal konum tanımayışının ve nihayet insan haklarını evrensel boyutlarından soyutlama çabasının, bu Anayasanın amacının, insan haklarının potansiyel gücünü tanımak olmadığını gösterdiğini savunmuş ve bu Anayasanın gerçek amacının, insan haklarının potansiyel gücünü denetim altına alıp bastırmak, giderek etkisizleştirmek ve böylece iktidara ayak bağı olmasını önlemek olduğunu belirtmektedir.¹⁴² Bunun dışında 1982 Anayasası, 1961 Anayasasına nazaran daha kazuistik ve fakat karar alma mekanizmalarını kolaylaştırıcı düzenlemeler getirmiştir.

¹³⁸ ALİFENDİOĞLU Yılmaz, a.g.e., s., 17

¹³⁹ HAKYEMEZ Yusuf Şevki, Temel Hak Ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları, AÜSBF Dergisi Cilt:57 Sayı: 52, s. 18

¹⁴⁰ TANÖR Bülent, İki Anayasa (1961-1982) 2. Baskı. Beta Yayınları, İstanbul, 1991, s.97

¹⁴¹ KAYAÇAĞLAYAN Metin, a.g.e., s.99'dan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, KT. 14.09.1983, E.1980/4-1714, K1983/803, Yargıtay Kararları Dergisi, C.9, Kasım 1983, sayı.11, s.1591

¹⁴² SANCAR Mithat, İnsan Hakları Açısından Hukuk Devleti, Amme İdaresi Dergisi, C.25 Ankara, 1992, s.10

1982 Anayasasının belirttiğimiz katı ve otoriter tavrı, sonraki yıllarda yapılan değişiklikler ile yumuşatılmaya çalışılmıştır.

Anayasada yapılan değişiklikler esas itibariyle temel hak ve özgürlükler konusunda odaklanmaktadır. Değişikliklerin temelinde ise ulusal makamlar ve kamuoyundan ziyade, uluslararası kurumların sıkıştırılmaları etkin olmuştur.

Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni imzalamakla iki türlü yükümlülük altına girmiştir. İlk sözleşmenin 1. maddesi gereğince sözleşme düzeninde tanınmış bulunan hak ve özgürlükleri herkese tanımak mecburiyetinde diğer taraftan sözleşme düzeninde tanınan hak ve özgürlüklerin tam olarak uygulanması, korunması ve geliştirilmesi için iç hukukunda sözleşmeye uyumu sağlama konusunda, sözleşmeye taraf devletlere karşı taahhütte bulunarak sorumlu hale gelmiştir.¹⁴³

Bu noktada, Avrupa Birliği ile ilişkilerinde hassas bir döneme giren ülkemizde Avrupa mevzuatı ile uyum programı kapsamında 4709 sayılı yasa ile Anayasamızda değişiklik yapılmıştır. Anayasada yapılan değişikliklerle birlikte görüleceği üzere Anayasa ile sözleşme arasında büyük ölçüde uyum sağlanmıştır. Kaldı ki, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ulaşmak istediği nokta da budur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 800 milyona varan bir insan topluluğuna hitap eden sözleşmeye ilişkin bir içtihat birliği sağlamak istemekte, hukuk birliği amacı gütmekte, sözleşmede sağladığı asgari düzeydeki özgürlüklerin uygulanması yönünde hareket etmektedir.

1982 Anayasasında yapılan değişiklikler ile ifade özgürlüğü sözleşmenin 10. maddesi ile paralel hale getirilmiştir. Bu nedenle, ifade özgürlüğünün alt kavramları olan ifadenin kapsamı ve unsurları gibi konularda yeniden açıklamada bulunulmayacak ve bu konuda daha evvel yaptığımız açıklamalara atıfta bulunulacaktır.

1982 Anayasasında ifade özgürlüğü ikili bir ayrıma tabi tutularak, 25. maddede “düşünce ve kanaat özgürlüğü”, 26. maddede “düşünceyi açıklama ve yayımı özgürlüğü” olarak düzenlenmiştir.¹⁴⁴ Anayasanın, ifade özgürlüğünü

¹⁴³ BEYDOĞAN T.Ayhan, a.g.e., s.194

¹⁴⁴ PAÇACI İrfan, 1982 Anayasası Mayınlı Alanı:”Düşünce Özgürlüğü”(Anayasa Madde 25-26'nın Analiz Yorumu), İnsan Hakları Yılığ, TODAİE İnsan Hakları Araştırma Derleme Merkezi, Cilt:19-20, 1997-1998 Ankara, s., 139

düzenleyen 26. maddesi şu şekildedir. “Madde 26: Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi 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.

Bu hürriyetlerin kullanılması, milli 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 veya aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçları ile sınırlanabilir.

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

Düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanun ile düzenlenir.

1982 Anayasası, düşünce özgürlüğü ile düşünceleri açıklama özgürlüğünü ayrı ayrı maddeler halinde düzenlemiştir. Bu ayrımın sebebini Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Başkan Vekili Feyyaz Gölcüklü tarafından şu şekilde açıklanmaktadır: “komisyon sizlere sunduğu Anayasa tasarısında düşünce ve kanaat özgürlüğü ile düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünü ayrı maddelerde ele almıştır. Bunun sebebi şudur: her ne kadar düşünce ve kanaat özgürlüğü ile düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü birbirine bağlı iki özgürlük ise de gerek bunların niteliği gerek korunmaları için öngörülen tedbirler yek diğerinden farklıdır... düşünce ve kanaat özgürlüğü demek kişinin istediği düşünce ve kanaate sahip olması demektir. Bunun korunması için kimsenin düşünce ve kanaatini açıklamaya zorlanamaması gerekir. Sahip olunan düşünce sebebiyle suçlanamama, kınanamama farklıdır, düşünceyi yaydığı zaman kullandığı özgürlük farklıdır.”¹⁴⁵

¹⁴⁵ KUZU Burhan, Düşünceleri Açıklama Hürriyeti İnsan Hakları Yıllığı, TODAİE, İnsan Hakları Araştırma Ve Derleme Merkezi, Dr. Muzaffer Sencer’e Armağan Cilt:17-18, 1995-1996 s.33-59

Her ne kadar, 4709 sayılı yasa ile Anayasada yapılan değişiklikler neticesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile uyum sağlandığını belirtmiş isek de, söz konusu uyum, uygulamaya ve mahkeme kararlarına aynı ölçüde yansımamıştır. Örneğin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun asli unsuru olarak gördüğünü belirttiği ve hoş göri ile çoğulculuğun da bunu gerektirdiğini, belirttiği, Handyside v. İngiltere tarzında bir karara Yüksek Mahkeme kararları arasında rastlamak ancak yeni yeni mümkün olabilmıştır.

Anayasanın 13. maddesinde, özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanmasının mümkün olabileceği belirtilmiştir. 26. maddede ise, ifade özgürlüğünün hangi nedenlere dayanılarak sınırlanabileceği gösterilmiştir. Anayasanın 26. maddesinde; ifade özgürlüğünün milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, cumhuriyetin temel nitelikleri, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, devlet sırrı olarak usulünce belirlenmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel veya aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevini gereğine uygun olarak getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabileceği ifade edilmiştir. Madde metninde yer alan sınırlama nedenleri anlam ve içerik açısından tartışmaya yol açabilecek kavramlardır. Bu kavramlardan sıkça başvuru alan milli güvenlik, kamu düzeni ve kamu güvenliği terimlerini kısaca açıklamaya çalışır isek;

Milli güvenlik: milli güvenliğe ilişkin, tehdit ve tehlikeler ile milli güvenliğin sağlanması gereğinin ortaya çıkışı genellikle olağan üstü dönemlere rastlamaktadır. Milli güvenliği bozucu tehlikeler, zamana göre değişen bir nitelik taşımaktadır. Bu tehlikeler, doğrudan devletin varlığına ilişkin olup, devletin bağımsızlığına ve milli egemenliğe yönelik olabilir. Bu niteliği taşımayan ama milli güvenliği bozan diğer bir tehlike örneği de savaşı gerektiren nedenlerdir. Özetle, bir devletin iç ve dış güvenliğine yönelik bir tehlikenin ortaya çıkması ile milli güvenliğin ihlal edilmiş olduğu kabul edilebilir. Ancak tehlikenin gerçek ve yakın bir tehlike olması da göz önüne alınması gereken bir husustur.

Kamu düzeni: kamu düzeni kavramı genel güvenlik ve asayiş ile genel sağlık kavramlarını da içermektedir. Bunun yanı sıra, kamu düzeni kavramı; toplum

hayatında maddi bir karışıklığın olmaması, kaba kuvvetin, kaos ve anarşinin hüküm sürmemesi, aksine, belli bir düzenliliğin ve barışın hakim olmasıdır.¹⁴⁶ Yargıtay'a göre ise toplum hayatının huzur ve güvenlik içinde yürütmesini sağlayan düzenin bütünüdür.¹⁴⁷ Bu nedenle kamu düzeninin birer ögesi durumundaki bu kavramlara anayasalar da kamu düzenini bir sınırlama nedeni olarak sayılmasından sonra yer verilmesi yerinde değildir. Çünkü bu durumda kamu düzeni bilinen içeriğinden farklı olarak yanlış bir şekilde kullanılmış olacağı gibi özgürlüklerin yararlandığı güvencelerde azalacaktır.¹⁴⁸ Kamu düzeni ve özgürlükler, demokratik toplum yaşamının iki temel unsurunu oluşturmaktadır. Demokratik toplumda bu iki temel unsurun dengelenmesi sırasında kamu düzenine ağırlık tanınması halinde durum özgürlüklerin aleyhine işleyecek ve ortaya bir korku imparatorluğu çıkacaktır. Aksi durumda ise, kamu düzeninin önemsenmemesi halinde, kargaşa ve karışıklıkların önüne geçilemeyecektir.

Kamu güvenliği:Kamu güvenliği milli güvenliği tehlikeye sokacak nitelik ve derecede olmamakla birlikte genel güvenlik ve asayiş sarsacak veya ortadan kaldıracak eylemler karşısında söz konusu olabilir. Yukarıda belirttiklerimiz karşısında kamu güvenliğini kamu düzeninin unsurlarından biri saymak gerekecektir.

Türk hukukunda, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin üst norm olarak, Anayasanın 13. maddesi kabul edilmektedir.

Anayasanın 13.maddesinde temel hak ve özgürlüklerin ne şekilde sınırlandırılacağı belirtilmiştir. Buna göre, temel hak ve özgürlükler, Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmayacaktır.

...Bu sınırlamalar, anayasanın sözüne ve ruhuna,...aykırı olamaz ibaresinin, özgürlüğün asıl ve sınırlamanın istisna olduğu şeklinde anlaşılması gerekir.

¹⁴⁶ TANÖR Bülent, TCK 142..., s.138

¹⁴⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 23.11.2004 tarih ve 2004/ 8-30 E, 2004/206 K., YKD. C: 31, S: 3 Mart 2005, s. 404 - 465

¹⁴⁸ YOKUŞ Sevtap, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve 1982 Anayasasında Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanılması yasağı, Yetkin yayınları, 1. baskı, 2002, Ankara, s., 70

Özgürlüğün asıl sınırlamanın istisna olması, yasaklanmayan her şeyin serbest olduğu anlamına gelir ve demokratik bir ülkede bu gereklidir.¹⁴⁹

Yukarıda değindiklerimizi maddeler halinde belirtecek olursak;

-Temel hak ve özgürlükler ancak kanunla sınırlanabilecektir.

Burada belirtmek istenen temel hak özgürlüklerin kanun dışında, kanun hükmünde kararname, yönetmelik, tüzük gibi düzenlemeler ile sınırlandırılmayacağıdır. Kanun kavramı ise hem maddi hem de şekli kanun anlayışına uygun olmalıdır.

-Sınırlamalar, anayasanın, sınırlamaya konu temel hak ve özgürlüğü düzenlediği maddedeki sebeplerden dolayı olacaktır. Bu sebep, gerek Anayasanın 13. maddesinde belirtilen sebepler, gerekse, 26. maddede sayılan sınırlama sebeplerinden biri olacaktır. Anayasa metninde sayılan sebepler dışında bir gerekçe gösterilerek, temel hak ve özgürlüklere kısıtlama getiremeyecektir.

-Sınırlamalar Anayasanın sözüne ve ruhuna aykırı olmayacak, madde metninde öngörülen sınırlama sebeplerine uyma dışında getirilecek kısıtlamanın anayasanın bütününe ve lafzına da aykırı olmaması gerekmektedir. Bir anayasa kuralının, diğer anayasa kurallarının göz önüne alınarak yorumlanması, anayasa yorumlarının en önemli ilkelerindendir.¹⁵⁰

-Temel hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlama, ayrıca öze dokunma yasağını da ihlal etmeyecektir. Temel hak ve özgürlüğün, dokunulmaz kısmı, müdahale edildiği takdirde, özgürlüğün kullanılmasının olanaksız hale geldiği alan, o özgürlüğün çekirdek alanını, özünü oluşturmaktadır. Ayrıca müdahale edilen alan kadar, özgürlüğe yönelen müdahalenin yapıldığı şartlar da, öze dokunma yasağı ilkesinde belirleyici rol oynayabilmektedir. Topluluk, fikir ve kanaatlerin nefislerinde taşıdığı değerden, mesela sosyal adalet yahut kamu menfaati yönünde arz edebilecekleri, cüzi bir muhtemel tehlike dolayısıyla yoksul hale getirilmemelidir. Fikir ve kanaatlerin taşıdıkları üstün değerle bundan devlet ve toplum için husule gelebilecek tehlikenin denkleştirilmesi ve fikrin çok üstün değeri karşısında kamu için mevcut tehlike ihtimalinin çok cüzi bulunması halinde

¹⁴⁹ YOKUŞ Sevtap, a.g.e., s. 158

¹⁵⁰ SAĞLAM Fazıl, Temel Hakların Sınırlanması ve Özütü, A.Ü.S.B.F. Yayınları, Ankara, 1982, s., 65

sınırlamanın özgürlüğün özüne dokunmuş sayılması icap edeceğinin kabulü uygun sayılır. Binnetice yapılacak şey bir hesap ve muvazenedir.¹⁵¹

-Demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmayacaktır. Öze dokunmama ilkesi, halen yürürlükte olan 1982 Anayasasında başından beri yer almamış olmakla beraber, gerek kamu hukuku doktrini, gerekse Anayasa Mahkemesi bu kavramı temel hakların sınırlandırılmasında güvence sağlayıcı bir kaynak olarak kullanmaya devam etmiştir. Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer'in Anayasa Mahkemesinin 37. kuruluş yıldönümü töreninde belirttiği üzere; “çağdaş demokrasilerde, bir hak ve özgürlüğün özüne dokunma, özünü ortadan kaldırma kabul edilemez. Bu nedenle, demokratik toplum düzeni gerekleri kavramı içinde öze dokunma yasağı ölçüsü de bulunmaktadır. Aslında bu iki ölçüt, tek bir ölçütün iki ayrı görünüşüdür.”¹⁵² Ancak, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk kavramı da başlı başına belirleyici ve ayırıştırıcı bir kavram olmaktan zaman zaman uzaklaşabilmektedir. Bu bağlamda, demokratik toplumdaki ne anlaşılması gerektiği büyük önem arz etmektedir. Demokratik bir toplum bir kere, halkın yönetimde söz sahibi olduğu, hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkelerini içinde barındıran, yürütmenin hukuk devleti ilkelerine uygun davrandığı alt unsurlarını da içinde barındırmaktadır. Nitekim, Anayasa mahkemesi 1985/15 E, 1986/23 K. sayılı ve 06.10.1986 tarihli demokratik toplum düzeni ile ilgili bir kararında “ Anayasamızda gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenen hukuk düzeninin kastedildiğinde duraksamaya yer yoktur” ibaresini kullanmıştır.¹⁵³

-Sınırlama, ölçülülük ilkesi ile bağdaşacaktır. Buradaki ölçülülük(orantılılık)sınırlanmak istenen özgürlük ile sınırlamanın amacı ve kullanılan vasıta arasındaki orantıdır. Temel hak ve özgürlüğün daha az sınırlandırılması ile ya da daha sıradan bir tedbirle istenilen amaca ulaşılabilecekse bu yol tercih edilmelidir. Burada amaç demokratik toplum düzeninin sağlanmasıdır.

¹⁵¹ KUZU Burhan, a.g.e., s.33-59

¹⁵² DOĞRU Fatih, 1982 Anayasasına Göre Temel Hak Ve Hürriyetlerin Sınırlandırılmasında “Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri “ Kavramı, Emniyet Genel Müdürlüğü Polis Dergisi Oc./Şub./Mrt. 2003, Yıl:9 Sayı:34, Ankara, s., 78

¹⁵³ TEZİÇ Erdoğan, Türkiye’de Siyasal Düşünce Ve Örgütlenme Özgürlüğü, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesinin, 28. Kuruluş Yıldönümü, Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiri, Anayasa Mahkemesi Yayınları No:15, 18-19 Nisan 1990 İstanbul, s.38

Temel hak ve özgürlüklerin, sınırlanmasını düzenleyen bir diğer Anayasa maddesi 14. maddedir.1982 Anayasası temel hakların kötüye kullanılmaması konusunda büyük önem vermiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 17. maddesine tekabül eden anayasamızın 14. maddesi; “Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.

Anayasa hükümlerinden hiçbiri devlete veya kişilere, anayasa ile tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesine ve anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.

Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanun ile düzenlenir.”

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması ile ilgili bir diğer madde Anayasanın 15.maddesidir. 15.madde; Olağanüstü durumlarda özgürlüklerin sınırlanmasını düzenlemiştir.Ancak 15.maddenin geçerlik bulduğu dönemlerde bile, ifade özgürlüğü varlığını koruyacaktır. Ayrıca olağanüstü durumlarda, alınacak önlemler milletler arası hukuktan doğan yükümlülöklere de aykırı olmayacaktır.

Anayasanın 26. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğüne ve bu özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin 13 ve 14. maddelere kısaca değindikten sonra, Anayasa Mahkemesinin ifade özgürlüğü hakkındaki kararlarına geçebiliriz.

II) TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi, bu özgürlüğü iki aşamalı bir süreç olarak ele almıştır. Mahkemeye göre, düşünce ve kanaat özgürlüğü iç özgürlük olarak kaldığı sürece mutlak ve sınırsızdır. Mahkeme düşünce özgürlüğünün toplum alanını ilgilendirmeye başladığı andan itibaren hukukun ilgi alanına gireceğini ve sınırlanabileceğini belirtmektedir.¹⁵⁴

¹⁵⁴ 8.4.1963 tarih 1963/16-83 E.,K. AMKD sayı 1., s.199-200

Demokratik toplumlarda ifade özgürlüğünün asıl fonksiyonu, sorgulayıcı ve eleştirel nitelikteki sözlerin serbestçe açıklanabilmesi olup, sorgulayıcı yönü bulunmayan, sadece kurulu düzene ve anayasaya uygun olan ya da yalnızca meşru olduğuna inanılan fikirlerin açıklanması şeklindeki kullanımı, ifade özgürlüğünün varlığı bakımından bir kanıt olarak değerlendirmek mümkün değildir. AİHM birçok kararında, ifade özgürlüğünün aynı zamanda devlete ve toplumun belirli bir bölümüne aykırı gelen, onları rahatsız eden, şaşırtıcı ve endişe verici düşüncelerin açıklanması açısından da geçerli olduğunu vurgulamıştır.

Anayasa mahkemesinin her iki anayasa döneminde böylesine muhalif kalmayı da içerecek tarzda geniş olarak yorumlandığı bir kararı bulunmamaktadır. Mahkemenin kararlarından ifade özgürlüğünün çoğulcu yaklaşımla muhalefet özgürlüğü şeklinde değil, bir güvenlik meselesi olarak algılandığı ortaya çıkmaktadır. İfade özgürlüğünün, özgürlük sorunundan ziyade güvenlik meselesi olarak algılanması, onun tehlike olarak görülüp, zararlı ve gayri meşru addedilen fikirlerin yasaklanmasına yol açarken, bu durum özgürlüğün kendisinin değil devletin kendisini koruma kaygısının öncelikli hale geldiğinin bir göstergesidir. Böylelikle ifade özgürlüğü iktidarı sınırlandırıcı güce sahip ve farklı fikirlerin açıklanması serbestisi olarak değil, devletin korunması amacı çerçevesinde sadece yararlı ya da meşru olduğuna inanılan görüşlerin açıklanması özgürlüğüne dönüşmektedir.¹⁵⁵

Anayasa mahkemesinin AİHS ve AİHM kararları karşısındaki tutumu, daha çok söz konusu metinleri, Anayasaya uygunluk denetiminde dayanan kurallar statüsünde değil, gözetilen ya da yollamada bulunulan kurallar statüsünde değerlendirilmektedir. TBKP'nin yargılamanın iadesi talebini yüksek mahkeme sözleşmenin doğrudan uygulanabilir niteliğinin olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir.

Mahkemenin ifade özgürlüğü konusundaki eğilimini yansıtan önemli hususlardan biri de şüphesiz sınırlamanın sınırı konusundaki değerlendirmesidir. 1961 Anayasasında özgürlüklerle ilgili sınırlamaların sınırı konusunda “öze dokunmama” ilkesi benimsenmiştir. 1982 Anayasası hazırlanırken bu kavramın yerine “demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama” ilkesi getirilmekle birlikte, “öze dokunmama” ilkesi 3.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı kanunla

¹⁵⁵ SUNAY Reyhan, Anayasa Mahkemesi Kararlarında İfade Hürriyeti, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, 1.Baskı Nisan 2003 Ankara

Anayasa'da gerçekleştirilen değişiklikler çerçevesinde 13.maddeye yeniden sınırlamanın sınırı olarak eklenmiştir.

Anayasa mahkemesinin sınırlama ölçütleri konusunda genel prensiplerinden söz etmek mümkün değildir. Somut olay çerçevesinde birtakım ilkelere işaret etmekle yetinilmiştir.

Anayasa ve kanunlara uygun olarak kabul edilen sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine de uygun bir sınırlama olduğu düşüncesi benimsenmektedir. Aynı yaklaşım Mahkemenin 1961 Anayasası döneminde öze dokunma konusunda verdiği kararlar açısından da geçerli olduğu görülmektedir.

Anayasa mahkemesinin farklı yorum tarzları benimseyerek gerçekleştirdiği denetim sürecinde bir diğer kriteri “yakın ve görülebilir tehlike” ilkesidir. Ancak ifade özgürlüğü açısından bir kriterin belirlenmesi kadar bu kriterin içinin ne şekilde doldurulduğu hususu önem arz etmektedir. Bu konuda Amerika Federal Yüksek Mahkemesi, somut şartları içeren ifade ortamının tehlike kriterinin belirlenmesinde göz önüne alınacağını buradaki tehlikenin, sıradan korkunun ya da toplumsal huzursuzluğun ötesinde, devletin önlemekte haklı ve yetkili olduğu, ciddi ve önemli zararlar meydana getiren, yakınlık derecesinin çok yüksek olduğu bir tehlikedir demektir. Nitekim 1951 tarihli Dennis kararında Yargıç Douglas tarafından; şartların ifadenin tehdit ettiği zarardan kaçınmak ya da onu bertaraf etmek için vakit bulunmayacak derecede kritiklediği durumlar ifadenin sınırlanacağı zamandır şeklinde yorumlarken, Whitney kararında, endişe edilen zarar tam bir tartışma fırsatı verilmeden önce meydana gelebilecek derecede yakın olmadıkça, söz ve ifadeden doğan hiçbir tehlikenin, sözlerin ve ifadelerin sınırlanmasını ancak acil ya da olağanüstü bir durumun haklı kılacağını ileri sürmüştür. Dolayısıyla açık ve mevcut tehlike kriterinde sadece bir şeyin savunulması değil, savunulan ya da inandırılan hususun gerçekleşmesi konusunda, halkı düşmanca bir tutum sergilemeye iten, saldırıyı kışkırtıcı, teşvik edici, suça iteleyici yönde bir tehlikenin oluşup oluşmadığı ve bu tehlikeyi önlemek için yeterli zamanın ve başka çarenin bulunup bulunmadığı hususlarından hareket edilmesi gerekir. Oysa ki ifade özgürlüğü konusunda Yüksek Mahkememizin kararları, çoğulcu bir yaklaşımla farklı fikirlerin açıklanması serbestisi şeklinde değil, mevcut düzene ve Anayasaya uygun düşüncelerin

açıklanması biçiminde değerlendirilmekte ve buna bağlı olarak Anayasaya aykırı bulunanların güvence altında bulunmadıkları görüşü benimsenmektedir.¹⁵⁶

İfade özgürlüğünün öncelikle bir insan hakkı olarak ele alınması önem taşımaktadır. Çünkü insan hakları sorunundan ziyade güvenlik endişesiyle yapılan düzenlemelerin, demokrasinin sağlanması konusunda ciddi bir paradoksa yol açmaları nasıl kaçınılmaz ise aynı endişe ile yapılan Anayasaya uygunluk denetiminin de benzer sakıncayı doğurması kaçınılmazdır.¹⁵⁷

1) 1961 ANAYASASI DÖNEMİ KARARLARI

Kamu Makamlarını Eleştirebilme Özgürlüğü

Yüksek Adalet veya diğer yargı mercilerinin verdiği kararların kötülenmesi, 27 Mayıs'ın haklılığını inkara yol açan ve vatandaşları birbiri aleyhine tahrik ederek onlar arasında kin ve düşmanlık duyguları oluşturan bir davranış niteliğindedir. Yüksek Mahkemenin bu kararı verdiği olay bir siyasi parti başkanının “siyasi kanaatten dolayı kimseye ceza verilemeyeceğine göre, af ancak bir haksızlığın tamiri olacaktır “ sözlerinden ötürü Anayasa Nizamını Milli Güvenlik ve Huzuru Bozan Bazı Fiiller hakkındaki 05.03.1962 tarihli ve 38 sayılı kanunun 1.maddesinin B bendine muhalefet ederek cezalandırılması nedeniyle söz konusu kanunun İfade özgürlüğünü düzenleyen 20. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle açılan davadır. Mahkeme kararını oluştururken, ...düşünce ancak kişinin iç dünyasında olduğu müddetçe sınırsız özgürlükten bahsedilir. Açıklanan düşünce, sınırlamalara tabi olacaktır. ...özgürlüklerin sınırsız kullanımından bahsedilemez, böyle bir durum anarşi ve karışıklık doğurmaktan başka bir netice doğurmayacaktır. Toplum hayatına zarar veren düşünce ve kanaatlerin açığa vurulması toplumu huzursuzluğa sevk ederek toplumsal yaşayışın ve devletin güvenliğini sarsar. Anayasanın dayandığı milli dayanışma, fert ve toplum huzuru gibi ilkeler, ancak siyasi kanaatleri ne olursa olsun aynı toplumun fertleri olan vatandaşlar arasında karşılıklı ve saygı duygularının ve toplum şuurunun kuvvetlenmesiyle doğar ve yerleşir. Bu duyguları

¹⁵⁶ SUNAY Reyhan, Anayasa ..., s.

¹⁵⁷ SUNAY Reyhan, Anayasa..., s.

yok etmeyi ve vatandaşlar arasında ikilik oluşturmayı amaç edinen her hareketin, Anayasanın sözüne ve ruhuna aykırı olduğu şüphe götürmez.¹⁵⁸

Basın Özgürlüğü

Aynı tarihli ve 1963/17-84 esas karar sayılı kararında mahkeme; “Geniş halk kitlelerinin düşünce ve kanaatleri üzerinde etki yapan basın hür olması, toplumun huzurunu ve devletin güvenliğini ihlal edecek nitelikteki yazıların cezasız bırakılması anlamına gelmemektedir. “ demekte. Buna sebep olan ise bir günlük gazetenin “beraberliği sağlamakta hala mı tereddüt” başlıklı yazı nedeniyle gazetenin sorumlu müdürü hakkında Anayasa Nizamını Milli Güvenlik ve Huzuru Bozan Bazı Fiiller hakkındaki 05.03.1962 tarihli ve 38 sayılı kanunun 1.maddesinin A bendine(27 Mayıs devrimini gayri meşru göstermeye çalışmak) muhalefet etmesi nedeniyle hakkında mahkumiyet kararı tesisidir. Mahkeme kararını tesis ederken; “...içtimai görevini yerine getirebilmesi için basının hür olması kadar sorumluluk şuuru ile hareket etmesi de şarttır. Sorumluluk şuurundan yoksun bir basın, her sorumsuz kuvvet gibi er geç soysuzlaşır ve toplum hayatını sarsan ve milli güvenliği tehlikeye sokan bir kuvvet halini alır. Düşünce ve basın özgürlükleri ne kadar mukaddes olursa olsun böyle bir durum karşısında toplum düzenini ve milli güvenliği korumakla görevli olan kanun koyucu gerekli tedbirleri almak zorundadır.” Gibi gerekçelerden hareket etmektedir.¹⁵⁹

Yine 08.04.1963 tarihli bir başka kararında Anayasa Mahkemesi¹⁶⁰ “basının hür olması kadar sorumluluk şuur ile hareket etmesi de şarttır. Sorumluluk duygusundan yoksun bir basın toplum hayatını sarsar ve milli güvenliği tehlikeye sokan bir kuvvet halini alır.” Demekte. Bu kararında gerekçe olarak daha evvelki kararları ile aynı ifadelere yer vermekte. Düşünce ve kanaat özgürlüğü insanların en tabii haklarından. Herkes istediği gibi düşünmekte, istediği fikre inanmakta serbesttir. Kişinin iç alemi kanunun müdahalesi dışındadır. Ancak kişinin iç alanında kaldığı sürece mutlak ve sınırsız olan düşünce ve kanaat özgürlüğü, toplum hayatını ilgilendirdiği andan itibaren hukukun ve kanunun sahasına girer ve toplumsal yaşayışın gerektirdiği bazı kayıtlamalara bağlanabilir.

¹⁵⁸ 8.4.1963 tarih 1963/16-83 E.,K. AMKD sayı 1., s.199-200

¹⁵⁹ 8.4.1963 tarih 1963/17-84 E.,K. AMKD sayı 1., s.210-220

¹⁶⁰ 8.4.1963 tarih 1963/25-87 E.,K. AMKD sayı 1., s.221-229

Mahkeme Kararlarının Yayınlanması

Öte yandan 1963/143-167 esas – karar nolu 26.06.1963 tarihli kararında¹⁶¹ muhakemelerin yayınlanmasının mutlak surette yasaklanmasını Anayasaya aykırı bulmuştur. (1631 sayılı Askeri Muhakeme Usulü Kanununun 165/2 maddesi)

Yabancı Yayınların Yurda Sokulması

Yabancı yayınların yurda sokulması Anayasanın temel hak ve özgürlükleri arasında düzenlenmediği gibi, buna ilişkin bir yasak da düşünce ve bilim özgürlüklerinin özüne dokunmamaktadır.¹⁶² Davanın konusu yabancı memleketlerde çıkan basılmış eserlerin Türkiye sokulmasının ve dağıtılmasının Bakanlar Kurulu kararı ile yasaklanabileceğine, içişleri bakanlığınca toplattırılıp dağıtımının engellenebileceğine ilişkin 5680 sayılı basın kanununun 31. maddesi olup. Anayasa Mahkemesi neticeten söz konusu hükmün Anayasaya aykırı olmadığı kararına ulaşmış ve ...Anayasanın temel hak ve özgürlükleri arasına almadığı yabancı yayınların yurda sokulması konusuna ilişkin bir hükmün, temel hak ve özgürlüklere aykırı bulunduğu yolundaki iddiada isabet yoktur gerekçesini kararına temel etmiştir.¹⁶³

İfade Özgürlüğü ve Ahlak Kriteri Üzerine Mahkeme'nin Anlayışı

Anayasa Mahkemesi bir başka kararında; Müstehcen ve genel ahlaka aykırı fikir ürünleri, sanat eseri olarak kabul edilemez. Filmlerin ve senaryoların kontrolü, genel ahlakın ve milli güvenliğin korunması açısından zorunlu bir tedbirdir. Neticesine ulaşmıştır.¹⁶⁴ Davanın konusu 2559 sayılı PVSK'nın dışarıdan gelen filmlerin gösterilmesi ve içeride yapılacak filmlerin çekilmesini polisin iznine bağlayan ve polise ilgili makamlarla birlikte ve tüzüğüne göre film ve senaryoları inceleme yetkisi veren 6. maddesidir. Anayasa Mahkemesine göre, "herhangi bir devletin siyasi propagandasını yapan, bir ırkı veya milleti küçülten, dost devlet ve milletlerin hislerini rencide eden, din propagandası yapan, milli rejime aykırı siyasi, iktisadi ve içtimai ideoloji propagandası yapan, genel terbiyeye, ahlaka ve milli

¹⁶¹ AMKD, Sayı 1, s. 343-356

¹⁶² 5.7.1963 tarih, 1963/170-178, AMKD Sayı 1, s. 370-378

¹⁶³ SUNAY Reyhan, Anayasa..., s. 49

¹⁶⁴ 8.7.1963 tarih, 1963/204-179, AMKD Sayı 1, s. 378-388

duygularımıza aykırı olan, askerlik şeref ve haysiyetini kıran ve askerlik aleyhinde propaganda yapan, memleketin asayiş ve güvenliği açısından zararlı olan, cürüm işlemeye tahrik eden, içinde Türkiye aleyhinde propaganda aracı sahneler bulunan filmlerin tüzük gereğince gösterilmemektedir. Sahibi rıza gösterirse bazı sahneler kesilmek veya ismi değiştirilmek suretiyle filmin gösterilmesine izin verilebilmesi de tüzükte öngörülmüştür.” “Bu hükümler, davacının iddia ettiği gibi film kontrolünün, sadece polisin tekeline bırakılmadığını, bu konuda bilimsel ve idari yeteneği olan makam temsilcilerinin de söz ve karar sahibi buldukları ve izin verilmeme ölçülerinin, Anayasanın 11. maddesindeki sınırlama sebepleri arasında kaldığı görülmektedir. “öte yandan memleketin birçok yerinde aynı anda gösterilebilen, halkın ruhiyatı üzerinde derin etkiler yapan, maşeri vicdanda geniş tepkeler yaratan bir temaşa vasıtası olan filmlerin bir kayıtlamaya tabi tutulmalarında kamu yararı vardır.” “...sinema filmlerinin bir sanat eseri niteliği taşıdıkları şüphesiz olmakla beraber, edebiyat, resim, heykel gibi güzel sanatlarda da rastlandığı üzere müstehcen ve genel ahlaka aykırı fikir ürünlerinin sanat eserleri arasında sayılamayacağı açıktır. Yüksek Mahkemenin bu kararına ilişkin karşı oy yazısında ise, yasamanın görevinin idareye bırakılması sebebiyle Anayasaya aykırılık görülmüştür. Oysa ki, insan ürünü olan her sanat eseri normalden belli bir düzeyde uzaklaşacak, hatta bazen gerçekte tüm bağlarını koparacaktır-sürrealizm- bazen müstehcen, bazen pornografik olabilecektir. Söz konusu eserin çocukların, gençlerin ahlakını bozabileceği gerekçesi Yüksek mahkeme kararına esas alınabilir. Ancak Yüksek Mahkeme bir eserin sanat eseri olup olmadığı değerlendirmesine girmemelidir.

Bilimsel Özgürlük ve İfade Özgürlüğü

Anayasa Mahkemesi, 1973 yılında vermiş olduğu bir kararında ise, öğretim üyelerinin ve yardımcılarının, ders kitap ve teksiri olarak hazırladıkları yayınların baskısı ve öğrencilere dağıtılması işlerini devlete bırakan hüküm, bilimsel yayın ve araştırma özgürlüğünü yada serbestçe yayın yapma imkanını kısıtlayıcı nitelikte değerlendirilemez demektedir. Mahkemeye göre, ders kitapları ve teksiri hazırlamak, öğretim üye ve yardımcıları için bir ödevdir. Bu nedenle öğretim üye ve

yardımcılarının ders kitap taksir olarak hazırladıkları yayınların baskısı ve öğrencilere dağıtılması işlerini devlete bırakmaları doğaldır.¹⁶⁵

Sınıf Ayrımına Dayalı Propagandadan Dolayı Cezalandırılma Anayasa Aykırı Değildir.

Anayasa Mahkemesi 1980 tarihli bir kararında, “Sınıf ayrımına dayalı propaganda yapılması, düşünce özgürlüğünün kötüye kullanılmasıdır. Milli duyguları zayıflatmak için propaganda yapılması eylemi Anayasanın milliyetçilik anlayışına ters düşen ve yurttaşların vatana bağlılık ödevleri ile bağdaşmayan bir eylemdir.”¹⁶⁶ Diyerek, sınıf ayrımına dayalı propagandadan dolayı cezalandırılmanın anayasa aykırı olmadığını belirtmiştir.

2) 1982 ANAYASASI DÖNEMİ KARARLARI

Anayasa Mahkemesinin 1982 Anayasası döneminde ifade özgürlüğü konusunda verdiği kararlardan örnekler verecek olursak;

Demokrasi İle Bağdaşmayan Düşüncelerin İleri Sürülmesi

Anayasa Mahkemesi 8.12.1988 tarihli ve 1988/2 Esas, 1988/1 Karar sayılı kararında, “diğer sınıflar üzerinde tahakküm kurmak amaçlanmadığı, hukuk devleti ilkesine, çok partili çoğulcu sistemi ve iktidarların seçimlerle değişebilirliği kuralının aykırı bir tutum alınmadığı sürece sınıf iktidarını istemek yada bu yolda çalışmak, yasalara aykırı düşmez.”¹⁶⁷

Anayasa Mahkemesinin bu karara ulaştığı davanın konusu Sosyalist Partinin, sınıf mücadelesine önem vererek, işçiler devleti ve diktatörlüğü kurmayı amaçladığı ve bu suretle Anayasanın 14. ve 68. maddeleri ile Siyasi Partiler Kanununun 5. ve 78. maddelerine aykırı davrandığı ileri sürülerek, kapatılması talebine ilişkindir.

Kapatma talebini inceleyen Anayasa Mahkemesi, öncelikle sosyalizmin teoride ve uygulamada bazı değişimler geçirdiğini, Marksist partiler içinde diktatörlük amacını güdenlerle çoğulcu demokrasi kurallarına bağlı kalarak seçimle

¹⁶⁵ 1973/37 Esas, 1975/22 Karar sayılı ve 11,12,13,14,15 ve 25.2.1975 tarihli karar. A.M.K.D. sayı 13, s., 58-213

¹⁶⁶ 1979/31 Esas, 1980/59 Karar sayılı ve 27.11.1980 tarihli karar. A.M.K.D. sayı 18, s., 339,373

¹⁶⁷ SUNAY Reyhan, Anayasa..., s. 189

iktidarı ele geçirme ve bu yoldan sınıf iktidarı kurmayı amaçlayan partilerin birbirinden ayrılması gerektiğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi, sosyalizmin anlamının zamanla daha farklı hale geldiğine işaret ettikten sonra, sosyalist bir partinin, anayasa ve yasalarla yasaklanıp yasaklanmadığı konusunun sadece adına bakarak çözüme bağlanamayacağını, her somut olayın başlı başına değerlendirilip karara bağlanması gerektiğini açıklamıştır. Anayasa Mahkemesi, ayrıca sosyalist bir partinin, sosyalist bir teoriyi benimsemesinin ve mücadelesini bu teorinin yol göstericiliğinden yararlanmasının da doğal olduğunu ifade etmiştir. Bu gerekçelerle, Anayasa Mahkemesi davanın reddine karar vermiştir.¹⁶⁸

Radyo ve Televizyon İstasyonlarının İşletilmesi

Anayasa Mahkemesi, Radyo ve Televizyon verici istasyonlarının... işletilmesine dair 3517 yasanın 1. maddesi ile PTT'nin program sayısı kadar radyo ve televizyonun yayın şebekesinin TRT'ye ayıracağını ve PTT'nin bu şebekeleri yayın amacı ile kendisinin kullanamayacağı gibi başkalarına kullandıramayacağı ve yayına verilecek radyo ve televizyon programları ile yayın saatleri üzerinde tasarrufta bulunmayacağı hususunun, Anayasanın düşünce özgürlüğünü düzenleyen 25. maddesi, ifade özgürlüğüne ilişkin 26. maddesi ile basın dışı kitle iletişim araçlarından yararlanma hakkının düzenlendiği, 31. maddeye aykırı olduğu iddiası ile açılan iptal davasında, "Düşüncelerin serbestçe oluşması için radyo ve televizyon gibi etkili iletişim araçları üzerinde tek yönlü etkileme faaliyetlerinin gerçekleştirmesini engelleyecek kanuni düzenlemelerin yapılması gereklidir. Radyo ve verici istasyonlarının kurulması, işletilmesi görev ve yetkilerinin PTT ye devredilmesi, haber yada fikir alıp verme konusunda bu kurumun müdahalesine imkan verildiği anlamına gelmez."¹⁶⁹ Sonucuna ulaşmıştır.

Basın özgürlüğü

5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlar ile Çalıştırılanlar Arasında Münasebetlerin Tanzimi Hakkındaki Kanunun, günlük gazetelerin gerekli şartlara sahip basın meslek kuruluşları dışındaki kuruluş ve kişilerce Şeker Bayramının 2. ve 3. günleri ile, Kurban Bayramının 2., 3., 4. günlerinde yayınlanmasını yasaklayan

¹⁶⁸ A.M.K.D. Sayı 24, s., 534, 620

¹⁶⁹ 1989/9 Esas, 1990/8 Karar sayılı ve 18.05.1990 tarihli kararı, A.M.K.D. Sayı, 26, s., 147,189

maddelerinin Anayasanın düşünce ve kanaat özgürlüğü ile basın özgürlüğüne ilişkin maddelerine aykırılığı iddiası ile açılan davada, Anayasa Mahkemesi, “gazetelerin belirli günlerde yayınlanmasının yasaklanması, gazete sahipleri yönünden basın özgürlüğünü ve süreli yayın hakkının, okuyucular yönünden haber alma özgürlüğünün, yazarlar yönünden, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün durdurulması niteliğindedir.”¹⁷⁰ Değerlendirmesine ulaşmıştır.

Ülke Bütünlüğünü Zedeleyecek İfadeler

Sosyalist Türkiye Partisinin programında yer alan “ Kürt ulusunun ve tüm etnik toplulukların kendi dil ve kültürel yapılarını koruyup geliştirebilmeleri imkanının sağlanacağı, ulusların ayrılma dahil, kendi geleceklerini belirleme hakkının yasalar ve toplumsal araçlarla güvenceye alınacağı, ulusal ve etnik kökenin ayrıcalık yada dışlanma ve ezilme nedeni olamayacağı, hiçbir bir dile ayrıcalık tanınmayacağı, ...” hususlarının Siyasal Partiler Kanununun 78. maddesi ve Anayasanın başlangıç ilkelerine aykırı olduğu gerekçesi ile söz konusu partinin kapatılmasına ilişkin davada, Anayasa Mahkemesi, “devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğü ilkesinin, vazgeçilmez unsurlarından olan, ortak dil, kültür, eğitim ve Atatürk Milliyetçiliği kavramlarının hukuksal ve siyasal oldukları kadar tarihsel ve sosyal gerçeklere dayandıklarını bu ilkeyi zedeleyebilecek her türlü yazının, sözün ve davranışın siyasi partiler için yasak olduğu, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının hakları ile aynı kökenden gelişme bağlı olarak, diğer ülke vatandaşları hakları arasında bağlantı kurulmasının dayanağının olmadığını, demokrasilerde ırk ayrımcılığının bir siyasi partinin dayanağı ve amacı olamayacağını, demokrasi ve siyasal yaşamın vazgeçilmez ögesi olan siyasi partiler, demokrasiye ters düşen, demokrasi ile bağdaşmayan, demokrasiyi güçsüz ve etkisiz düşürecek, toplumsal barışı yıkacak program düzenleyemeyeceği ve eylemlerde bulunamayacağı,” düşüncelerinden hareketle siyasi partiler için ülke ve ulus bütünlüğünü zedeleyecek her türlü yazı, söz ve davranışın yasak olduğu sonucuna ulaşmış ve söz konusu partinin kapatılmasına karar vermiştir.¹⁷¹

¹⁷⁰ 1992/32 Esas, 1993/4 Karar., 20.1.1993 tarihli. A.M.K.D. sayı, 29, cilt 1, s., 209-233

¹⁷¹ 1993/2 Esas, 1993/3 Karar, 30.11.1993 tarihli. A.M.K.D. sayı 30, cilt 2, s.936-1038

Tanığa Dininin Sorulması

1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, tanığa sorulacak hususları düzenleyen 61. maddesindeki "... dini, ..." sözcüğünün Anayasanın kimsenin dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağına ilişkin 24. maddesinin 3. fıkrasına aykırılığı iddiası ile açılan itiraz başvurusunda Anayasa Mahkemesi, 1995/25 Esas, 1996/5 Karar ve 2.2.1996 tarihli kararı ile tanıklara dinlerinin sorulması, kişileri dini inançlarını açıklamaya zorlamak olduğu yönünde karar vermiştir.¹⁷²

Radyo ve Televizyon İşletimi

3984 sayılı Radyo Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Kanununun 33. maddesinin, anayasanın ifade özgürlüğü, basın özgürlüğü ve süreli ve süresiz yayın hakkını içeren maddelerine aykırılığı iddiası ile açılan davada; Anayasa Mahkemesi, "yayın ilkeleri ile izin koşullarına aykırı davranan özel radyo ve televizyon kuruluşlarına yetkili kurulca yaptırım uygulanması, idarenin yetki alanı içinde kalan hususlardan olup, konunun anayasada güvence altına alınan düşünceyi açıklama ve basın özgürlüğüne ilişkin maddelerle bir ilgisi olmadığı" neticesine ulaşmıştır.¹⁷³

Anayasa paralelinde ifade özgürlüğüne değindikten ve Anayasa Mahkemesinin bu konudaki kararlarını inceledikten sonra, Türk Ceza Kanununun ifade özgürlüğüne ilişkin maddelerine ve Yargıtay'ın bu konudaki kararlarına geçebiliriz.

III) TÜRK CEZA KANUNUNDA VE YARGITAY KARARLARINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

1) TÜRK CEZA KANUNUNDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

765 sayılı TCK 1889 tarihli Zanardelli kanunu olarak isimlendirilen İtalyan Ceza kanunundan iktibas edilmiştir. Ardından 1936 yılında Rocco kanunu ile yapılan değişikliklere paralel olarak Türk Ceza Kanununda da değişikliklere gidilmiştir.

¹⁷² A.M.K.D. sayı, 32, cilt, 2, s.549-565

¹⁷³ 1996/48 Esas, 199641 Karar, 23.10.1996 tarihli. A.M.K.D. sayı 33, cilt, 1 s., 175-183

Gerek kanunun ilk hazırlandığı döneme, gerekse ülkemizde değişikliklerin yapıldığı dönemlere, bir bakış atılacak olursa; bu dönemlerde; hem İtalya'nın, hem de ülkemizin derin yönetim buhranlarından geçtiği veya bu dönemlerin bitim evresine rastladığı görülecektir. 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu, devlet birliğini yeni sağlamış bir ülkenin kanunudur. Dolayısıyla, bu kaygılardan hareketle, güvenlik ve devletin varlığı ve devamı bireysel özgürlüklerin bir adım ilerisinde olmuştur.

Ülkemizin kanunu kabul ettiği dönem ise , kurtuluş mücadelesinden henüz çıkıldığı, ülke bütünlüğünün korunmaya çalışıldığı bir dönemdir. 1936 yılında Mussolini döneminin, politika ve düşüncelerine uygun olarak değiştirilen İtalyan Ceza Kanunundaki değişiklikler, çok geçmeden bizde de yansımaları bulmuştur. Görüleceği üzere, Ceza Kanunumuz, devletin korunması iç güdüsüyle hareket eden ve buna öncelik veren, bir dönemin kanunu olup, yapılan değişiklikler de bu düşüncenin etkisiyle yapılmıştır.

Esasında her ülke ekonomik ve sosyal dar boğazlardan geçer. Mühim olan bu sıkıntılı dönemlerde dahi ifade özgürlüğünü gerek devlet baskısından gerekse çoğunluğun baskısından koruyarak, ifade özgürlüğü için serbest ve geniş bir sahne yaratabilmektir. İfade özgürlüğünün asıl gerekli olduğu anlar böyle dönemlerdir. Bireylerin kendi öz güvenlerini yitirdikleri bir dönemde onların bir tiranın ardına takılmasını engelleyecek olan, farklı düşüncelerin kolaylıkla açıklanabilmesidir. Üzücüdür ki bir çok devlet bu dönemlerde demokrasinin olmazsa olmaz koşullarından olan ifade özgürlüğüne sınırlama getirmekte, bu durum içine saplanılan durumu daha da vahim hale getirebilmekte, içinden çıkılmaz yapabilmektedir. Sosyal ve ekonomik sorunlarla boğuşan çoğunluk, buna göz yummakta ve hatta bazen popülist politikacıların ardı sıra ifade özgürlüğünü sadece çoğunluğun fikirlerini savunanlara tanımaktadır.

Batı'da pek çok ülke ise, iç ve dış bunalım dönemlerinde olağanüstü bazı önlemler almakla birlikte, düşünce özgürlüğüne sınır koyma yoluna gitmemiştir. İngiltere ve İskandinav ülkeleri başta olmak üzere, liberal rejimler, düşünce özgürlüğü alanında siyasal konjonktürden fazla etkilenmemeyi başarmışlar, özgürlükçü esaslara sadık kalmışlardır.¹⁷⁴

İsviçre'de de II. Dünya savaşı öncesi koşullarında, Fedaral Konsey komünist fesatçılığına, devlet için tehlikeli propagandaya ve demokrasinin korunmasına ilişkin

¹⁷⁴ TANÖR Bülent, Türkiye'nin İnsan Hakları..., s.78

kararnameler çıkarmıştı(3 Kasım 1936, 27 Kasım 1938ve 5 Aralık 1938). Sonradan Federal Meclis de komünist propagandayı ve bunun kolaylaştırılmasını suç saydı, komünist partiyi yasakladı. Federal Mahkeme Ceza Dairesi ise komünist propaganda yasağını yorumlarken, şiddet yoluna başvurulmadıkça komünist düşüncenin yayılmasının anayasal güvence altında olduğu görüşüne vardı. Mahkeme bu tutumuyla olağanüstü koşullarda bile düşüncenin kendisinin korunabileceğini ortaya koymuş oluyordu.

Etnik azınlıklardan gelen ayrılıkçı talep ve düşünceler de, bu gibi sorunlara sahne olan ülkelerde(İngiltere, Fransa, İspanya) yasaklanmış değildir.

Faşist, ırkçı, ayrımcı, Yahudi düşmanı, savaş yanlısı ve kışkırtıcı düşünce açıklamaları konusunda ise durum farklıdır. Bu yöndeki propagandalar hukuksal korumadan faydalanamayacaktır.¹⁷⁵

Ülkemiz de değişik darboğazlardan geçmiştir. Ne var ki, batı demokrasilerinin buhran dönemlerindeki başarısını ülkemiz gösterememiştir. Yönetimler işe ilk önce farklı düşünceleri kısıtlamakla başlamış ve ülkemizde bir düşünce suçu enflasyonu yaşanmıştır.

A) TCK 140, 141, 142, 163 MADDELERİ

TCK 140

“Devletin hariçteki itibar ve nüfuzunu kırarak şekilde devletin dahili vaziyeti hakkında yabancı bir memlekette asılsız, mübalağalı veya maksadı mahsusa müstenid havadis veya haberler neşreden veya milli menfaatlere zarar verecek herhangi bir faaliyette bulunan vatandaş, beş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapse konulur.” Hükmü maddi unsuru bile belirsiz bir düşünce suçudur. Bu konudaki en çarpıcı ceza İsviçre yazarlar birliği başkanına yazdığı 14 Ağustos 1980 tarihli bir mektup nedeniyle bu madde gereği yargılanan, İsmail Beşikçi, Gölcük Sıkıyönetim mahkemesi tarafından 10 yıl ağır hapis ve 5 yıl sürgün cezasına çarptırılmış, ceza Askeri Yargıtay tarafından onanmıştır. Dikkat çekici olan nokta şudur ki, yazılan

¹⁷⁵ TANÖR Bülent, Türkiye'nin İnsan Hakları..., s.83

mektup herhangi bir yerde yayımlanmış, yani aleniyete dökülmüş değildir, sadece müsveddesi ele geçirilmiş ve sanık tarafından da gönderilmiş olduğu doğrulanmıştır.

TCK 141, 142, 163

Belli düşünceler etrafında birleşmeyi, hatta buna tevessülü cezalandıran TCK 141 tipik bir düşünce suçudur.

Askeri Yargıtay, 11.02.1982 tarihli ve 28/25 sayılı kararında bu hususu şöyle vurgulamaktadır: Komünist bir rejimi gerçekleştirme etrafında birleşen kimseler faaliyette bulunmasalar dahi söz konusu cemiyet vücut bulur. Böyle bir cemiyetin amaçlarına katılmayı da o cemiyete girmek olarak kabul etmek doğru olur. Bu niteliği itibarıyla cemiyete girme suçu gibi hem şekli hem de düşünce suçudur.

TCK 141,142 ve 163. maddeler ile ilgili dava ve mahkumiyetlerin bilançosu, ülkenin düşünce özgürlüğü konusundaki düzeyini yeterince yansıtan bir ayna durumuna getirmiştir. Adalet Bakanlığı verilerine göre 1982 - 1990 arasında bu maddelerden 10949 kişi yargılanmıştır. Adalet Bakanının 14.11.1990 tarihli açıklamasına göre belirtilen maddelerden yargılaması devam eden sanık sayısı 1269, tutuklu sayısı 61'dir. Bu duruma özgürlükçü rejimlerde rastlamak mümkün olmasa gerektir.¹⁷⁶

141, 142 ve 163. maddelerin, 21.11.1990 tarih ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Yasası ile yürürlükten kaldırılması ile, ifade özgürlüğünün sınırlandırılması konusunda doğan boşluk, Türk Ceza Yasasının 159 ve 312 maddeleri ile kapatılmaya çalışılmıştır. Bu maddeler sırasıyla, Devletin manevi şahsiyetini tahkir ve halkın kin ve nefrete tahrik suçlarını düzenlemektedir.

B) TCK 159. MADDE

“Türklüğü, Cumhuriyeti, Büyük Millet Meclisini, Hükümetin manevi şahsiyetini, Bakanlıkları, Devletin askeri veya emniyet muhafaza kuvvetlerini veya Adliyenin manevi şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif edenler bir seneden üç seneye kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılırlar.

¹⁷⁶ TANÖR Bülent, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, s. 94

Birinci fıkrada beyan olunan cürümlerin irtikabında 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 15 günden 6 aya kadar hapis ve 100 liradan 500 liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır.

Türklüğü tahkir yabancı memlekette bir Türk tarafından işlenirse verilecek ceza üçte birden yarıya kadar artırılır.

(Ek: 3/8/2002-4771/2 md.) Birinci fıkrada sayılan organları veya kurumları tahkir ve tezyif kastı bulunmaksızın, sadece eleştirmek maksadıyla yapılan yazılı, sözlü veya görüntülü düşünce açıklamaları cezayı gerektirmez. “

TCK 159. maddede düzenlenen suçun oluşabilmesi için; öncelikle “tahkir ve tezyif fiili” bulunmalıdır. İkinci olarak, fiil alenen işlenmelidir. Tahkir ve tezyif, hükümetin manevi şahsiyetine yönelmiş olmalıdır. Son olarak da, failde cürüm kastı bulunmalıdır.¹⁷⁷

TCK 159. maddenin bugüne kadarki uygulaması konusunda yaşanan en temel sorunun, eleştiri ile tahkir ve tezyif kastını ayırt etme noktasındaki güçlük ya da isteksizlik olduğu söylenebilir. Düşünceyi açıklama özgürlüğünün bir uzantısı olan eleştiri hakkının kullanıldığı bir durumda zaten tahkir ve tezyif söz konusu olmaz, yani bir suçtan söz edilemez. Ancak bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı halinde fiilin suç olmayacağı ortadayken ve bu herkes tarafından bilinen, apaçık bir şeyken, hatta bu ilavenin yapılması biraz da komik karşılanırken, kanun koyucuyu böyle bir düzenleme yapmaya iten nedenleri de göz ardı etmemek gerekir. Bu nedenler tahlil edilmeye çalışılırken de özellikle vurgu yapılması gereken konu, ceza hukuku ile politika arasındaki ilişkidir.¹⁷⁸

Bilindiği gibi, ceza hukuku bir yandan temel hak ve özgürlükleri korurken, diğer yandan da bunların sınırlandırılması işlevini görür. Böylece siyasal iktidarların elinde çok önemli bir araç olan ceza hukuku, demokratik sistemlerde özgürlükçü bir yapıya bürünürken otoriter ve totaliter sistemlerde baskıcı bir kimlik sergilemektedir.

¹⁷⁷ SAVAŞ Vural, MOLLAMAHMUTOĞLU Sadık, Türk Ceza Kanununun Yorumu, Cilt. 2, s. 2012, Seçkin yayınevi, 2. baskı, Ankara 1998

¹⁷⁸ SANCAR YALÇIN Türkan, Türk Ceza Kanunu'nun 159. Ve 312. Maddelerinde Yapılan Değişikliklerin Anlamı, A.Ü.H.F. Dergisi, Cilt:52, Sayı:1, 2003 Ankara, s. 3

Devletin kendini koruma refleksi arttıkça, koruma altına alınan varlıklar ve suç teşkil eden fiillerin sayısı artacaktır. Bir de yasaları uygulayanlar, yani yasaları yorumlamak durumunda olanlar, kendilerini devleti korumakla yükümlü görmeye başarlarsa, kuralların uygulama alanı da genişleyecek ve bu durum özgürlükler açısından ciddi bir tehdit oluşturabilecektir.

159. madde metninde sayılan organ ve kurumlara, özellikle de devlet işlerini idare eden hükümete yönelik eleştiriler arttıkça ve bu eleştirilere karşı demokratik bir sistemde olması gereken müsamaha azaldıkça, maddenin uygulanması da daha sık gündeme gelmiştir. Oysa demokratik sistemlerde özellikle icra organı çok şiddetle eleştirilebilmelidir. Devlete kutsallık payesi vererek onun çıkarlarını koruma kaygısı, bireyi ve bireyin özgürlüklerini bir kenara bırakarak, ceza hukukunu baskıcı ve tehlikeli bir araca dönüştürebilir. Özgürlükleri koruma işlevine sahip olması gereken ceza hukuku, bir baskı aracına, özgürlükleri yok etme ve toplumu sindirme aracına dönüşebilir.¹⁷⁹

Devleti oluşturan kurum ve organların ve bunlarda görev alan şahısların kutsal, yanılmaz ve dolayısıyla eleştirilmez olduğu anlayışı, demokratik hukuk devletinin değil totaliter ve otoriter devletlerin bir özelliğidir. Bu baskı ve kısıtlamalar neticesinde değer verilen, el üstünde tutulan, kutsallık payesi verilen devlet ve organlarının hiçbir zaman başarıya ulaştıklarına rastlanmadığı, her zaman kitlelerin mutsuzluğuna neden olduğu ortadadır. Şayet devlet kurum ve organlarının eylem ve işlemlerine yönelik eleştiriler sürekli ceza tehdidi altında olursa, düşünce özgürlüğü anlamını yitireceği gibi, demokratik hukuk devletinin gerekleri de ihlal edilmiş olur. Burada önemli olan doğrudan doğruya tahkir ve tezyif ile eleştiri arasındaki sınırları doğru bir şekilde belirlemektir.

Ayrıca eleştirinin her zaman yumuşak bir tarzda dile getirilmesini beklemek de, düşünce özgürlüğünün tarihsel anlamı ve asli işleviyle bağdaşmaz. O halde 159. maddeye yapılan ilave teknik açıdan son derece anlamsız ve bilinenin, olması gerekenin bir tekrarı olmaktadır.¹⁸⁰

¹⁷⁹ SANCAR YALÇIN Türkan, a.g.e., s.7

¹⁸⁰ SANCAR YALÇIN Türkan, a.g.e.,s.10

C) TCK 312

“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 tahrik 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.

Madde 312/a. - (Ek: 21/11/1990 - 3679/21 md.) Hayat, sağlık veya mal bakımından halk arasında endişe, korku, panik yaratmak amacıyla alenen tehditte bulunanlara iki yıldan dört yıla kadar hapis ve üçmilyon liradan onmilyon liraya kadar ağır para cezası verilir.”

Madde metninde yapılan değişiklik ile ...düşmanlığa veya kin beslemeye tahrik eylemlerinin suç olabilmesi için bu eylemlerin kamu düzeni için tehlikeli olabilecek niteliğe sahip olması gerekmektedir. Bir beyanın ne zaman kin ve düşmanlığa tahrik, ne zaman sert bir eleştiri veya karşı çıkış ya da bir hakkın savunulması olduğu noktasında, yargının yorumu büyük önem taşımaktadır.

Demokratik, çağdaş bir ceza hukukunda, tehlike suçlarında hukuksal yararın ihlali, eylemin önlenmek istenen netice açısından somut tehlike yaratmasına bağlı görülmektedir.¹⁸¹

Demokrasi farklılıkların doğallıkla bir aradalığıdır. Farklılıkların barış içinde bir aradalığı ise, ayrı dünya görüşlerine, dinsel ve mezhepsel inanışlara, etnik köken ve toplumsal sınıflara mensup birey ve toplulukları kucaklamak, söz konusu farklılıklardan herhangi birine öncelik ve üstünlük tanımamakla mümkündür. Binlerin bulunduğu Anadolu’da bir gruba üstünlük tanırırsanız, bu durum önünde sonunda kaosa sebep olacaktır, bir arada yaşayan farklı kültürler su kütlesi gibidirler, bir tarafa tanınan eğim tehlikeli sonuçlara yol açabilir.

Düşünce özgürlüğü açısından, kamu düzenini korumak adı altında doğrudan ya da dolaylı olarak belli bir ideolojiyi ve bunun temsilcilerini himaye etmek

¹⁸¹ SANCAR YALÇIN Türkan, a.g.e., s.13

mümkün olmadığı gibi, bu ideolojiyle ters düşen siyasi düşünceleri yasaklamak da mümkün değildir. AİHM kararlarında, kamu düzeninin ve diğer sınırlama sebeplerinin dar yorumlanması ve sınırlamaya duyulan ihtiyacın ikna edici bir biçimde ortaya konulması gerektiğine yer vermektedir. AİHM, şiddet unsuru içermemek koşuluyla, toplum ve devlet katında yaygın olan siyasi görüşlerin sorgulanabileceğini, bunlara ters düşen düşüncelerin özgürce açıklanabileceğini ortaya koymuş ve böylece çoğulcu toplum yapısını korumak istemiştir. Bu bağlamda AİHM, devletlerin “kamu düzenini” koruma gerekçesinin arkasına sığınmak suretiyle meşru siyasi muhalefeti etkisiz kılma çabalarını engellemiştir. Almanya ve İsviçre’de ikinci dünya savaşında temerküz kamplarının olmadığını, Nazilerin kurban yakmadığını söylemek düşünce özgürlüğünün korumasından faydalanamayacaktır. Avrupa düşünce pazarında hiçbir şekilde hukukun koruması altında olmayan tek düşünce kategorisi, faşist, ırkçı, ayrımcı, Yahudi düşmanı, savaş yanlısı ve kısırtıcısı niteliğindeki düşünce açıklamalarıdır.

Resmi bir anayasa ideolojisinin varlığının kabul edildiği, siyasi alanın bu ideolojiye aykırı olan düşünce ve akımlara kapalı tutulduğu ve böylelikle militan demokrasi anlayışının çok kaba bir biçimde kurumsallaştırıldığı bir siyasi sistem içerisinde kamu düzeni kavramının ideolojik bir içerikle tanımlanması kaçınılmaz bir biçimde ortaya çıkmaktadır.¹⁸²

Nitekim “hikmet-i hükümetçi” bir anlayışa dayanan 1982 anayasası ve bundan beslenen yasalar demeti, dost-düşman karşıtlığı temelinde oluşturduğu siyaset tarzını toplumda egemen kılmaya çalışırken, düşünce açıklamalarını da bu karşılık ekseninde algılamakta ve bunları zararlı-zararsız, sakıncalı-sakıncasız, tehlikeli-tehlikesiz gibi ayrımlara tabi tutmaktadır. Dolayısıyla TCK 312. maddenin koruduğu değer çoğulculuk ve barış esasına dayalı bir kamu düzeni değil, sınırları resmi söylemce belirlenmiş ideolojik yüklü bir kamu düzenidir. TCK 312. maddesinin böyle bir kamu düzenini korumayı hedeflemiş olması, yıllarca benzer işlev yerine getirmiş olan TCK’nın mülga 141, 142, 163. maddeleri ile terörle mücadele kanununun 8. maddesi yerine ikame edilircesine kullanılmak istenmesinden de anlaşılmaktadır.¹⁸³

¹⁸² SUNAY Reyhan, Anayasa..., s. 13

¹⁸³ ERDEM Fazıl Hüsnü, TCK 312. Maddenin Hukuksal Değerin Kısa Bir Analizi, Türk Devlet Düzeni V. Demokratik Kamu Düzeni A.Ü.H.F. Dergisi, Cilt:52, Sayı:1, 2003 Ankara, s. 25

Demokratik kamu düzeni kavramının kendinden beklenen işlevi yerine getirebilmesi, onun, toplumun doğal yapısında mevcut olan dinsel, mezhepsel, etnik, kültürel, ideolojik ve benzeri farklılıklardan herhangi birine dayandırılarak tanımlanmaması, tam tersine, bütün bu farklılıkları kucaklayacak ve böylelikle çoğulcuğu güvence altına alacak bir anlam içeriğine sahip kılınmasını gerektirmektedir. Zira, ancak böyle bir kamu düzeni kavramı, demokrasinin hedeflediği, barışçı birlikte yaşamın zeminini sağlayabilir. Kamu düzeni özgürlüklerin sınırlandırılmasının gerekçesi değil bunların kullanılmasının sağlanması için kullanılmalıdır.¹⁸⁴

Türk Ceza Kanununun 159 ve 312. maddelerine ilişkin açıklamalarımızdan sonra, Yargıtay'ın bu konudaki kararlarını incelemeye geçebiliriz.

2) YARGITAY KARARLARINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Yargıtay, ifade özgürlüğü konusunda vermiş olduğu kararlarda, “gerçeğe uygunluk”, “kamusal ilgi ve toplumsal yarar”, “güncellik”, “şekle uygunluk” gibi kriterleri kullanmış. Amerikan Yüksek Mahkemesi veya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında kullanılan “açık ve yakın tehlike”, “demokratik toplumda gereklilik” gibi kavramlara ise ancak son dönemlerde başvurmaya başlamıştır. Yargıtay, sınırlamanın yasalara uygun olmasını demokratik toplum düzenine uygunluk açısından yeterli görmüştür. Yargıtay'ın ifade özgürlüğü konusunda vermiş olduğu kararlardan örnekler verecek olursak; Yargıtay bir kararında,

“Kişilik haklarına saldırı, basın özgürlüğü olarak kabul edilemez.” Sonucuna ulaşmıştır.

Olay İstanbul'da üç sanatçı genç kızın kaldığı eve yapılan tecavüz biçiminde kamuya yansıtılmıştır. Diğer bir anlatımla tecavüz edilenler, tecavüz edilen kişi görünümü ile ekrana çıkartılmışlardır. Böyle bir olay ve görünümün normal yaşamın sınırları dışında olup, kamuyu ilgilendirilmesi doğaldır. İşte bu bakımdan olayın basın yayın kuruluşlarınca topluma yansıtılması toplumun değer hükümlerine zarar vermesi bakımından kamuyu ilgilendirmektedir. Bu bakımdan yayının birden fazla verilmesinde bir aşamadan söz edilemez. Davacı için yapılan yayınlarda da yukarıya

¹⁸⁴ ERDEM Fazıl Hüsnü, a.g.e., s.35

aktarılan hususlar dışında, öz ve biçim dengesi kurulmak suretiyle yayın yapılmış ve abartılı bir açıklama yapılmamıştır. Sonradan davacının beraat etmesi yayının gerçekliğini ortadan kaldırmaz. Yayın, somut gerçeği değil, görünürdeki gerçeği, özle biçim arasındaki dengeyi korumak suretiyle topluma sunmakla hükümlü ve yetkilidir. Dava konusu yayında bu sınırlar içinde kalarak yayın yapılmıştır, bu nedenle kişilik haklarına saldırıdan bahsedilemez. Dava reddedilmek üzere kararın bozulması gerekmiştir..... gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu yaptığı inceleme neticesinde şu sonuca ulaşmıştır. Anayasa ve Yasaların güvencesi altında bulunan basın özgürlüğü ile kişiyi insan yapan kişilik haklarının çatışması halinde birinin diğerine önceden üstün tutularak sonuca ulaşılması mümkün değildir.

Her olay, kendine özgü koşullar içerisinde değerlendirilerek, çözüme bağlanmalıdır.

Somut olayda, haberin dramatize edilerek ve altı gün üst-üste ana haber bülteninde fazla izleyici sağlamak- amacı ile yayınlandığı, Radyo Televizyon Üst Kurulu'ndan getirilen bant çözüm kayıtları ile sabittir.

Bu bağlamda, gerek devamlılık kazanan yargısal kararlarda ve gerekse doktrinde ifade edilen görüşlerden hareketle, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen ilkelere göre; yayın yoluyla yapılan eylemin kişilik haklarına saldırı niteliğinde olup olmadığının, eş anlatımla bu eylemin hukuka uygun olup olmadığının saptanmasında, (gerçeğe uygunluk), (kamusal ilgi ve toplumsal yarar), (güncellik) ve (şekle uygunluk) unsurlarının bulunup-bulunmadığının araştırılması zorunludur.

Habere konu olay ile bu olayın televizyon yayını ile dile getirilmesi arasında bu unsurlardan birinin bulunmaması halinde hukuka aykırılığı kabul etmek gerekir.

Dava konusu olayda bir an için güncellik, gerçeğe uygunluk ve toplumsal yararın bulunduğu varsayılsa dahi haberin üst-üste altı kez yayınlanması ile eleştiri ölçülerinin aşıldığı ve davacının kişilik haklarına saldırıda bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda; olayın, düşünce özgürlüğünün bir uzantısı bulunan

basın özgürlüğünün kullanılmasından doğduğunun ve hukuki olduğunun kabulü mümkün değildir.¹⁸⁵

Yargıtay, 1998 tarihli bir kararında;

“İfade özgürlüğü, özgürlükçü, demokratik düzenin öngörmediği şekilde kısıtlanamaz.” Kanaatine ulaşmıştır.

Davaya konu haber-yazının ve resimlerin dayanağı olan olgular yadsınamaz temel gerçekler olduğuna göre, bazı yan noktalar ve eleştirinin sert olması, haber-yazıyı hukuka aykırı kılmaz. Aksi takdirde, basın özgürlüğü, düşünce özgürlüğü ve düşündüğünü ifade hakkı, özgürlükçü demokratik düzenin öngörmediği biçimde kısıtlanmış ve hatta tazminat sorumluluğu korkusu içinde basın işlevini yerine getiremez olur. Ayrıca, olayda kişilik haklarına saldırının gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirmesi hakimin görev alanı içindeyken bunun bilirkişi eliyle saptanması ve bilirkişi raporuna da dayanılması hatalıdır.

"P" gazetesinin 26.3.1997 günlü sayısında yayınlanan haber/yazı iki ana nedene dayanmaktadır. Birisi, Necmettin E. ile davacının birer elleri birbirine tutulu olduğu halde her iki kollarını havaya (yukarıya) kaldırmak suretiyle bir açık hava toplantısında topluluğu selamlamalarını konu eden ve aralarındaki özgün bir yakınlığı gösteren resim; diğeri ise Osmanlı padişah tuğralarını andıran ikinci resimdir.

Davacı önce Şanlıurfa, daha sonra Konya illeri Valiliği yapan kişidir. Yüklendiği görev nedeniyle üst ve toplumun dikkatleri üzerinde olan atanmış bir yöneticidir. Son yıllarda mülki amirlerin eylem ve davranışları çeşitli vesilelerle Kamu oyunda konuşulup, yazılıp tartışılmaktadır .

Haber/yazı da bu açıdan tümüyle değerlendirildiğinde, davalı gazetenin basın işlevini yerine getirirken yaptığı bir eleştiri niteliğindedir. Bilindiği gibi, demokratik düzenle yönetilen toplumlarda, basın özgürlüğünün çok önemli bir yeri vardır. Gerçeklik, Kamu yararı güncellik ve anlatımda öze biçim dengesini taşıyan haber/yazı, yorum ve eleştiriler, kişilik haklarına saldırıyı oluştursa bile hukuka uygun olarak kabul edilmektedir.

¹⁸⁵ Hukuk Genel Kurulu (1998/4-695 E - 1998/702 K)

Devletin bir üst yöneticisinin yanlış tutum ve davranışlar içinde olmaması elbette önemlidir. Ancak, aslında böyle olmasa bile, bireylere ve topluma yanlış bir imajı vermemesi de en az o kadar önemlidir.

Davaya konu haber/yazının ve resimlerin dayanağı olan olgular yadsınamaz temel gerçekler olduğuna göre, bazı yan noktalar ve eleştirinin sert olması, haber/yazıyı hukuka aykırı kılmaz. Aksi takdirde, basın özgürlüğü, düşünce özgürlüğü ve düşündüğünü ifade hakkı, özgürlükçü demokratik düzenin öngörmediği biçimde kısıtlanmış ve hatta tazminat sorumluluğu korkusu içinde basın işlevini yerine getiremez olur.

Davacının açık hava resimle saptanan eylemi ve kendisine ait şilt ve hediyelerin sergilendiği eser ve eşyalar arasında yer alan Arapça ya da Osmanlıca yazılı tuğrayı andıran şeyin (eserin) varlığı, haber/yazıdaki eleştirilere yol açmıştır. Davacının amacı bu sonuçlar olmasa bile, toplumun nasıl algılayacağını düşünüp ona göre davranılmasında yarar ve basının eleştirisine olanak vermeyecek önlem olduğu halde, bunda özen gösterilmediği açıktır.

O halde, dosya içeriğine göre davanın reddi gerekirken kabulü yolunda karar verilmesi lüzum ederken aksi yönde hareket edilmesi ve karar verilmesi nedeniyle, bozulmuş, dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HGK KARARI

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.¹⁸⁶ Sonucuna ulaşmıştır.

“Yayın, görünür gerçeğe uygun ve güncel olduğu durumda, kişilik haklarının saldırıya uğradığından bahsedilemez.”

Dava, yayın yolu ile kişilik haklarının saldırıya uğradığı nedenine dayalı manevi tazminat istemine ilişkindir. Davaya konu edilen yayında "sualtını bu adamdan kurtarın" başlığı altında: davacının, fuhuş yaptığı belirlenen bir rus kadını resmi yarışmada lisanssız olarak yarıştırması nedeniyle üç ay süre ile görevden

¹⁸⁶ Hukuk Genel Kurulu (1998/4-695 E - 1998/702 K)

uzaklaştırıldığı, genel sekreter olarak görevlendirilmesinde davalının çabalarının bulunduğu, ancak daha sonra federasyon başkanı olan davacının görevini bir gösteri aracı olarak kullandığı, malvarlığı ile ilgili şüpheler bulunduğu ve borç para verdiğinin belirtildiği, dalış brövelerinin verilmesi ile ilgili usulsüzlüklerin dile getirildiği, anlaşılmaktadır. Dosyadan belirlenen olgular ve temel ilkeler birlikte değerlendirildiğinde, davalı tarafından kaleme alınan yayının görünür gerçeğe uygun olduğu ve güncellik taşıdığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, davacının kişilik haklarının saldırıya uğradığından söz edilemeyeceği ve korunması gereken üstün yararın basın/ifade özgürlüğü olduğu benimsenmelidir.¹⁸⁷

Yargıtay'ın bir gazetede seçimler nedeniyle yayınlanan bir yazı hakkında verdiği karar ise şu şekildedir;

“Haberin verilişinde, gerekli, yararlı ve ilgili olmayan, beyan, tavsif ve değerlendirmelere gidilecek olursa, kişilik hakları ile çatışan basın özgürlüğüne üstünlük tanınması imkansız hale gelir.”

Davacı, davalı Çetin K.'nin sorumlu yazı işleri müdürü olduğu yerel "Akdeniz" gazetesinin 3.2.1999 günlü nüshasında haber kaynağı olarak diğer davalı D.. İlçe Başkanı olan H.Ş. gösterilerek "Mükerrer Rezaleti" başlıklı haber ile kişilik haklarına saldırıldığını, haberin gerçek olmadığını belirterek manevi tazminat isteminde bulunmuştur. Davalı H.Ş. cevabında; seçimlerle ilgili şikayette bulunduğunu, ancak davacının adından bahsedildiğini; diğer davalı Çetin K. ise yayının hukuka uygun olduğunu, seçim listelerine mükerrer yazımlarla ilgili başvuruların haber yapıldığını savunmuştur. Yerel mahkemeye basının aydınlatma görevi yerine getirildiği gerekçesi ile dava reddedilmiştir.

“Basının yansız ve özgür haber verme, bir düşünce ve görüşü tartışma, eleştirme kamuoyunu aydınlatmaya ilişkin fonksiyonunu yerine getirebilmesi bazı ayrıcalıkları gerektirir. Ancak tüm özgürlüklerde olduğu gibi basın özgürlüğü de kişi ve toplum yararı açısından sınırlıdır. Kişinin onur ve saygınlığının korunmasına ilişkin Medeni Kanunun 24. Borçlar Kanununun 49. maddesi ile Anayasanın 28. maddesi basın özgürlüğünün özel hukuk alanındaki sınırlanmasıdır.”

Basın haber verme fonksiyonunu yerine getirirken kullanacağı hakkın özel hukuk alanında sınırı gerçeklik kamu yararı ve toplumsal ilgi güncellik konu ile ifade

¹⁸⁷ 4. Hukuk Dairesi (2002/338 E - 2002/4954 K)

arasında düşünsel bağıllık kuralları ile belirlenmiştir. Haber verme hakkı bu sınırlar içinde kaldığı sürece hukuka uygundur.

Yukarıda sözü edilen sınırlayıcı temel kurallardan sonuncusu haber gerçeği yansıtma bile kullanılacak dil ve ifadenin yapılacak yorumun haberin verilişinin gerektirdiği ve zorunlu kıldığı biçim ve ölçüde bulunmasını öngörür. Şayet haberin verilişinde gerekli yararlı ve ilgili olmayan beyan tavsif ve değerlendirmelere gidilecek olursa kişilik hakları ile çatışan basın özgürlüğüne üstünlük tanınması imkansız hale gelir. Dava konusu yazı bu ilkeler doğrultusunda incelendiğinde dava konusu haberde "...D.. İlçe Başkanı H.Ş., C.. adayı A.B.'nin seçmen listelerinin güncelleştirilmesi sırasında kasaba dışında olan en az 520 üniversite öğrencisini mükerrer olarak yazdırdığı iddiası ile İlçe Seçim Kurulu Başkanı M.E.G. itirazda bulunmuş... mükerrer oy yazımı ile ilgili iddialar C.. adayı ile İlçe Seçim Kurulu Başkanı... üzerinde odaklanıyor..." denilmek suretiyle yayın yapıldığı; ancak yayında belirtildiği gibi D.. İlçe Başkanı H.Ş. tarafından 16.1.1999 tarihinde ilçe seçim kuruluna yapılan itirazda mükerrer yazımda davacının adının dilekçede yer almadığı gibi, dosyada mevcut 14.1.1999 tarihli M.. İlçe Başkanı S.A.'nın şikayet dilekçesi ve 16.1.1999 tarihli V.K. imzalı şikayet dilekçelerinde de mükerrer yazımların davacı tarafından yazdırıldığına dair herhangi bir beyanat ve şikayet yoktur. Nitekim, yayın tarihinden sonra imzasız olarak 18/3/1999 tarihli savcılığa verilen şikayet dilekçesinde mükerrer yazımlarda davacının da rolü olduğu yönünde ibare varsa da savcılık tarafından yapılan tahkikat sonrası davacının "seçim kanununa muhalefet suçundan" delil olmadığı için takipsizlik kararı verildiği anlaşılmaktadır. Şu durumda yayında davacının suç sayılan seçimlerde usulsüz yazımlar yaptırdığı ve mükerrer oy yazımları nedeniyle şüphelerin davacı üzerinde odaklandığı şeklindeki yayın ile davacının kişilik haklarına saldırıda bulunduğu sabittir. Basın kanunu gereği davalı sorumlu yazı işleri müdürünün gerçeği yansıtmayan haber nedeniyle kişilik haklarına saldırı nedeniyle verilen zarardan sorumlu olacağı ve yukarıdaki ilkeler gözetilmeden davanın reddi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.¹⁸⁸

Yargıtay, kararlarında haberin içeriği kadar veriliş tarzına da önem vermektedir.

¹⁸⁸ 4. Hukuk Dairesi (2001/4584 E - 2001/9053 K)

“Haberin verilmesinde kamu yararı bulunsa da, haberin özüyle veriliş biçimi arasında denge bozulmuştur. Kullanılan sözcükler aşırı ve gereksizdir. Bu nedenle hukuka aykırılık mevcuttur.”

Somut olayda, davalıya ait televizyon kanalında 9.7.1998 tarihinde yapılan yayında, Ö. Gazetesinin aynı günlü sayısında yayınlanan "Ya bankacı ol ya gazeteci", "Bir kartel medyasının çirkin yüzü, Maliye Bakanı göreve", "D.'ye mal varlığı tokatı" başlıklı yazılar okunmuş, "Medya ahlaksızlığı" başlıklı yazı ise hem okunup hem ekranda gösterilmiştir. Yazılarda, "...Z.M'nin dillere destan zenginliği, medya çalışanları tarafından alay konusu yapılıyor. Yakın bir zaman öncesine kadar Murat 124 marka arabasından başka bir mal varlığı bulunmayan S. Gazetesi Genel Yayın Yönetmeni Z.M.'nin birdenbire zenginleşmesinin arkasındaki kaynak merak edilmeye başlandı. S.'nin eski bir muhasebe elamanı da, Z.M.'nin maaşını maliyeye eksik bildirerek vergi kaçırdığım iddia etti. S.'nin eski muhasebe elemanı Z.M'nin malvarlığının kaynağı araştırıldığında nasıl servet edindiğini ispatlayamayacağını söyleyerek, şirket tarafından ödenen gelir vergisi stopajlarına bakıldığında Z.M'nin hala yerli bir otomobilden başka otomobile sahip olamayacağı açıkça görülür ifadesini kullandı...Maliye Bakanından, bu hükümet döneminde hasır altı edilen D.B.'nin suç dosyaları hakkında açıklama bekliyoruz. Aksi takdirde D.B'nin Bosluscani'nin akıbetine uğrayacağını ve Bakanlığının zan altında kalacağına dikkat çekiyoruz. D.B.'yi kimler korudu? Ö. Gazetesi olarak, Maliye Bakanından S., Y.Y. Gazeteleri ve ATV'nin sahibi, E.bank'ın %50 ortağı D.B. hakkındaki iddialara açıklık getirilmesini istiyoruz. D.B.'nin hasır altı edilen suç dosyaları hakkında acilen açıklama yapmasını bekliyoruz" denmiştir. Medya Ahlaksızlığı başlıklı yazıda ise; hiçbir dönemde medyanın bu kadar kirlenmediği, yalan, ahlaksızlık, iftira ve başka hesaplarla kamuoyu oluşturma çabalarının bugün olduğu kadar medyayı teslim almadığı, medyanın gündemi belirlediği, hükümeti yönlendirdiği, sanki bu ülkenin düşmanlarının Türkiye'yi teslim almaya çalıştığı, toplumun kültür, ahlak ve değerlerine saldırıldığı, bir avuç azınlık, bir avuç dönmenin ellerindeki kitle iletişim kanallarıyla ruhumuzu ve kimliğimizi teslim almayı hedefledikleri, Selanik'te gazete çıkarıp Milli Mücadele aleyhine yayınlar yapan, Yunanlılara alkış tutanların torunlarının sahnede olduğu kudurmuşlukla bu ülkenin topraklarına salya saçtıkları, değişik işgal senaryoları olduğu yazıldıktan sonra, "defolup gidecekler. Bu topraklar dönmelerin ve Sebetay Sevi'nin torunlarının ihanetini bundan fazla kaldıramaz.

Karısının, kızının, oğlunun ve damadının iğrenç ve çarpık cinsel hayatları ortadayken, büyük bir aymazlıkla sağa-sola salya saçanların bunların sonuçlarına katlanmaları gerekir. Sapkınlık fantezilerini tatmin için ithal sapık arayışına girenlere milletimizin daha fazla tahammülü kalmamıştır. Eline bir iki gazete ve televizyon geçirip üç buçuk komünistle ittifak yaparak, bu ülkeye hizmet etmiş insanları ve kurumları karalayanların akıbetleri, Yunanlı atalarından farklı olmayacaktır. Paçavra gazeteleri ve kanalizasyon haline gelen televizyonları ile birlikte defolup gideceklerdir...Tıpkı babalarının, dedelerinin Yunanlı atalarının gittikleri gibi" denilmiştir.

Bu sözlerle haber verme ve eleştiri sınırları aşarak kişilik haklarına saldırıda bulunulmuştur. Haberin verilmesinde kamu yararı varsa da, haberin veriliş biçiminde öze-biçim arasındaki denge bozulmuştur. Kullanılan sözcükler, konunun gereği kullanılması zorunlu olmayan, amaç bakımından olduğu kadar araç yönünden de aşırıya kaçan, gereksiz sözcüklerdir. Bu nedenle hukuka aykırılık mevcuttur. Öte yandan, televizyon kanalında aynen verilen yazılar nedeniyle Ö. Gazetesi sahip, sorumlu yazı işleri müdürü ve yazar hakkında açılan davada, davanın kısmen kabulüne ilişkin Şişli Asliye 5. Hukuk Mahkemesinin 1998/682 esas, 1999/1136 karar sayılı kararı 4. Hukuk Dairesince onanmıştır.

Davacıların kişilik haklarına saldırıda bulunulması nedeniyle uygun bir tazminata hükmedilmesi gerekirken davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olduğundan, Daire onama kararı kaldırılarak yerel mahkeme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.¹⁸⁹

Yargıtay, Bir diğer kararında ise;

"Tespit ve eleştiri mahiyetindeki yazıdan dolayı cezaya hükmedilemez." Hükmüne yer vermiştir.

Siyasi dergide çıkan suç konusu yazı tümüyle değerlendirildiğinde, işçi sınıfı ve üniversite gençliği ile onların örgütü olan sendika ve derneklerin, 12 Eylül dönemi öncesi ve sonrasındaki mücadele koşullarının değerlendirilmesi yapıp, hali hazırdaki koşulların ve verilen hak ve özgürlük mücadelesinin yetersizliğine değinildikten sonra, bundan sonraki demokratik mücadelenin ne biçimde olması gerektiği yönünde görüş getirilip ve bu güçlerin karşıtı olan güçlerin engellemelerinden söz edilerek onlar için dost olmayan yaklaşımlarda bulunulmakla

¹⁸⁹ 4. Hukuk Dairesi (2001/2560 E - 2001/3615 K)

birlikte, halkı sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik etmesi söz konusu olmadığı yazıda özet olarak 12 Eylül dönemi öncesi ve sonrasının irdelendiği ve bütünü ile eleştiri niteliğinde bulunan görüşler ileri sürüldüğü halde, nitelendirmede yanılığa düşülerek tespit ve eleştiri mahiyetindeki yazıdan dolayı sanığın TCK.'nın 312/2-b son maddesi ile mahkumiyetine karar verilmesi hatalıdır.¹⁹⁰

Suçta konu derginin 6 - 13 sayfalarında yer alan "başkan apo'nun özgürlüğü" başlıklı yazıda PKK terör örgütünün açıklaması da yer aldığından sanıkların, bu suçtan 3713 sayılı yasanın 6/2-son maddesi uyarınca cezalandırılmaları gerekeceğinin düşünülmemesi hatalıdır.¹⁹¹

9. Ceza Dairesi 1976 tarihli bir kararında;

Sanık, "bağımsızlık ve özgürlük" adı altındaki toplantı yürüyüşünde "analarını avratlarını s.k ettiğin satılmış polisler, köpekler, faşistler" ve "katil iktidar" diye bağırıştır.

1- 11.10.1975 günlü resmi gazetede yayınlanan anayasa mahkemesinin 06.05.1975 gün ve 35/126 sayılı kararında, 1773 sayılı yasanın sözü edilen yayım tarihinden 1 yıl sonra yürürlüğe girmek üzere iptal edildiği belirtilmiştir. bu nedenle devlet güvenlik mahkemesinin hukuki varlığı kalmadığına değinen itiraz yerinde değildir.

2- a) hükümet ve iktidar eş anlamda kullanılır. iktidar sözü ile hükümeti oluşturan partilerin veya diğer organlarının kastedildiği, başka söz veya davranışlarla anlaşılamiyorsa, hükümetin hedef alındığının kabulü gerekir. bu olayda hükümetin kastedildiği açık olarak anlaşılmaktadır.

b) sanık, hakaret ve tezyifinde, toplum polisi sözü kullanmamış "polisler" demiş olmasıyla emniyet kuvvetlerine kastetmiştir.

Sanığın hükümetin manevi şahsiyetini ve emniyet muhafaza kuvvetlerini alenen tahkir ve tezyif suçlarından cezalandırılması yasaya uygundur.¹⁹²

Yargıtay, grev çağrısını ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmedeği bir kararında;

¹⁹⁰ 8. Ceza Dairesi (1988/9713 E - 1989/2439 K)

¹⁹¹ 9. Ceza Dairesi (2002/1410 E - 2002/1458 K)

¹⁹² 9. Ceza Dairesi (1976/2 E - 1976/4 K)

“Bir kanunun eleştirilmesi düşünce özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilmesi gerekirse de, bu eleştiriler yanında mevcut yasaya aykırı davranmayı teşvik edici, aykırı davranışları öven bir tutum sergilenmesi TCK.nın 312/1 kapsamına girer.” Kanaatine varmıştır.

Kanunun suç saydığı fiili övmek suçundan sanık Zeki'nin, mahkumiyetine dair, (Yalova Asliye Ceza Mahkemesi)nden verilen 11.4.1991 gün ve 115-207 sayılı hüküm, sanık vekilinin temyizi üzerine Yargıtay Sekizinci Ceza Dairesi'nce incelenerek bozulmuştur.

Yerel Mahkemenin mahkumiyet hükmünde ısrar etmesi sonucunda, dava Ceza Genel Kurulunun önüne gelmiş ve genel kurul;

Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasındaki uyuşmazlık, sanığın sahibi ve sorumlu yazı işleri müdürü olduğu adlı gazetenin özel dördüncü sayısında yer alan "Emekçi Halkımıza" başlıklı yazıda TCK'nun 312/1. maddesinde öngörülen suçun yasal unsurlarının bulunup bulunmadığına ilişkindir.

Sanık tarafından kaleme alınan ve anılan gazetenin özel dördüncü sayısında genel grevden önce yayınlanan yazıda: "Emekçi Halkımıza. Sermayenin iktidarları tarafından yıllarca halkımızın üzerinde tutulmak istenen kara bulutlara "ARTIK YETER" diyoruz. Başta işçi sınıfı olmak üzere emeği ile geçinenler ekmek ve demokrasi için direniyorlar. On binlerce işçi hak arama mücadelesi için grev yapıyor; patronların işçi düşmanı çalışma yasalarını ve çalışma koşullarını reddediyorlar. - Karşılığında ise, başta Cumhurbaşkanı (T.Ö.) olmak üzere iktidar sahipleri patron sözcülüğü yaparak, "Çalışma barışı'nın işçiler tarafından bozulduğunu söylüyorlar. Gerçek ücretleri yarıya indiren, iş yasalarındaki antidemokratik hükümlerle iş güvencesini sona erdiren 12 Eylül rejimi ve onun uzantısı ANAP iktidarları, Halkın desteğinde işçi sınıfının egemenliğini "Yasadışı" ilan etmektedir bununla da yetinmeyip Amerikan tekellerinin petrol paylaşım krizi olan körfez krizini işçilere ve Halkımıza bir tehdit olarak yöneltmektedirler. Hatta daha da ileri giderek Güneydoğuya çağrılan beş bin kişilik NATO kuvveti ile Halkımızı maceraya sürüklemek istemektedirler. Zaten şimdiden kriz bahanesi ile trilyonlarca liralık mali yük işçi ve emekçilerin üzerine yıkıldı. Yıllardan beri işçi sınıfı ve diğer çalışan kesimler üzerindeki Sendikal ve Siyasal baskılara, sermaye iktidarının ekonomi politikalarına hayır diyen işçi sınıfı, mücadelenin bir dönüm noktası olan 3 Ocak eylemi ile patronlara ve onların iktidarlarına bir ders vermeyi amaçlıyor ülke çapında

tüm çalışanlarca kabul ve destek gören 3 Ocak işe gitme eylemleri, Zam - Zulüm düzeninin devamından yana olanların uykularını kaçırıyor. İşçi sınıfının kendi iradesi ve bastırması ile alınan, iktidarın "Yasadışı" saydığı 3 Ocak Eylemi kararı, ekmek ve Demokrasi mücadelesi veren tüm kişi ve kurumların haklı desteği ile meşruluğunu kanıtlamıştır. Yöremizde sıcak mücadele şartlarını yaşayan işçiler fabrikalardan kavga sesleri getiriyorlar. Aldığı ücretle aybaşını getiremeyen, gelecek güvencesinden yoksun çocuklarını sağlıklı besleyip eğitemeyen Asil - Çelik'teki 650, DÖKTAŞ'taki 810 işçi 26 Aralıkta greve başladı, AK-AL, Yalova Elyaf ve Aktops Fabrikaları'nda çalışan dört bin işçi grev kararı aldı. AKSA Fabrikası'nın toplu iş sözleşmesi uyuşmazlıkla sonuçlandı. Bu fabrikalarda da grev bayrağının dalgalanması yakındır. Sermayenin sözcüleri toplu iş sözleşmesi görüşmelerinde işçilerin yüksek talepler ile sürdükleri yalanını ısıtıp ısıtıp ileri sürmektedirler. Oysa, örneğin AKSA Fabrikası'nda çalışan bir işçi 1989 yılında 161,6 milyon net kar ürettiği halde 4,2 milyon ücret almıştır. AK-SA işçisi ayda ortalama 350 bin lira ücret alırken, Asil-Çelik, Yalova Elyaf ve AK-AL'da 300 bin lira almaktadır. Yılda 253 işgününde 226,5 iş günü patron için çalıştığı halde, kendi ücreti için sadece 26,5 gün çalışması yeterli olmaktadır. İşçilerin toplu iş sözleşmesi görüşmelerinde ekonomik talepleri gerçekte enflasyonun gerisindedir. Gizli toplumsal soygun olan enflasyonun sorumluları, emperyalizmin gündemindeki sermaye iktidarlarıdır. Yalova'nın emekçi halkı kendilerini çok yakından ilgilendiren bu işçi hareketliliğine karşı duyarsız değildir. Olmamalıdır da, Tüm çalışan ve ezilenleri sermayenin iktidarını protesto için; dayanışma içinde ekmek ve özgürlük için 3 Ocak Eylemine omuz vermeye çağırıyoruz. LASPETKİM-İŞ Yalova Şubesi, OTOMOBİL-İŞ Bursa Şubesi, Yalova Elyaf İşçileri, TİGEM ve Bahçe Kültürleri İşçileri, Yalova Belediyesi İşçileri, Yalova Fırın İşçileri Yalova Gazetesinde ayrıca, gün bekleme günü değildir. Direnme ve kavga günüdür; Genel grev hayata geçirilmelidir. İşçi sınıfının Sendikal ve Siyasal Birliği sağlanmalıdır. Başta 82 Anayasası olmak üzere işçi sınıfının sendikal ve Siyasal örgütlenmesini ve gelişmesini engelleyen tüm antidemokratik yasalar kaldırılmalıdır. İşten çıkarmalar durdurulsun, İşçi Kırımına Son, işçi ve Emekçiler savaş istemiyor. Savaşa ve Çevik Kuvvete hayır. İşçiler iktidara" denilmiştir.

Özel Daire bu yazıda sanığın kanunun suç saydığı fiili övmek kastı bulunmadığını belirterek yerel mahkeme kararını şu gerekçe ile bozmuştur: "Sanığın

sahibi ve Sorumlu Yazı İşleri Müdürü olduğu adlı Gazetenin Özel dördüncü sayısında yer alan "Emekçi Halkımıza" başlıklı yazının bütünüyle 12 Eylül döneminin ve günün siyasi iktidarının sermayeden yana uygulamalarının emekçilere ve işçi haklarına kısıtlama getirdiği, bu cümleden olarak konan genel grev yasağının aşılması, işçi sınıfının sendikal ve siyasi birliğinin sağlanması genel grevin hayata geçirilmesi işten çıkarmaların durdurulması, işçi kıyımına son verilmesi gerektiğini vurgulayan eleştiri niteliğinde olup kanunun suç saydığı fiili övmek kastı bulunmadığı gözetilmeden yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması bozmayı gerektirmiştir".

Yerel Mahkeme ise;

Türk-İş'in, 3.1.1991 günü genel grev ilan ettiği ve bunu uyguladığı bilinmektedir.

Sanık; gazetesinde bu konuda sadece bir yazı yazarak eleştiride bulunmamış, gazetenin tümünü bu konuya tahsis etmiştir. "Gün bekleme günü değildir, direnme ve kavga günüdür" sözleriyle eleştiri sınırlarını aşmış, genel grevden önce özel sayı çıkararak kastını ortaya koymuştur" gerekçesiyle önceki hükümde direnmiştir.

TCK.nun 312. maddesinin 1. fıkrası hükmünce; "Kanunun cürüm saydığı bir fiili açıkça öven veya iyi gördüğünü söyleyen veya halkı kanuna itaatsizliğe tahrik eden kimse 6 aydan iki yıla kadar hapis veya 2000 liradan 10 bin liraya kadar ağır para cezasına mahkum olur".

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun, toplum yaşamı bakımından taşıdığı büyük önemi dikkate alarak ayrıntılı ve özenli bir düzenlemede bulunmuştur: Grevin tanımına ilişkin olarak 25. maddesinde "İşçilerin, Topluca Çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla aralarında anlaşarak veya her bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmamaları için verdiği karara uyarak iş bırakmalarına grev denilir" denilmiştir.

Yasa ayrıca kanuni grev ve kanun dışı grev kavramlarına da açıklık getirmiştir. Aynı maddenin 2. ve 3. fıkralarında bu konuda şu hükümler konulmuştur: "Toplu iş sözleşmesinin yapılması suretiyle uyuşmazlık çıkması halinde işçilerin iktisadi ve sosyal durumlarıyla çalışma şartlarını korumak veya düzeltmek amacıyla bu kanun hükümlerine uygun olarak yapılan greve kanuni grev denilir. Kanuni grev için aranan şartlar gerçekleşmeden yapılan greve kanun dışı grev denilir. Siyasi

amaçlı grev, genel grev ve dayanışma grevi kanun dışı grevdir. İşyeri işgali, işi yavaşlatma, verimi düşürme ve diğer direnişler hakkında kanun dışı grevin müeyyideleri uygulanır".

Yasa koyucu bu düzenlemelerin dışında grev ve lokavt yasakları ve erteleme, grev oylaması, grev oylamasının sonucu, grev ve lokavtın başlaması konularında ayrıntılı hükümler koymuştur. Bu hükümler doğrudan doğruya kamu düzenini ilgilendirmekte olup, yasa dışı grevin tanımına ilişkin olarak yukarıya metni aynen alınan 25. maddenin 3. fıkrasındaki hükmü yasanın 35, 36 ve 37. maddeleri kapsamı dikkate alınarak yorumlamak zorunludur. Bu açıdan bakılınca kanun koyucunun (Kanun dışı grevi) tanımlamadığı yolunda bir düşünceyi benimsemek mümkün görülmemiştir.

Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu Ceza hükümleri ile de yukarıdaki düzenlemeleri yaptırım altına almıştır. Bu konuda kanun dışı greve ilişkin olarak 70. maddenin 3. fıkrasında; "Grev veya lokavt kararı alınmasında gerçekleşmeyen şartlar yalnızca süre veya tebligata ilişkin ise yukarıdaki fıkralara göre verilecek cezalar üçte birden yarıya kadar indirilir" hükmü getirilmiştir. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise; "Yukarıdaki fıkroda sözü edilen grev veya lokavt kararının uygulanması halinde; grev veya lokavta karar verenler, böyle bir grev veya lokavta karar verilmesine veya uygulanmasına veya bunlara katılmaya veya devam zorlayan veya teşvik edenler veya propaganda yapanlar ile lokavta katılanlar veya devam edenler 3 aydan 6 aya kadar hapis veya 50 bin liradan 100 bin liraya kadar para cezasına mahkum edilirler" denilmiştir.

Tüm bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, yasa koyucu iş uyuşmazlıklarının çözümünde tüm barışçı yolların kullanılmasını ve ancak bütün bu yollardan sonuç alınmaması halinde kavgacı bir yol olan greve başvurulabileceğini ve bunun da usulünü açıkça göstermiştir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası da 54/7. maddesi ile konuya değinerek şu hükmü getirmiştir: "Siyasi amaçlı grev ve lokavt, dayanışma grev ve lokavtı genel grev ve lokavt işyeri işgali, işi yavaşlatma verimi düşürme ve diğer direnişler yapılamaz".

Yasa koyucunun çıkardığı yasaları yorum kurallarının elverdiği ölçüde yorumlayarak uygulamak yargı organının görevidir. Diğer taraftan hakim, uyuşmazlık konusunun taalluk ettiği yasal alanda olması lazım gelen düzenlemeyi

kendi düşüncesine göre belirleyerek ona göre hüküm kurma hakkını haiz değildir. Hakim, uygulayacağı yasa kurallarını Anayasaya aykırı görürse ancak bu takdirde iptalini sağlama amacıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilir.

Şu husus da belirtilmelidir ki, yasalarla getirilen düzenlemeleri tenkit etmek, bunların hukuka aykırı düşüklerini savunarak değıştirilmesini veya ortadan tamamen kaldırılmasını istemek T.C Anayasası'nın 25. ve 26. maddelerinde öngörülen düşünce ve kanaat özgürlüğünün doğal bir sonucudur. 26. maddenin 1. fıkrasına göre; "Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yazma hakkına sahiptir". Yasanın hukuka uygun olmadığını, çağdaş uygulamalara ters düşüküğünü, bu nedenle kaldırılması veya değıştirilmesi gereğinin ileri sürülmesini düşünce ve kanaat özgürlüğü çerçevesinde değerlendirmek gerekmele beraber, bu eleştiriler yanında mevcut yasaya aykırı davranmayı teşvik eden, aykırı davranışları öven bir tutum da sergilenmişse, o takdirde durum TCK.nun 312/1. maddesi kapsamına giren bir suç oluşturur.

Bu ilkeler ışığında olayın değerlendirilmesi yapılırken öncelikle yazının bütünlüğü bozulmamalıdır.

Yukarıya metni aynen alınan özellikle genel grevden önce özel sayı çıkarılmak suretiyle yayınlanan yazı incelendiğinde açıkça görüldüğü üzere konu düşünce özgürlüğünün sınırlarını aşarak TCK.nun 312/1. maddesi kapsamına giren bir eylem oluşturmaktadır.

Genel Kurul'daki görüşmeler sırasında bazı Üyeler; genel greve katılan işçilerin Ceza kovuşturması sonucunda beraat ettiklerini; Genel grev yasağının kaldırılması yolunda gerek yasama organında ve gerekse kamuoyunda kuvvetli bir akımın mevcut olduğunu bu sebeplerle de, direnme kararının bozulması gerektiğini ileri sürmüşler ise de, çoğunluk genel greve katılan işçilerle sanığın eyleminin farklı nitelikte bulunması ve ayrıca yukarıda açıklanan gerekçelerle bu görüşlere katılmamıştır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle direnme kararının onanması gerekir. Neticesine varmıştır.

Karşı Oy Yazısı

T.C Yasasının 311 ve 312. maddeleri kamu düzenine karşı suçlardır. Bu suçlardan 311. maddede özendirilen, yani cürmi hareketin yöneldiği suç konusu eylemin "suç", 312. maddede ise övülen eylemin "cürüm" olması gerekir. Bunlar,

failin eyleminden önce bulunması gereken önkoşullardır. Yerel Mahkeme ilkin bu önkoşulların varlığını aramalıdır. Bu koşullar varsa, sanık suç oluşturan eylemi övmekle yetinmeyip o suça özendirildiği için eylemin T.C Yasasının 311. maddesine girdiği kabul edilmeli ve karar bu nedenle bozulmalıdır. Ayrıca, eylemin hangi suça girdiğinin de ayrıca oylanması zorunludur".¹⁹³

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 23.11.2004 tarihli, gündem oluşturan bir kararında ise TCK 312. madde hususunda şu noktalara değinmiştir.

TCK 312/2 maddesinde düzenlenen suçun oluşabilmesi için;

1- Eylemin aleni yapılması,

2- Kışkırtmanın; sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılıklarından en az birine dayanılarak ve bu kesimleri karşı karşıya getirmek amacıyla gerçekleştirilmesi,

3- "suç ve cezada yasallık ilkesi nedeniyle kışkırtmanın, aynı sosyal sınıf, aynı ırk, aynı din, aynı mezhep ya da aynı bölgeye mensup olup da farklı görüş veya düşünceye sahip olanların bu özelliklerine dayandırılması halinde anılan suçun oluşmayacağı bilinmesi,

4- Kışkırtmanın, farklı halk topluluklarının birbirine karşı düşmanlığa ve kin beslemeye sevk etmesi ve bu halin kamu düzeni açısından tehlikeli olabilecek nitelik ve yeterlilikte olması,

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 birçok kararına yansıtıldığı üzere, kışkırtmanın şiddet çağrısını içermesi,

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 edilmesi,

7- Tek başına yetirlik arz etmeyen ancak, önceden veya sonradan yapılanlarla birlikte değerlendirildiğinde aynı okuyucu ve dinleyici kitlesine hitap ediyor oluşu nedeni ile, kitlelerde kin ve düşmanlık birikimi yaratacağı kabul edilen eylemlerin anılan suçu oluşturabileceğinin, ancak bunun için, bütünü parçalarının

¹⁹³ Ceza Genel Kurulu (1992/299 E - 1993/10 K)

ayrı hükümlere konu edilmeyerek toplu şekilde yargılanmasının gerekli olacağını bilinmesi,

8- Öngörülen suç unsurlarından herhangi birinin eksikliği durumunda tanımlanan cürmün oluşmayacağı,

9- Ceza yasası uygulamalarında, genişletilen ve kıyas düzeyine varan yorumlarla suçun varlığına hükmedilemeyeceği, bu itibarla şiddet çağrısı içermeyen, somut ve yakın tehlike düzeyine de ulaşmamış kışkırtmalara, dolaylı ve zorlayıcı soyutlukla anılan unsurları yakıştırarak, TCK'nın 312/2 maddesindeki suçun oluştuğunu kabullenmenin olanaklı bulunmadığı,

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 yada sevk ediliyorsa bu sonucu yaratmaya yeterli bulunup bulunmadığında, kamu düzenini bozacak etkinliğe ulaşıp ulaşmadığında, soyutluktan kurtulup somut ve yakın bir tehlike haline dönüşüp dönüşmediğinde ve nihayet şiddet çağrısı taşıyıp taşımadığında kuşku hali doğduğunda, aşılması gerektiğinin ve eğer aşılamıyorsa yorumun sanık yararına ve ifade özgürlüğünü genişletme doğrultusunda yapılması icap edeceğinin göz önünde tutulmasının zorunluluk arz ettiği belirtilmiştir.¹⁹⁴

Somut olayda, İstanbul'da basılıp yayınlanan ve tüm ülkede satışa sunulan, sorumlu yazı işleri müdürlüğünü Selaminin yaptığı M... gazetesinin 11.09.2001 tarihli sayısında S.A imzalı " çocuklarımıza sahip çıkalım" bir yazı yayımlanmıştır.

Söz konusu yazıda;" dinsizliğin revaçta olduğu yıllarda dindarlara manevi işkence yapılıyor, çocukların ve gençlerin Kur'an okuması engelleniyor. ... O ehli küfür mevcut dessaslığını gerçekleştirmedi..., ... Aynı zihniyet Türkiye'de sekiz yıllık eğitimi yüzde doksan dokuz Müslüman olan bu millete dayattı ve başardı.... Allah'ın emri olan başörtüsüne, kamusal alanda, hiçbir dayanağı olmayan hiçbir kanuna dayanmayan yasaklamayı getirdiler. ...Bütün fesat ve dinsizlik komiteleri alem-i İslam'da müthiş faaliyetler yapıyor ve taraftarları onları destekliyor ve hepsi de İslamiyet aleyhinde ittifak ediyorlar... İfadeleri kullanılmıştır.

¹⁹⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 23.11.2004 tarih ve 2004/ 8-30 E, 2004/206 K., YKD. C: 31, S: 3 Mart 2005, s. 404 - 405

Sanık Selahattin'in İstanbul 6 nolu Devlet Güvenlik Mahkemesinin 02.10.2002 tarihli kararıyla,TCK 312/2-son ve 59. maddeleri ile uyarınca 1 yıl 8 ay hapis cezasına mahkum edilmiştir.

Hükmün temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 8. Ceza Dairesi; Dava konusu yazı bir bütün olarak değerlendirildiğinde, sanık, ifade ettiği sözlerle, dini esaslara dayalı bir devlet düzeni istek ve özlemi içinde olduğunu açığa vurmaktadır. Bunu yanında, sanık düşlediği özlemin gerçekleşmesi için en büyük engel olarak gördüğü Cumhuriyetin laik niteliğine saldırarak onu zayıflatmayı hedeflemekte ve hedefine ulaşmak maksadıyla da laik Cumhuriyetin temelini oluşturan devrim ve tasarrufları dinsizlik sayarak kötülemlerle kalmayıp, bunları savunan ve destekleyenleri küfür ehli olarak nitelediği tespitine ulaşarak, farklı inanç ve düşüncelere hoşgörüsüzlüğün hüküm sürdüğü ülke ve toplumlarda yaşanan şiddet olayları, bu tehlikenin yeterince yakın olduğunun apaçık delilidir, kanaatine vararak yerel mahkemenin hükmünü onamıştır. Daire başkanı Z. Aslan ve üye N. Yılmaz ise; sanığın yazısında haksız ve incitici saldırı unsurları bulunmakla beraber, suçun maddi unsurunun değerlendirilmesinde yasa maddesinde yapılan değişiklik sonucu olarak dikkate alınması gereken, kamu düzeni için açık ve yakın tehlike ile şiddete çağrı ve önerisi mevcut bulunmadığı görüşüyle suçun yasal unsurlarının oluşmadığı gerekçesiyle onama kararına muhalif kalmışlardır.

Yargıtay C.Başsavcılığınca Dairenin onama kararına itiraz edilmiş, itiraz neticesinde ise Yargıtay Ceza Genel Kurulu;

Gerekçeli kararında, uluslararası düzenlemelere ve öğretilerdeki görüşlere sıklıkla yer vermiş, kamu düzenini koruma gerekçesi altında belli bir ideolojinin dokunulmazlık zırhına büründürülmesi ya da en fazla korumaya mahzar bir ideolojik kategorinin yaratılmasının çoğulculuğu baltalayacağı tespitinde bulunmuştur. Keza insan haklarına dayalı demokratik bir toplumda sayısız işlevler yerine getiren ve böyle bir toplum yapısının olmazsa olmaz koşulunu oluşturan düşünce özgürlüğünün, korunması gereken değerlerin başında geldiğini, özgürlüklerin esas sınırlamanın istisna olduğu ilkesinden hareketle, düşünce özgürlüğünün ancak kamu düzeni açısından zorunlu ve istisnai bir tedbir olarak sınırlanması gerektiği hususunu vurgulamıştır. Genel Kurul'a göre "kamu düzeni" kavramı, niteliği ne olursa olsun, mevcut siyasal düzenin korunmasının bir aracını değil, özgürlükçü ve çoğulcu demokratik toplum yapısının asgari güvencesini oluşturmaktadır.

Sonuç olarak Ceza Genel Kurulu, sanığın üzerine atılı suçun oluşmadığı gerekçesi ile Yargıtay 8. Ceza Dairesinin onama kararını kaldırarak yerel mahkemenin mahkumiyet kararını bozmuştur.

Ceza Genel Kurulu kararına muhalif olan üyeler ise, ülkemizdeki zorlayıcı sosyal gereksinimin, şeriat konusundaki düşüncelere, şiddet çağrısı olmasa bile kamu düzeni ve ulusal güvenlik yönünden sınır getirilmesini zorunlu kıldığını, şeriatın farklı kurallarını benimsetmeye yönelik düşünce açıklamalarında şiddet ve şiddete çağrı ölçütünün aranmasının hakların kötüye kullanılması sonucunu yaratacağı, ülkenin özel koşulları nazara alındığında bu tür söylemlerin doğası icabı her an açık ve yakın bir tehlike doğurduğu, anılan türden söylemlerin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemeyeceği gerekçesi ile mahkumiyet hükmünün onanmasını yerinde bulmuşlardır.¹⁹⁵

Ulusal mahkemelerin kararları ile AIHM kararları kıyaslandığında; ifade özgürlüğü açısından ulusal yargı organları kararlarında ilke olarak yapılan işlemi yani söylenen sözleri, kaleme alınan bildirileri, bu metinlerde kullanılan ifadeleri ve yapılan konuşmaları göz önüne almaktadır. Bu koşullarda söz konusu dışa vurumun somut etkiler yaratıp yaratmadığı araştırılmaksızın, ifadenin kendisi yaptırırma tabi kılınmaya elverişli kabul ediliyor. Strasbourg organları ise daha çok yapılan işlemin etkisi üzerinde durmakta, belli bir sonuca yol açmaya elverişli tahrik edici sözler yaptırırma bağlı tutulmaktadır. Ulusal yargı organları ifadenin kendisini, Avrupa organları ise ifadenin etkisini kayıtlama nedeni olarak kullanmaktadırlar.¹⁹⁶

AIHM'nin Türkiye'nin taraf olduğu davalarda vermiş olduğu kararlardan örnekler verecek olursak, ulusal makamların kararları ile AIHM kararları arasındaki farkları daha açık bir şekilde görmüş olacağız.

¹⁹⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 23.11.2004 tarih ve 2004/ 8-30 E, 2004/206 K., YKD. C: 31, S: 3 Mart 2005, s. 404 - 470

¹⁹⁶ Anayasa Mahkemesinin 37. kuruluş yıldönümü nedeniyle düzenlenen sempozyumun sunuş bildirisi. 26-27 Nisan 1999 Anayasa Mahkemesi yayınları, No:41 Ankara, s.4

IV) İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ KONUSUNDA, AİHM’NİN TÜRKİYENİN TARAF OLDUĞU DAVALARDA VERMİŞ OLDUĞU KARARLARDAN ÖRNEKLER

1) SÜREK v. TÜRKİYE

Bu davada haftalık bir dergi olan “Haberde ve yorumda Gerçek” adlı derginin, bir grup eski milletvekilinden oluşan grubun terör olaylarının yoğun olarak yaşandığı bir bölgede gerçekleştirdikleri ziyaret üzerine düzenledikleri basın toplantısında açıklanan bilgilere yer verirken terörle mücadelede görevli jandarma komutanının adını da yayınlaması üzerine dergi sahibi Kamil Tekin Sürek Terörle Mücadele Yasasının 6. maddesi uyarınca para cezasına çarptırılmış. Mahkeme haberde yer alan bilgilerin, emniyet müdürü ve jandarma komutanının söylediklerinin aktarılması olduğunu yetkilerin kötüye kullanılması halinde, kötüye kullanılan yetki ile birlikte yetkisini kötüye kullananlarında ismen bilinmesinin toplumun hakkı olduğunu, haberin aktarıldığı diğer gazeteler hakkında işlem yapılmamasını da gerekçe göstererek ihlalin varlığına işaret etmiştir.¹⁹⁷

2) ZANA v. TÜRKİYE

Diyarbakır eski belediye başkanı olan Mehdi Zana, 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 kullanmış. Söz konusu ifadeler, ulusal bir gazetede yayınlanmıştır. Hakkında açılan dava neticesinde, Zana halkı, kin ve düşmanlığa tahrik suçunu düzenleyen TCK’nın 312. maddesi ile cezalandırılmış, yapılan temyiz incelemesi üzerine de, mahkumiyet kararı, Yargıtay tarafından onanmıştır. Bunun üzerine Zana Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurmuş, mahkeme, Zana’nın ifade özgürlüğüne bir müdahale olduğunu ve özgürlüğünün

¹⁹⁷ BEYDOĞAN T. Ayhan, a.g.e., s.245 - 248

sınırlandırıldığını belirtmiş, Zana'nın T.C.K. 312. madde gereği cezalandırılması nedeni ile müdahalenin yasallığı şartının gerçekleştiğini kabul etmiştir. İfade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli bir müdahale olup olmadığı noktasında ise, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi terörle mücadelede ulusal güvenlik ve kamu düzeninin sağlanması adına alınan tedbirlerde, kişilerin temel bir hakkı olan ifade özgürlüğü ile ilgili demokratik bir toplumun kendisini terör örgütlerinin faaliyetlerinden koruma hakkı arasında bir denge sağlaması gerektiğini vurgulamıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Zana'nın sarf ettiği ifadelerin, çelişkili olduğunu, bir kere amacını gerçekleştirmek için şiddete başvuran bir örgüte desteği açıklamakla, katliamlara karşı olmanın bağdaştırılamayacağını, aynı şekilde kadın ve çocukların ölümünü kabullenmemekle birlikte bu ölümleri herkesin gerçekleştirebileceği bir hata olarak tanımlamanın da ayrı bir çelişki içerdiğine işaret etmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yapılan açıklamaların ortamın şartlarından bağımsız olarak ele alınamayacağını, bu açıklamaların yapıldığı dönemde, ülkenin güneydoğusunda PKK'nın sivil halk üzerinde gerçekleştirdiği katliamlarla aynı tarihe rastlamasının önem arz ettiğini, bu tür bir açıklamanın büyük bir gazetede yayınlanmasının ve sözlerin sahibinin güneydoğu bölgesinin en önemli şehrinin eski bir belediye başkanı olması, PKK'nın ulusal bağımsızlık hareketini savunması ile var olan gerginliğin tırmanabileceği, bu nedenle belirtilen şartlar dikkate alındığında başvurucuya verilen cezanın acil bir sosyal ihtiyaca cevap verdiğini, ayrıca üye ülkelerin takdir hakları da dikkate alındığında, ifade özgürlüğüne yapılan müdahale ile elde edilmek istenen amaç arasında orantının bulunduğunu ve sözleşmenin 10. maddesinin ihlalinin söz konusu olmadığı sonucuna ulaşmıştır.¹⁹⁸

3) CEYLAN v. TÜRKİYE

Petrol İş Sendikası başkanı Münir Ceylan, haftalık olarak yayınlanan bir gazetede, "söz işçinin, yarın çok geç olacaktır" başlıklı bir makale yayınlamış, makalede "Türkiye'de Kürtler soykırımı tabi tutuluyor" ve "Kürt halkının ağzı

¹⁹⁸ İnsan Hakları Mahkemesi Kararları T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı 1997 yılı bülteni, s.93-109

tıkanmaya ve boğulmaya çalışılıyor” ifadelerini kullanmış, hakkında kovuşturma başlatılmış ve Devlet Güvenlik Mahkemesince hakkında 1 yıl 8 ay hapis cezası, 100.000 TL. para cezası öngörülmüş ve karar Yargıtay tarafından da onanmıştır.

Yapılan başvuru üzerine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvurunun ifade özgürlüğüne bir müdahalenin bulunduğunu, müdahalenin kanunla öngörülen bir sebebe dayandığını belirttikten sonra, vaki müdahalenin yerindeliği konusunda ise, makalenin içerik olarak politik bir söylem olduğunu ve Türk yetkililerinin eylemlerinin oldukça sert bir dille eleştirildiğini, ancak politik konuşmaların ve kamuyu ilgilendiren konularla ifade özgürlüğünün sınırlanması noktasında devletin, manevra alanının dar olduğunu, devletlerin kamu düzeninin garantörü olarak kendilerine yöneltilen eleştirilere karşı cezai tedbir alabileceğini, fakat hükümetlerin elinde bulundukları güç nazara alındığında, yapılan haksız eleştirilere karşı daha seçici ve dikkatli olmaları gerektiğini, kamu görevlilerine veya toplumun bir kesimine karşı şiddeti teşvik edici nitelik taşıması halinde ise, ulusal makamların daha geniş takdir yetkisine sahip olduğunu belirtmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, makalede kullanılan dilin, sert olduğunu kabul etmekle beraber, kişileri şiddete veya silahlı ayaklanmaya teşvik etmesinin söz konusu olmadığını, başvurucuya verilen cezanın oldukça ağır olduğunu, verilen ceza neticesinde Ceylan’ın sendikadaki işini kaybettiğini ve bu nedenlerle takdir edilen ceza ile ulaşılmak istenen amaç arasında orantı olmadığına ve yapılan müdahalenin demokratik bir toplumun gereklerine uygun olmadığına hükmetmiştir.¹⁹⁹

4) OKÇUOĞLU v. TÜRKİYE

Başvurucu M. Selim Okçuoğlu, bir dergide yayınlanan, “Kürt sorununun dünü ve bugünü” başlıklı makalesi nedeniyle, Devlet Güvenlik Mahkemesince “devletin bölünmez bütünlüğü” aleyhine propaganda yapmaktan Terörle Mücadele Yasasının 8. maddesi uyarınca 18 ay hapis ve para cezasına mahkum edilmiştir. Devlet Güvenlik Mahkemesi, Okçuoğlu’nun “bazı Türk vatandaşları Kürt kökenli

¹⁹⁹ BIÇAK Vahit, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, Liberal Düşünce Topluluğu, s.211 - 229, Temmuz 2002, Ankara

olmasından dolayı vatandaşlık haklarından mahrum bırakılmaktadır ve Kürt halkının toprakları bölgedeki devletlerce paylaşılmıştır. Kürt halkı vatandaşlık haklarını elde etmek için bölgedeki devletlerle savaşılmaktadır.” Sözlerini Türk devletinin, ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünü bozmayı hedef alan bölücü propaganda olarak nitelmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yapılan başvuru üzerine, ifade özgürlüğüne bir müdahale bulunduğunu, müdahalenin yasal bir dayanağının var olduğunu belirtirken, müdahalenin gerekliliği noktasında; bir dergi aracılığı ile ifade özgürlüğünün kullanılması söz konusu olduğundan, durum basının demokrasinin işleyişi üzerindeki etkinliğinin de dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiğini, başvuru tarafından yapılan analizin tarafsız olduğu söylenmese de kullanılan dilin aşırı ve uç nitelikte olduğunun da söylenemeyeceğini, politik söylemlerin sözleşmenin 10. maddesi kapsamında daha geniş korumadan yararlandığını ve ulusal makamların bu tür ifadeleri kısıtlarken daha titiz davranmalarının elzem olduğunu, her ne kadar Türkiye'nin karşı karşıya olduğu terör faaliyetleri nedeni ile bir hassasiyeti söz konusu olsa da yorumların bir açık oturumda yapılmış olması ve satışı çok fazla olmayan bir dergide yayınlanmış olması dikkate alındığında, söz konusu ifadeler nedeni ile ulusal güvenliğinin ve kamu düzeninin sarsılması ihtimalinin pek yüksek olmadığını Türk halkı için söylenen sözler olumsuz, düşmanca içerik taşıyan söylemler olsa da şiddete veyahut isyana teşvikin söz konusu olmadığını vurgulayarak, başvuru sahibinin ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin orantısız ve dolayısı ile demokratik bir toplum için kabul edilebilir olmadığına hükmetmiştir.²⁰⁰

5) GERGER v. TÜRKİYE

Başvuru sahibi Haluk Gerger, 23.05.1993 tarihinde düzenlenen bir anma törenine “Kürt halkının bağımsızlık tohumları o günlerde Kürdistan dağlarında atıldı... bize gelince, o günlerin büyük su birikintilerinden oluşan nehirler, akarsular, seller ve şelaleler üzerinde, sınıfımızın, insanımızın ve demokrasimizin oluşturduğu ovalar boyunca özgürlük ve sınıfsız bir toplum gerçekleştirme adına insanlığın son

²⁰⁰ BEYDOĞAN T. Ayhan, a.g.e., s.225 - 229

kurtuluşuna doğru yüzüyoruz” cümlelerini içeren bir mesaj göndermiş ve bu mesaj nedeni ile Terörle Mücadele Yasasının 8. maddesi gereğince 1 yıl 8 ay hapis ve 208.333.333 TL. para cezasına mahkum edilmiştir. Başvurucu, ifade özgürlüğünün kısıtlandığını, aynı suçtan dolayı iki kez ceza aldığını iddia etmiş, hükümet ise, mesajın 1960’lı yıllarda terörizm olaylarına karışan kişilerin anısına düzenlenen bir anma töreninde okunduğunu, ülkelerin toprak bütünlüğünün tehdit edildiği, terörizm tehlikesinin bulunduğu durumlarda ifade özgürlüğünün kısıtlanabileceğini savunmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, politik ifadelerin ifade özgürlüğünün korumasından daha zengin bir şekilde faydalandığını, Türkiye’nin terörle mücadele konusundaki hassasiyetinin farkında olduğunu, mesajda karşı koyma, mücadele ve bağımsız gibi kelimeler kullanılmış olmakla birlikte şiddete, silahlı mücadeleye veya isyana özendirme yoktur diyerek başvuru sahibi verilen ceza ile elde edilmek istenen amaç arasında orantı bulunmadığı, yapılan müdahalenin demokratik bir toplum için gerekli bir husus olmadığı kanaatine varmıştır.²⁰¹

6) KARATAŞ v. TÜRKİYE

Başvurucu, Hüseyin Karataş, Kürt kökenli bir Türk vatandaşı olup, psikolog olarak çalışmaktadır. “Dersim-Bir isyanın türküsü” adlı bir şiir kitabı yayınlamıştır. İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesince Terörle Mücadele Kanununun 8. maddesine muhalefetten 1 yıl 1 ay 10 gün hapis ve 111.111.110 TL para cezasına çarptırılmıştır. Başvuru sahibi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine müracaatta bulunur ve mahkum edilmesinin tek sebebinin resmi ideolojiyi benimsemeyerek, Kürtlere ve Kürdistana atıfta bulunması olduğunu belirtmiştir. Ayrıca yayımlanan şiir kitabında duygularını ve düşüncelerini açıkladığını, eserde mübalağa sanatının da kullanıldığını, dolayısıyla bölücülük amacının olmadığını ifade etmiştir. Hükümet ise, terör örgütünün sürekli ve sistematik olarak şiddet eylemleri yaptığını ve ayrılıkçı hareketlerin toplumun değişik grupları arasında şiddet ve düşmanlığa tahrik oluşturduğunu, başvurusunun da kitabında şiddete teşvik öğelerinin bulunduğunu savunmuştur.

²⁰¹ TEZCAN Durmuş, a.g.e., s. 274 - 275

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kitap içerisinde terör örgütüne yönelik fedakarlık talep edilirken, Türk yetkililere yönelik saldırgan bir üslup kullanıldığını, başvuru sahibinin kullandığı metodun şiir ile anlatım yolu olup, bunun küçük bir kitleye hitap edebileceğini, şiirlerin siyasi boyutunun bulunduğunu, renkli bir hayal gücü kullanılarak, Türkiye’de bulunan birçok Kürt kökenli nüfustan derin bir hoşnutsuzluk olduğunu ifade ettiğini, kitapta şiirler vasıtası ile politik bir söylemle Türkiye’deki Kürt kökenli kişilerin çoğunun mutsuzluğunun dile getirildiğini, Karataş’ın özel bir şahıs olması nedeni ile, şiirlerinin küçük bir gruba hitap ettiğini, ayrıca medya aracılığıyla fikirlerin açıklanmamış olmasının söz konusu fikirlerin ulusal güvenlik, kamu düzeni ve toprak bütünlüğü üzerindeki etkisini ciddi olarak azalttığını, her ne kadar bazı bölümler saldırgan bir üslup ile yazılmış olsa da düşüncelerin sanatsal nitelik taşıyan bir yol ile aktarılmasının isyan ve ayaklanma ihtimalini azalttığını, belirtilen nedenlerle ifade özgürlüğüne yapılan müdahale ile başvuru sahibine verilen ceza ile elde edilmek istenen amaç arasında orantı bulunmadığını, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik bir toplum için gerekli olmadığını tespit etmiştir.²⁰²

7) ŞENER v. TÜRKİYE

Başvuru sahibi Pelin Şener, İstanbul’da basılan, haftalık bir derginin sahibi ve editörüdür ve 05.09.1993 tarihinde, söz konusu dergide yayınlanan, “Aydın İtirafı” adlı bir makaleden dolayı, 6 ay hapis ve 50 milyon TL para cezasına çarptırılır. Başvuru sahibinin, cezalandırıldığı Terörle Mücadele Yasası’nda yapılan değişiklik üzerine, hapis cezası para cezasına çevrilir. Devlet Güvenlik Mahkemesinin kararında, başvuru sahibinin, Türkiye’nin belli bir bölümünü Kürdistan diye nitelediği, bu bölgede yaşayan ve Kürt olarak nitelenen kişilerin, soykırıma tabi tutulduğunu iddia ettiğini, bir bütün olarak değerlendirildiğinde, makalede devletin bölünmez bütünlüğü aleyhine propaganda yapıldığını, bu nedenle başvuru sahibine ceza verildiği gerekçesine yer vermektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ifade özgürlüğüne, yasal temeli bulunan ve sözleşmede öngörülen müdahale gerekçeleri arasında sayılan bir nedenle,

²⁰² BEYDOĞAN T. Ayhan, a.g.e., s.276 - 282

müdahalenin varlığını kabul ettikten sonra, yapılan müdahalenin, demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı noktasında ise başvuruçunun; mahkumiyet gerekçesi yapılan makalede yayınlanan ifadelerinin, demokrasiyi ve insan haklarını övdüğünü, yazar ve düşünürlerin, demokrasiyi ve insan haklarını savunurken daha cesur olmaları gerektiği yönündeki iddiası ile hükümetin; söz konusu makalenin, devlete karşı terörü teşvik ettiğini, bu noktada, makalede yer alan "savaşa karşı gelmenin tek yolu adil olarak savaşı devam ettirmektir gerçeğini unuttuk" cümlesinin de bir gösterge olduğunu, belirtilen ifadelerin, ülkede yüksek yoğunlukta terör olaylarının yaşandığı bir döneme denk gelmesinin de ayrı bir önemi olduğu yönündeki savunmasını değerlendirmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, makalede yer alan sözlerin, bir yazarın Kürt problemi karşısındaki düşüncelerini ihtiva ettiğini, hükümet ve güvenlik kuvvetlerinin Kürt kökenli nüfusa karşı eylemlerinin eleştirisini içerdiğini, problemin çözümü için barışçı yöntemlerin kullanılması gerektiğini belirttiğini, yazarın ifadelerinde, kan dökülmesine karşı olduğunu, şiddeti övmediğini, aksine makalede, durumun entelektüel bir değerlendirmesinin yapıldığını, oysa mahkumiyet kararını veren mahkeme, insanların, bölgede yaşanan olayları farklı bir yaklaşımla öğrenme hakkı bulunduğunu dikkate almamıştır. Bu nedenlerle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sözleşme ile korunan ifade özgürlüğüne yapılan müdahale ile, elde edilmek istenen amaç arasında orantı bulunmadığını ve müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığını gerekçe göstererek, ifade özgürlüğünün ihlal edildiği kanaatine ulaşmıştır.²⁰³

8) AKSOY v. TÜRKİYE

Başvuruçucu İbrahim Aksoy, olay tarihi itibarıyla milletvekili olup, daha sonraları Anayasa Mahkemesince kapatılacak olan Halkın Emek Partisi'nin genel sekreteridir. Başvuruçucu, 1991 yılında Konya'da düzenlenen genel kongrede yaptığı konuşmada, bölücü propagandada bulunduğu gerekçesi Terörle Mücadele Yasasına muhalefet etmekten, zikredilen yasa nedeniyle cezaya çarptırılmış ve daha sonraları, haftalık bir dergide yayınlanan "Somali-Bosna-Kürdistan" başlıklı makalesinde,

²⁰³ BIÇAK Vahit, a.g.e., s. 499 - 517

devletin toprak bütünlüğüne hakaret ettiği gerekçesi ile ve nihayet, Kürtleri tek bir ulus olarak gösteren ve Kürt sorunu konusunda kamuoyu oluşturmayı amaç edinen, başka bir dergide yayınlanan, bölücülük propagandası içeren sözleri nedeniyle aynı şekilde cezalandırılmıştır.

Aksoy, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapmış olduğu başvuruda, hukukun üstünlüğüne aykırı, demokratik düzeni yıkmak veya şiddeti teşvik eden yazılar yazmadığını ve bu tür söylemleri hiçbir zaman dile getirmediğini, barışçı ve demokratik bir tartışma yaratma ümidiyle Kürt halkının geleceğini ilgilendiren konularda görüşlerini belirttiğini beyan etmiştir.

Hükümet ise, başvurucunun mahkumiyetinin, bölücü yayınlarının ve söylemlerinin, Kürdistan'ın Türk ulusal topraklarından ayrı bir parça ve Kürt halkının farklı bir millet olduğu yönünde nitelemesi çerçevesinde, Türkiye'nin Güneydoğusu'nda yoğun terör olaylarının gerçekleştiği bir dönemde ifade edildiğini, ülkede bir çok farklı etnik grubun yaşadığını ve etnik unsurların yer aldığı makalenin bu gruplardan birinin baş kaldırmasını teşvik ettiğini belirtmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine, halkın oylarıyla göreve gelen bir kişinin halkın haklarını savunma ve sıkıntılarını dile getirme gibi bir mükellefiyetinin bulunduğunu, bu durumun ifade özgürlüğünün önemini arttırdığını, başvurucu muhalif bir milletvekili olup başvurucunun bölge kongresinde yapmış olduğu konuşmada, katılımcılara, partisinin izlediği politikayı anlattığını, konuşma sırasında, Türk hükümetinin, Kürt halkının varlığını inkar ettiğini, Kürt sorununun çözülmesinin demokrasinin yeşermesi için faydalı olduğunu, partisinin Türkiye'de ezilen Kürt halkının partisi olduğunu ifade ettiğini, İstanbul DGM'nin, kararında belirttiği gibi, başvurucunun mahkumiyetinin sebebi etnik bir grubun ayrı devlet ve millet olarak değerlendirilmesi olduğunu, şiddete yada silahlı direnişe bir çağrının bulunmadığını, kaldı ki başvurucunun konuşmasında ırkçı bir yaklaşım sergilemediğini, başvuruya esas teşkil eden ikinci yazısında ise Bosna Hersek ve Somali'de yaşayan kişilerle Kürdistan bölgesinde yaşadığını iddia ettiği Kürtlerin durumu hakkında paralellik kurmaya çalıştığını, yazısında gıda ve bozuk ilaç sebebi ile çocuk ölüm oranının yüksek olması ve açlığın savaşın hüküm sürmesini sebep göstererek, Birleşmiş Milletler'in Kürt halkının yaşadığı Kürdistan bölgesine de müdahale etmesinin kaçınılmaz olduğunu belirttiğini, üçüncü yazısında, parti

programının açıklandığını ve devletin mevcut düzeninin sorgulandığını, “Kürt halkının özgürlük mücadelesi hala sürüyor” gibi cümlelerde demokrasi kurallarının ihlal edilmediğini tespit etmiş ve bu nedenlerle; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi başvurusunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığını ve mahkumiyet ile elde edilmek istenilen amaç arasında orantı bulunmadığını kararında vurgulamıştır.²⁰⁴

9) GÜNDÜZ v. TÜRKİYE

1941 doğumlu bir Türk vatandaşı olan başvuru, Müslüm Gündüz işçi emeklisidir.

HBB adlı televizyon kanalında yayınlanan bir programda Aczmendi Tarikatının lideri olarak yayına çıkmasının ardından Gündüz hakkında soruşturma başlatılmıştır. 12 Haziran 1995 tarihinde yayınlanan program yaklaşık dört saat sürmüştür.

1 Nisan 1996 tarihinde devlet güvenlik mahkemesine çıkarılan Gündüz, insanları dinsel temelde nefret ve düşmanlığa teşvik etmekten suçlu bulunmuş ve 2 yıl hapis ve para cezasına mahkum edilmiştir. Mahkeme Gündüz'ün özellikle çağdaş laik kurumları dinsiz olarak tanımlamış olduğuna, laiklik ve demokrasiye ilişkin esasları sert bir biçimde eleştirdiğine ve açık bir biçimde şeriat kurma çağrısında bulunduğuna karar vermişti.

Başvuru kendine yönelik bu suçlamanın Sözleşmenin 10. maddesini ihlal ettiğini öne sürmüştü.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvurucuya yönelik suçlamanın ifade özgürlüğünü kısıtlamış olduğuna karar vermiştir. Bu kısıtlama Türk Ceza Kanununa dayanmaktadır ve düzenin bozulmasını ya da suç işlenmesini engelleme, moral değerleri ve diğerlerinin hakkını koruma gibi amaçlara hizmet eder.

Mahkeme öncelikle programın kamunun gözü önünde bulunan bir tarikata ilişkin olduğunu gözlemlemiştir. Fikirleri herkes tarafından bilinen Gündüz, programa tarikatını temsilen çağrılmış, tarikatın demokratik değerlerinin İslam

²⁰⁴ TEZCAN Durmuş, a.g.e., s.276

konsepti ile bağdaşmadığı düşüncesi de dahil olmak üzere rahatsızlıklarını dile getirmiştir. Programda ele alınan konu, genel sorunlar ve Türk medyasındaki kapsamlı tartışmalardır.

Mahkemeye göre başvuru suçu bulan yerel mahkemeler, Türkiye'deki çağdaş kurumlara ilişkin memnuniyetsiz olanlara hoşgörü göstermemektedir. Bu nedenle şiddete teşvik etme ya da "kin içerikli" olarak değerlendirilemez. Mahkeme ayrıca, kısıtlamanın Sözleşmenin 10/2. maddesinin amacına uygun olup olmadığına karar vermek için diğerlerinin haklarının korunması ve ifade özgürlüğü konusunun irdelenmesi durumunda yerel mahkemelerin başvuruçunun günlük kamusal tartışmalara aktif bir biçimde katılmasına daha fazla önem verilmesi gerektiğini düşünmektedir. Son olarak, konuşmanın propaganda niteliğinde olduğu ve hoşgörüsüzlüğü baz alarak nefreti meşrulaştırma çabasını güttüğü şeklinde değerlendirilmesinin, Sözleşmenin 10. maddesinin koruduğu değerlere uygun düşmediğine karar verilmiştir. Mahkemenin bakış açısına göre şeriatı savunan ancak şeriatın kurulması için şiddete başvurma çağrısında bulunmayan bir konuşma "nefret konuşması" olarak değerlendirilemez. Bu bağlamda Mahkeme bu tür bir kısıtlamanın gerekli olmadığına karar vermiştir.

Buna göre, yerel otoriteler tarafından düzenlenen uç görüşlerden bağımsız olarak mahkeme 10. maddenin amacı için başvuruçunun ifade özgürlüğüne getirilen kısıtlamanın haklılığını teyit edecek yeterli neden bulunmadığına karar vermiştir.²⁰⁵

Yukarıda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, Türkiye hakkında vermiş olduğu kararlardan birkaç örnek verilmiştir. Bu kararlardan anlaşılacağı üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Türkiye aleyhine açılan davalarda, karar verme sürecinde belli ilkelere başvurmuştur. Bu ilkeler; özetlenecek olursa, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi evvela sözleşmenin 10. maddesinin 1.fıkrası ile korunan ifade özgürlüğün kullanılmasına getirilebilecek sınırlamaların neler olduğunu belirten 10.maddesinin 2. fıkrasının, sadece zararsız veya farklı olarak kabul edilen bilgi ve fikirlere değil, aynı zamanda kırıncı, şok edici veya rahatsız edici kabul edilen fikirlere de uygulanamayacağını, bunun çoğulculuğun, hoş görü ve geniş fikirliliğin bir gereği olduğunu kabul etmektedir. İkinci olarak, ifade özgürlüğünün sınırlanmasında gerekli ve acil bir sosyal ihtiyacın aranması gerektiğini, bu

²⁰⁵ World Legal Information Institute' ün 21.05.2005 tarihli sitesinden aktarılmıştır.

gerekçelere takdir yetkisinin kullanımı sırasında yer vermeyen ifade özgürlüğüne müdahale kararlarını sözleşmenin ihlali olarak görmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarında dikkat ettiği ve üzerinde durduğu diğer hususlar ise, ifade özgürlüğünü kullanan kişinin bunu nasıl bir ortamda kullandığı, bu kişinin söylediği iddia edilen sözlerin muhtevasının ve neticesinin ne olduğu, ifade özgürlüğüne getirilen sınırlama ile elde edilmek istenen amaç arasında bir orantı olup olmadığı, taraf devletin ileri sürdüğü sınırlamayı haklı kılan sebeplerin sınırlama için yeterli ve ilgili olup olmadığı konularında yoğunlaşmaktadır.²⁰⁶

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, ülkemiz açısından verdiği kararlarda özellikle ifade özgürlüğüne yapılan müdahale ile elde edilmek istenen amaç arasında orantının bulunmaması hususu çoğu kez eleştirilere ve ihlal kararlarının gerekçesine konu olmuştur. Basının demokratik toplumlar için önemi, kamunun farklı fikirleri öğrenme hakkı, politik söylemlerin toplum açısından ve ifade de bulunan kişi bakımından önemi de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarında gerekçe olarak konumlandığı sıkça karşılaşılan öğelerdir.

V) 5237 SAYILI YENİ TÜRK CEZA KANUNUNDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanununun, kamu barışına karşı suçların düzenlendiği 5. bölüm içerisinde 216. maddede, halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçu düzenlenmiştir.

216. Madde: 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.

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.

²⁰⁶ BEYDOĞAN T. Ayhan, a.g.e., s. 311

Halkın bir kesiminin, benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Madde gerekçesinde ise, şu hususlar vurgulanmıştır; “halkı kin ve düşmanlığa tahrik” suçu, hukuk devleti olma standardı yüksek olan birçok ülkenin ceza kanunlarında yer almaktadır. Hiçbir devlet, vatandaşları arasında, muayyen özelliklere sahip bir kesiminin diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa, öç almayı gerektirecek şiddetli nefrete yönlendirilmesini seyirci kalmaz.

Öte yandan çağdaş dünyada, gelişmenin temel dinamiği olarak, düşünceleri açıklamak ve yayma özgürlüğü kabul edilmektedir. Bu bağlamda, kişilerin düşündüklerini hür bir ortamda söyleyebilmeleri, demokratik toplumun varlığı için zaruret sayılan unsurlardandır. Söz konusu suç tanımı bu düşünceler dikkate alınarak yapılmıştır.

Suç oluşturulan tahrik, soyut saygısızlık ve reddin ötesinde, bir halk kesimine karşı düşmanca tavırlar gösterilmesini sağlamaya veya bu tür tavırları pekiştirmeye objektif olarak elverişli olmalıdır. Fail subjektif olarak da bu amacı gütmeli, halk kesimini kin ve nefrete tahrik etmelidir. Bu kapsamda salt yüz çevirme, soyut bir red veya saygısızlık ifade eden bir davranışta bulunma veya bu yönde sözler sarf etme, suçun gerçekleşmesi bakımından yeterli değildir. Fiilin suç teşkil etmesi için bunların ötesinde, ağır ve yoğun bir tarzda kin ve düşmanlığı tahrikin var olması gereklidir. Failin fiili, adet ve şahıs olarak muayyen olmayan toplum kesimi üzerinde kin ve nefret duygularının oluşumuna veya mevcut duyguların pekişmesine etkide bulunmalıdır.

Kin ve düşmanlık husumet beslenen konuya karşı tasarlayarak zarar vermeyi, öç almayı gerektirecek şiddette nefret duymaya yönelik hareketlerin zeminini oluşturan psikolojik bir hal olarak açıklanabilir.

Fıkra metninde fiilin kamu güvenliğini tehlikeye düşürecek biçimde yapılması arandığı için, suç soyut tehlike suçu olmaktan çıkarılmış, somut tehlike suçu haline getirilmiştir. Bu durumda sadece şiddet içeren yada şiddeti tavsiye eden tahrikler madde kapsamında değerlendirilecektir.

Söz konusu suçun oluşması için, kamu güvenliğinin bozulması tehlikesinin somut olgulara dayalı olarak varlığı gereklidir. Bu kapsamda kişinin söz ve davranışlarının kamu güvenliğini bozma açısından yakın bir tehlike oluşturduğunun

tespit edilmesi gerekir. Bu tespit sırasında “açık ve mevcut tehlike” kriterinin dikkate alınması gerekir. Buna göre yapılan konuşma veya öne sürülen düşünceler toplum açısından açık ve mevcut bir tehlike oluşturduğu takdirde yasaklanabilmekte, keza böyle bir tehlikenin varlığı somut olarak açıkça tespit edilmedikçe söz konusu suçtan dolayı cezalandırma yoluna gidilemez.

Maddenin ikinci fıkrasında belirtilen suçun oluşması için ise, farklı bir kesimin alenen aşağılanması gerekir.

Ayrıca maddenin kamu barışına karşı suçlar başlığı altında düzenlenmesi nedeni ile maddede öngörülen suçların oluşabilmesi için eylemin kamu barışını bozmaya elverişli olması gerekmektedir.

Görüleceği üzere, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 312. maddesinde düzenlenen suç, artık bir torba madde olmaktan çıkarılmış ve madde soyut tehlike suçu yerine somut açık ve mevcut tehlikeyi içeren bir yapıya kavuşturulmuştur. Yeni Türk Ceza Kanununun 216. maddesinde düzenlenen suçtan dolayı ifade özgürlüğünün kısıtlanabilmesi için olayda, madde gerekçesinde belirtilen kriterlerin bulunması gerekmektedir.

765 sayılı Türk Ceza Kanununun 159. maddesinde düzenlenen devletin manevi şahsiyetini tahkir ve tezyif suçu ise, 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanununun 301. maddesinde düzenlenmiş, maddede eleştiri amacı ile yapılan düşünce açıklamalarının suç oluşturmayacağı belirtilmiştir.

Çalışmamızın bir çok bölümünde, AİHM'nin kararlarında belirttiği üzere, “ifade özgürlüğünün demokratik toplumlar için kaçınılmaz olduğunu, çoğulculuğun ve hoşgörünün de bunun gerektirdiği” kabulünü vurguladık. 4709 sayılı yasa ile Anayasasında değişiklikler yapan ülkemiz, bununla yetinmemiş, TCK, CMUK gibi temel yasaların yanında birçok yasada yeniliğe gitmiştir.

Ne var ki, yasaların, mevzuatın değişmesi, bir ülkedeki hukuki yapıyı, hukuk anlayışını, eş zamanlı olarak değiştirmemektedir. Yeni mevzuatın uygulanabilirlik kazanması zaman alabilmektedir. Belki tedrici olarak, ve çelişkilere yol açmadan yapması gereken bu değişiklikleri, ülkemiz Avrupa Birliği üyeliği yolunda, dönemin şartları nedeni ile çok hızlı olarak yapmıştır. Bunun yarattığı sorunlar ve etkileri uzun vadede çözülebilecek bir husustur.

Türkiye’de, çoğu zaman güvenlik veya başka gerekçelerle, genel bir özgürlük anlayışı benimsenmemiştir. Genel özgürlük anlayışını benimsemeyen sadece kamu

makamları değil, toplumun birçok kesimidir. İfade özgürlüğü de bu kapsamda nasibini almıştır.

Ancak, son yıllarda yasal ve yönetsel değişiklikler ile bu olumsuz durumun önemli ölçüde kırıldığını da yadsımamak gerekir.

Çalışmamızın bu kısmında bir araştırmanın sonuçlarına yer vereceğiz.

3 Aralık 2002 tarihinde sonuçları açıklanan, araştırma ekibinde;

Doç. Dr. İhsan D. Dağı

Doç. Dr. Metin Toprak

Doç. Dr. Ömer Demir'in bulunduğu,

Avrupa Komisyonu'nun katkılarıyla yürütülen "Yasal ve Sosyal Yönleriyle Türkiye'de İfade Özgürlüğü" başlıklı proje çerçevesinde gerçekleştirilen, Avrupa Komisyonu ve Liberal Düşünce Topluluğu'nun işbirliği ile yürütülen, Türkiye'yi temsil edecek bir örneklem üzerinde, toplam 15 ilde, 3060 kişi ile yüz yüze görüşülerek yapılan bir anketin sonuçlarını aktaracak olursak, ülkemizde özgürlüklerin ve bu bağlamda, ifade özgürlüğünün toplumsal konumunu daha somut görebileceğiz.

Türkiye'de "insan hakları ve ifade özgürlüğü" başlıklı kamuoyu araştırmasının neticeleri şu şekildedir.

Temel Hak ve Özgürlükler ve İfade Özgürlüğü: Mevcut Durum ve Beklentiler

- Toplumun yüzde 73'ü Türkiye'de insan hakları ihlallerinin yaygın olduğu kanaatindedir.
- Toplumun yüzde 75'i, kendisinin temel hak ve özgürlüklerinin kısıtlandığını hissetmektedir.
- Türkiye'de insanların düşüncelerini özgürce ifade edebildiklerini düşünenlerin oranı sadece yüzde 16'dır. Toplumun yüzde 80'i Türkiye'de insanların düşüncelerini serbestçe ifade edemedikleri kanaatindedir.
- Toplumun yüzde 92'si düşünce özgürlüğünün barış içinde yaşamak için gerekli olduğu, yüzde 89'u da insanların düşüncelerini açıklamalarının hiçbir şekilde suç olmaması gerektiği görüşündedir.
- Toplumun yüzde 74'ü gazeteci, siyasetçi ve yazarların içeriği ne olursa olsun, düşüncelerinden dolayı cezalandırılmaması gerektiğini düşünmektedir.

- Toplumun yarıdan fazlası, başörtülüler, kadınlar, dindarlar, eşcinseller ve Kürtlerin baskı gördüğü kanısındadır.
- Toplumun yüzde 63'ü polisin, yüzde 48'i mahkemelerin ve yüzde 47'si devlet memurlarının Türkiye'de insan haklarını ihlal ettiği kanısındadır.
- Toplumun yüzde 28'i kendisinin veya aile çevresinden birilerinin güvenlik güçleri tarafından kötü muamele gördüğünü ifade etmektedir.
- Toplumun yarıdan fazlası (%54'ü) Türkiye'de karakol ve cezaevlerinde yaygın biçimde işkence yapıldığı kanısındadır.
- Toplumun yüzde 55'i, ifade özgürlüğünün önündeki engel ve ihlallerin hem uygulayıcı hem de yasalardan kaynaklandığı kanaatindedir. Bu tür engellerin genelde yasalardan kaynaklandığını düşünenlerin oranı yüzde 11, uygulayıcılardan kaynaklandığını düşünenlerin oranı ise yüzde 20 civarındadır. Burada ifade özgürlüğü ihlallerinin kaynakları konusunda yasalardan ziyade uygulayıcıların öne çıkması dikkat çekicidir. Türkiye'de ifade özgürlüğü önünde herhangi bir engel olmadığını düşünenlerin oranı ise sadece yüzde 3'tür.

Kürtçe ve Başörtüsü

- Kürtçe radyo ve TV yayın serbestliğinden yana olanların oranı yüzde 42'dir.
- Okullarda Kürtçe eğitim-öğretimin serbest olması gerektiğini düşünenlerin oranı yüzde 34, Kürtçe eğitime karşı olanlar yüzde 54, fikir belirtmeyenler ise yüzde 12'dir.
- Toplumun yüzde 70'i üniversitelerde başörtüsünün serbest olması gerektiğini düşünmektedir.

Yargı ve İfade Özgürlüğü

- Toplumun yüzde 65'i, Türkiye'de kanunların adil ve tarafsız biçimde uygulanmadığını düşünmektedir.
- Toplumun yüzde 29'u AIHM'nin Türkiye ile ilgili kararlarının adil ve tarafsız olduğu kanısındadır. Bu oran düşük olmakla birlikte Türkiye'de mahkemelerin adil ve tarafsız olduğunu düşünenlerin oranı ile karşılaştırıldığında (% 21) genelde yargı gücüne karşı bir güvensizlik olduğu anlaşılmaktadır.
- Toplumun yüzde 64'ü haklı olduğunu düşündüğü bir davanın, Türkiye'deki mahkemelerde aleyhine sonuçlanması halinde, bunu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne götüreceğini belirtmektedir.

- Toplumun yüzde 63'ü, Türkiye'de ifade özgürlüğü ile ilgili davalarda mahkemeler üzerinde devlet baskısı olduğu kanısındadır.
- Toplumun yüzde 57'si Yüksek Askeri Şura kararlarına karşı yargı yolunun açılmasını istemektedir.

Eleştiri ve Devlet Düzeni

- Toplumun yüzde 70'i, vatandaşların devletin mevcut düzenini serbestçe eleştirebilmesi gerektiği kanısındadır.
- Toplumun yüzde 77'si Türkiye'de demokrasinin kurum ve kurallarıyla tam olarak işletilemediği görüşündedir.
- Toplumun yüzde 64'ü, siyasi partilerin kapatılmasına karşıdır.
- Toplumun yüzde 59'u, devletin özgürlükleri kısıtlamak için güvenlik endişesini bahane olarak kullandığı görüşündedir.

Avrupa Birliği'ne Üyelik Süreci ve Türkiye'de İfade Özgürlüğü

- Türkiye'nin AB'ye üyeliği konusunda bir referandum yapılması halinde, üyelik yönünde oy kullanacaklarını belirtenlerin oranı yüzde 65, AB üyeliğine karşı oy kullanacağını belirtenlerinki ise yüzde 26'dır.
- Toplumun yüzde 55'i AB üyeliği olmasaydı, Türkiye'de insan hakları ve düşünce özgürlüğü ile ilgili yasal düzenlemelerin yapılmayacağını düşünmektedir.
- Toplumun yüzde 63'ü AB üyelik sürecinin Türkiye'de insan hakları ile ilgili gelişmeleri olumlu yönde etkilediği, yüzde 68'i de AB üyeliğinin insan hak ve özgürlüklerini daha da geliştireceği kanaatindedir.

İnsan Hakları Kuruluşları ve İmajları

- Toplumun yaklaşık yüzde 90'ı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ni tanımaktadır. AİHM'ni bilenlerin yüzde 62'si bu kurum hakkında olumlu kanaate sahiptir.
- İnsan hakları derneğinin tanınma oranı yüzde 82, olumluluk imajı ise yüzde 62'dir.
- TBMM İnsan Hakları Komisyonu, Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı ve il ve ilçe insan hakları kurullarının tanınma ve olumlu imajları AİHM ve diğer sivil insan hakları kuruluşlarına göre önemli ölçüde düşük seviyededir.²⁰⁷

²⁰⁷ Liberal Düşünce Topluluğunun 11.05.2004 tarihli web sitesinden alınmıştır.

Kamuoyu araştırması, ÷lkemizde insan hakları hukukunda yapılan değişikliklerin aynı nitelikte ve kısa zamanda uygulamaya yansımadağını, en azından halkın bu konudaki kanaatini değiştirmeye yeterli gelişmenin 2002 tarihi itibari ile gerçekteşmediğini ortaya koymaktadır. Aradan geçen iki buçuk yıllık sürede yasalarda yapılan değişiklikler tüm hızı ile devam etmiştir. Bu değişikliklerin ne ölçüde uygulanırlık kazandığını, bu konudaki genel kanının hangi noktada kümelendiğini belirlemek yapılacak yeni araştırmalar ile daha net belirlenebilecektir. Ancak, olumsuz kanının tamamen dağıldığını, söylemek fazla iyimser bir bakış olacaktır.



SONUÇ

İfade özgürlüğü, insan haklarına saygılı, çoğulcu bir demokrasinin vazgeçilmez unsurudur. Günümüz dünyasında, uluslararası sözleşmeler ve koruma mekanizmaları sayesinde insan hakları ulusal ve uluslararası alanda güvenceye kavuşmuştur. Herhangi bir ülkede yaşanan insan hakları ihlali bir anda tüm dünyanın gündemine yerleşebilmektedir.

“İfade özgürlüğünün genişletildiği uygar dünyada, bir sosyolojik gerçeği hatırlamakta yarar vardır; söyleyeni hapsedilmekle dillendirilmesinden vazgeçilen hiçbir düşünceye tarihin tanıklığı olmamıştır. Aksine, en zararlı düşünceler dahi, söyleyeni mahkum edildiğinde, ya merak saiki ya da acıma duygularıyla, yandaş bulmuş veya çoğu kez illegaliteye inerek kontrolsüz bir gelişime kavuşmuştur. Açıkça söylenebilenler ise, demokrasilerin çoğulculuğu ortamında zararlılık ölçüsünü yitirmiştir.”²⁰⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 312. madde üzerine incelemede bulunduğu bir davada ulaştığı bu sonuç göstermektedir ki, çok daha önceleri, Amerikan Yüksek Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında varılan sonuçlara, temyiz mercii Yargıtay da katılmıştır. Türkiye kısıtlamaların ve özgürlükler üzerindeki baskıların gittikçe azaldığı, yasaların özgürlükler lehine yorumlandığı bir dönemin hemen başında bulunmaktadır. İfade özgürlüğü artık kamu düzeni, milli güvenlik gibi sınırları tam olarak çizilememiş kavramların boyunduruğundan kurtulmaya başlamıştır. Ancak, ardındaki saik her ne olursa olsun, başlatılan özgürlük hamlelerinin sonuna kadar götürülmesi gerekmektedir. Çünkü, uluslararası makamların, taleplerinden önce, bir devlet, kendi vatandaşlarının saygınlığı ve hak ettikleri değer nedeni ile her zaman özgürlüğe öncelik tanınmalıdır.

İfade özgürlüğüne, Türkiye ve uluslararası makamların bakış açıları tez içerisinde değerlendirilmeye çalışılmıştır. Görüleceği üzere, ilk bakışta, yasalar bağlamında çok büyük bir farklılıktan söz edilemeyecektir. Ancak, uygulayıcıların yasal metinleri yorumlamada aynı esaslara başvurmadıkları, uluslararası merciler yasal düzenlemeleri özgürlükler lehine yorumlarken, ulusal makamların kısıtlamaları ön plana çektikleri anlaşılacaktır. İfade özgürlüğünün var olabilmesi için bu anlayışın

²⁰⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 23.11.2004 tarih ve 2004/ 8-30 E, 2004/206 K., YKD. C: 31, S: 3 Mart 2005, s. 436

terk edilmesi, özgür ifadenin kapsam olarak daha geniş anlaşılması gerekmektedir. Hukuk devleti olmada, uygulayıcıların niteliği yasaların niteliğinden daha önce gelmektedir. Bu kabul çerçevesinde uygulayıcıların, yasal metinleri, uluslararası temel insan hakları belgeleri ile bir bütün olarak düşünmeleri ve uygulamalarında uluslararası metinlerle çelişmeyecek yorumları tercih etmeleri gerekmektedir.

Buradan temel hak ve özgürlüklerin ve bu bağlamda ifade özgürlüğünün hiçbir sınırlamayla karşılaşmayacağı, denetimsiz bir özgürlüğün söz konusu olacağı anlaşılmalıdır. Kısıtlamalar olacaktır, ne var ki, bu kısıtlamaların, âdil, objektif, herkese ve her düşünceye eşit mesafede olması gerekmektedir. Farklılıkların dikkate alınması için, düşünceye özgürlük tanınırken, düşüncenin geldiği kişilere ya da konulara sınırlama konulmamalıdır. İnsana ve düşüncesine saygı da bunu gerektirir.

İfade özgürlüğünün demokratik bir toplumun temel unsurlarından biri olduğunu daha önce belirtmiştik, bu özgürlük sadece lehte kabul edilen düşünceler için değil, aynı zamanda, devletin ya da toplumun belirli bir bölümüne aykırı gelen, rahatsız eden, şoke edici ve endişe verici bilgi ve düşünce açıklamaları için de geçerli olacaktır.

Düşünce özgürlüğü sadece kurulu düzeni övmek değildir. Onu sert bir şekilde ve tamamen eleştirmeyi de kapsar.

İfade özgürlüğünü savunma noktasında gerekçemiz her ne olursa olsun, demokratik bir toplum için, ifade özgürlüğü kaçınılmazdır. İfade özgürlüğünün önündeki engeller kaldırılmadan, demokrasinin sağlanabilmesi mümkün olmadığı gibi, günümüz şartlarında, ekonomilerin ve yönetimlerin hassas dengelere bağlı olduğu bir dönemde, bir gelişmeden, ilerlemeden bahsetmek mümkün olmayacaktır. İfade özgürlüğü, temel insan hakları içerisindeki konumu nedeniyle de önem arz etmektedir. İfade özgürlüğü olmaksızın, toplantı ve gösteri yürüyüşü yapma, dernek kurma gibi özgürlüklerin de kullanılmasına olanak bulunmamaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 10. maddede, herkesin ifade özgürlüğüne sahip olduğu belirtildikten sonra, sınırlama nedenleri ve usulü gösterilmiştir. İfade özgürlüğüne ilişkin kısıtlama nedenleri sınırlı olarak sayılmıştır. Ancak ifade özgürlüğüne yapılacak müdahalenin meşru olabilmesi için sınırlama nedenlerinden birine dayanması kadar, müdahalenin kanun ile öngörülmüş olması, öngörülen amaçla orantılı olması ve ayrıca demokratik bir toplumda gerekli olması şartları da aranmaktadır.

Ülkemiz, 1954 yılında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf olmuştur. Aralık 1987 yılında Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na kişisel başvuruyu, Ocak 1990 yılında ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin zorunlu yargı yetkisini kabul etmiştir. Yoğun insan hakları ihlallerinin yaşandığı 1990'lı yıllarda, insan hakları sorunu gerek Türkiye'de, gerek uluslararası alanda, ağırlıklı olarak siyasi plâformlarda tartışılıp değerlendirilmiş, bu dönemde "insan haklarından sorumlu Devlet Bakanlığı" adı altında bir teşkilatlanmaya gidilmiştir. Ne var ki, ulusal ve uluslararası platformlarda insan hakları alanında yaşanan bu tartışmalar hukuk alanına hemen yansımamıştır. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye aleyhine ilk ihlâl kararlarını vermeye başlamasıyla birlikte, bu kararların etkisi çok çarpıcı olmuş, insan hakları hukuksal açıdan da değerlendirilip incelenmeye başlanmıştır. Bu nedenle, başta Anayasa olmak üzere bir çok yasada AİHM kararları ışığında değişiklik yapılması, özellikle uluslararası hukukta insan haklarının korunmasının üniversite ve yüksek eğitim kurumlarının programlarında yer almaya başlaması, Adalet ve İçişleri bakanlıklarının hâkim, savcı, kolluk kuvvetleri, Türkiye Barolar Birliği ve çeşitli baroların mensupları için insan hakları eğitimi düzenlemelerine gidilmesi AİHM'nin Türkiye aleyhine verdiği kararların doğrudan bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Eğitim çalışmalarında sözleşmenin iç hukukun bir parçası olduğu ve uygulayıcıların yasal uygulama yaparken sözleşmeyi mutlaka gözetmeleri hususu vurgulanmıştır. AİHM'nin içtihatları ve Türkiye hakkında vermiş olduğu kararlar bu çalışmaların en önemli materyalleri olmuştur.

Ülkemizde son dönemde yapılan mevzuat değişiklikleri ile sözleşmeyle uyum sağlanmıştır. İfade özgürlüğü konusunda mahkumiyet kararlarının yasal dayanağını oluşturan TMK'nın 6. ve 8. maddeleri yürürlükten kaldırılmış ve ifade özgürlüğünün önündeki engeller aşılmaya başlanmıştır. TMK'nın anılan maddeleri kaldırıldıktan sonra TCK'nın 159 ve 312. maddeleri ile bu boşluk doldurulmaya çalışılmıştır. Ancak zamanla bu alışkanlıklar yerini özgürlükçü bir anlayışa bırakmaya başlamıştır. Anayasa'nın 90. maddesinde yapılan değişiklikle, Sözleşmenin Türk hukukundaki yeri de belirlenmiş, Sözleşme iç hukukun bir parçası haline gelmiştir. Aslında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ifade özgürlüğüne yönelik ihlalin varlığını tespit ettiği birçok kararında, mevzuat eksikliğinden ziyade, demokratik bir toplumda gerekli veya orantılı olmayan müdahalelere dikkat çekilmiştir.

Bu noktada yapılan mevzuat değişikliklerine paralel olarak uygulamada da, özgürlüklere daha geniş bakan bir bakış açısı yerleşmeye başlamıştır.

Bu yeni bakış açısı ile temel hak ve özgürlüklere daha geniş hareket alanı sağlanacaktır. Bunun uluslararası yansıması olarak da ülkemizin uluslararası makamlar nezdindeki olumsuz vizyonu değişecektir.

Nitekim, 2000 yılından önce, ülkemiz, aleyhine AIHM'ye en çok başvuru alan ülke konumunda iken 2000 yılında 5. sraya gerileyebilmiş, 2001 ve 2002 yıllarında da bu konumunu koruyabilmiştir. Zamanla ulusal mahkemelerin AIHS'ye uygun yorum yöntemine yer vermeleri sayesinde Türkiye aleyhine yapılan başvurularda ihlal kararlarının sayısı çok daha azalacaktır.



YARARLANILAN KAYNAKLAR

- ANAR** Erol, İnsan Hakları Tarihi, Çivi Yay., 1.Baskı, Mayıs 1996, İstanbul
- ARSLAN** Zühtü, ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, Liberal Düşünce Topluluğu, 1.Baskı, Aralık 2003, Ankara
- AYBAY** Rona, **AYBAY** Aydın, Hukuka Giriş, Aybay yayıncılık, 1995, İstanbul,
- BEYDOĞAN** T. Ayhan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türk Hukukunda Siyasi İfade Hürriyeti, Liberal Düşünce Topluluğu, 1.Baskı, Ağustos 2003, Ankara
- BIÇAK** Vahit, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, Liberal Düşünce Topluluğu, 1.Baskı, Temmuz 2002, Ankara
- ÇAĞLAR** Bakır, **ÇAVUŞOĞLU** Naz, Parti Kapatma Davalarında Mermer Ve Mozaik İkilemi, Anayasa Yargısı, c.16, 1999, Ankara.
- DAVER** Bülent, Türkiye’de Siyasal Haklar, Türkiye’de İnsan Hakları, AÜHF Yayınları; 256, 1995, Ankara.
- DOĞRU** Osman, İnsan Hakları Avrupa İçtihatları, Beta Yayınları, 1.Baskı, Ocak 1997, İstanbul
- DOST** Süleyman, Avrupa İnsan Hakları Denetim Organlarının İçtihatlarına Göre İfade Özgürlüğü Ve Türkiye, Yüksek Lisans Tezi, 2001, Isparta.
- GEMALMAZ** Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Beta Yayınları, 4.Baskı, Nisan 2003, İstanbul
- GOMİAN** Dona, **HARRIS** David, Düşünce, İnanç, Vicdan ve İfade Özgürlüğü, belge yayınları,1998, İstanbul.
- GÖZÜBÜYÜK** A. Şeref, **GÖLCÜKLÜ** A. Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, 4.Baskı, Nisan 2003, Ankara
- GRAY** John, Reklam Yasakları Ve İfade Özgürlüğü, LDT Yayınları 1.Baskı Aralık 1997, Ankara
- KABOĞLU** İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku, Afa Yayınları, 1.Baskı, Aralık 1993, İstanbul
- KAPANİ** Münci, Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, 7.Baskı, 1993, Ankara

KÜÇÜK Adnan, İfade Özgürlüğünün Unsurları Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları 1.Baskı Eylül 2003, Ankara

KAYAÇAĞLAYAN Metin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10.Maddesi Çerçevesinde "İfade Hürriyeti" Ve 1982 Anayasası, Yüksek Lisans Tezi, 2001, Ankara.

LASKİ Harold J., Düşünce Özgürlüğü, Çev.:SAYMAN, Yücel , Dönem Yayınevi, 1966.

LOCKE John, Hoşgörü Üstüne Bir Mektup, Liberte Yayınları, 1. Baskı, Nisan 2004, Ankara

MILL John Stuart, Hürriyet Üstüne, Liberal Düşünce Topluluğu, Çev. M. Osman Dostel,1.Baskı, Temmuz 2003, Ankara.

MACOVEİ Monica, İfade Özgürlüğü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, Council Of Europe, 1.Baskı, Kasım, 2001.

ÖKÇESİZ Hayrettin, Düşünce Özgürlüğü, Afa Yayınları, 1.Baskı Mayıs 1998, İstanbul.

ÖZDEK Yasemin, Avrupa İnsan Hakları Hukuku Ve Türkiye: AİHS Sistemi, AİHM Kararlarında Türkiye TODAİE İnsan Hakları Araştırma Ve Derleme Merkezi Yayın No: 20 1.Baskı Mart 2004, Ankara

ÖZEK Çetin, Türk Basın Hukuku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 538, 1978, İstanbul.

ÖZİPEK Bekir Berat, Teorik Ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti, Liberal Düşünce Topluluğu, 1.Baskı, Ağustos, 2003, Ankara.

SADURSKI Wojciech, İfade Özgürlüğü Ve Sınırları, Liberal Düşünce Topluluğu, 1.Baskı, Eylül, 2002, Ankara.

SCHAUER Frederick, İfade Özgürlüğü Felsefi Bir İnceleme, Liberal Düşünce Topluluğu, 2002, Free Speech: A Philosophical Enquiry, Cambridge University, First Published, 1982, USA.

SMOLLA Rodney A., Free Speech in An Open Society, Alfred A. Knopf, First Edition, 1992, New York.

SAĞLAM Fazıl, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, A.Ü.S.B.F. Yayınları, 1982, Ankara.

SAVAŞ Vural, **MOLLAMAHMUTOĞLU** Sadık, Türk Ceza Kanununun Yorumu, Cilt. 2, Seçkin yayınevi, 2. baskı, 1998, Ankara.

SOYSAL Mümtaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Gerçek Yayınevi, 11. baskı, 1997, İstanbul.

SUNAY Reyhan, (Avrupa Sözleşmesinde Ve Türk Anayasasında) İfade Hürriyetinin Muhtevası Ve sınırları, Doktora Tezi, 1999, Konya.

SUNAY Reyhan, Anayasa Mahkemesi Kararlarında İfade Hürriyeti, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, 1.Baskı Nisan 2003, Ankara

TALAS Cahit, Bir İnsan Hakkı Olarak Sendika Hakkı ve Uluslararası Belgelerde Yeri ve Evrimi, İnsan Hakları Yıllığı, Yıl:1, Ankara, 1979.

TANÖR Bülent, T.C.K. 142. Madde Düşünce Özgürlüğü Ve Uygulama, Forum Yayınları, 1. Baskı Mart 1979, İstanbul.

TANÖR Bülent, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Hukuki Boyutlar, 2.Baskı, BDS Yay. 1999, İstanbul.

TANÖR Bülent, İki Anayasa (1961-1982) 2. Baskı. Beta Yayınları, 1991, İstanbul.

T.C.Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı 1997 yılı bülteni, İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

TEZCAN Durmuş, **ERDEM** Mustafa Ruhan, **SANCAKDAR** Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Uygulaması, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını,1.Baskı, 2004, Ankara.

TRAGER. Robert, **DICKERSON** Donna L., 21. Yüzyıl'da İfade Hürriyeti, Liberal Düşünce Topluluğu, Temmuz, 2003, Ankara Freedom Of Expression In The 21st century, 1999 by Pine Forge Pres, Inc.

YOKUŞ Sevtap, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve 1982 Anayasasında Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanılması Yasağı, Yetkin yayınları, 1. baskı, 2002, Ankara

YURDATAPAN Şanar, Düşünceye Özgürlük, 2000, 1. basım, çivi yazıları, İstanbul,

MAKALELER

ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, “Düşünsel Özgürlük”, **İnsan Hakları Yıllığı**, TODAİE İnsan Hakları Araştırma Ve Derleme Merkezi, Dr. Muzaffer Sencer'e Armağan Cilt:17-18, 1995-1996

ANAYASA Mahkemesinin 37. kuruluş yıldönümü nedeniyle düzenlenen sempozyumun sunuş bildirisi, 26-27 Nisan 1999 Anayasa Mahkemesi yayınları, No:41 Ankara.

ARSLAN Zühtü, “İfade Özgürlüğünün Sınırlarını Yeniden Düşünmek: Açık Ve Mevcut Tehlikenin Tehlikeleri”, **Liberal Düşünce Dergisi**, Yıl:6, Sayı:24, Güz 2001

BIÇAK Vahit, “AİHM Kararları Işığında İfade Özgürlüğü”, **Liberal Düşünce Dergisi**, Yıl:6, Sayı:24, Güz 2001

CAN Osman, “Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü, Anayasal Sınırlar Açısından Neler Değişti?”, **Liberal Düşünce Dergisi**, Yıl:6, Sayı:24, Güz 2001

DOĞRU Fatih, “1982 Anayasasına Göre Temel Hak Ve Hürriyetlerin Sınırlandırılmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere Kavramı”, **Emniyet Genel Müdürlüğü Polis Dergisi Oc./Şub./Mrt. 2003**, Yıl:9 Sayı:34, Ankara.

ERDEM Fazıl Hüsnü, “TCK 312. Maddenin Hukuksal Değerin Kısa Bir Analizi, Türk Devlet Düzeni V. Demokratik Kamu Düzeni” **A.Ü.H.F. Dergisi**, Cilt:52, Sayı:1, 2003, Ankara.

ERDOĞAN Mustafa, “Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü, Özgürlükçü Bir Perspektif”, **Liberal Düşünce Dergisi**, Yıl:6, Sayı:24, Güz 2001

GÖLCÜKLÜ Feyyaz, “Avrupa İnsan Hakları Divanında Söz Ve İfade Özgürlüğü”, **İnsan Hakları Yıllığı** TODAİE İnsan Hakları Araştırma Ve Derleme Merkezi , Yıl:2, 1980, Ankara.

HAKYEMEZ Yusuf Şevki, “Temel Hak Ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları”, **AÜSBF Dergisi** Cilt:57 Sayı: 52

KABOĞLU İbrahim Özden, “Düşünce Özgürlüğü”, **İnsan Hakları YKY Cogito** 98 1. Baskı Aralık 2000, İstanbul.

KUZU Burhan, “Düşünceleri Açıklama Hürriyeti” **İnsan Hakları Yıllığı**, TODAİE, İnsan Hakları Araştırma Ve Derleme Merkezi, Dr. Muzaffer Sencer’e Armağan Cilt:17-18, 1995-1996 s.33-59

LAWSON Rick, “İfade Hürriyetini Güvenceye Almak, AİHM İçtihatlarında Üç Eğilim” **Liberal Düşünce Dergisi**, Yıl:6, Sayı:24, Güz 2001

NAL Sabahattin, “AİHS Çerçevesinde Düşünce, Vicdan Ve Din Özgürlüğü”, **AÜSBF Dergisi** Cilt:57, Sayı:4

ÖZEK Çetin, “Kitle İletişim Özgürlüğü”, **İnsan Hakları Y.K.Y., Cogito 98**, Aralık 2000, İstanbul.

ÖZEL Cevat, “AİHM Kararları Ve Uyum Yasalarında Anlatım Özgürlüğü”, **İstanbul Barosu Dergisi** Cilt:76, Sayı:4 Aralık 2002, İstanbul.

PAÇACI İrfan, “1982 Anayasası Mayınlı Alanı: Düşünce Özgürlüğü (Anayasa Madde 25-26’nın Analiz Yorumu)”, **İnsan Hakları Yıllığı**, TODAİE İnsan Hakları Araştırma Derleme Merkezi, Cilt:19-20, 1997-1998, Ankara.

PAKER Can, “Sistem Analiziyle İfade Özgürlüğünü Anlamak”, **Liberal Düşünce Dergisi**, LDT Yayınları s.90-94, Bahar-Yaz 2003, Ankara.

SANCAR Mithat, “İnsan Hakları Açısından Hukuk Devleti”, **Amme İdaresi Dergisi**, C.25 1992, Ankara.

SANCAR YALÇIN, “Türkan, Türk Ceza Kanunu’nun 159. Ve 312. Maddelerinde Yapılan Değişikliklerin Anlamı”, **A.Ü.H.F. Dergisi**, Cilt:52, Sayı:1, 2003, Ankara.

TEZİÇ Erdoğan, “Türkiye’de Siyasal Düşünce Ve Örgütlenme Özgürlüğü”, **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesinin, 28. Kuruluş Yıldönümü, Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiri, Anayasa Mahkemesi Yayınları No:15, 18-19 Nisan 1990, İstanbul.

www.ltd.com.tr(Liberal Düşünce Topluluğu web sitesi)

www.WorldLegalInformationInstitute.com

Ceza Genel Kurulu 1992/299 E - 1993/10 K sayılı kararı

9. Ceza Dairesi 1976/2 E - 1976/4 K sayılı kararı

4. Hukuk Dairesi 2001/2560 E - 2001/3615 K sayılı kararı

8. Ceza Dairesi 1988/9713 E - 1989/2439 K sayılı kararı

9. Ceza Dairesi 2002/1410 E - 2002/1458 K sayılı kararı

4. Hukuk Dairesi 2001/4584 E - 2001/9053 K sayılı kararı

Hukuk Genel Kurulu 1998/4-695 E - 1998/702 K sayılı kararı

4. Hukuk Dairesi 2002/338 E - 2002/4954 K sayılı kararı

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 23.11.2004 tarih ve 2004/ 8-30 E, 2004/206 K., YKD. C: 31, S: 3 Mart 2005,

1996/48 Esas, 199641 Karar, sayılı ve 23.10.1996 tarihli. A.M.K.D. sayı 33, cilt, 1

1963/16-83 Esas, Karar, sayılı ve 8.4.1963 tarihli karar AMKD sayı 1.

1963/25-87 Esas, Karar, sayılı ve 8.4.1963 tarihli karar AMKD sayı 1.

1963/17-84 Esas, Karar, sayılı ve 8.4.1963 tarihli karar AMKD sayı 1.

1963/204-179, Esas, Karar sayılı ve 8.4.1963 tarihli karar AMKD Sayı 1

1963/170-178, Esas, Karar sayılı ve 5.7.1963 tarihli karar AMKD Sayı 1

1973/37 Esas, 1975/22 Karar sayılı ve 11,12,13,14,15 ve 25.2.1975 tarihli karar. A.M.K.D. sayı 13,

1979/31 Esas, 1980/59 Karar sayılı ve 27.11.1980 tarihli karar. A.M.K.D. sayı 18

1979/31 Esas, 1980/59 Karar sayılı ve 27.11.1980 tarihli karar. A.M.K.D. sayı 18

1989/9 Esas, 1990/8 Karar sayılı ve 18.05.1990 tarihli kararı, A.M.K.D. Sayı, 26

1992/32 Esas, 1993/4 Karar., 20.1.1993 tarihli. A.M.K.D. sayı, 29, cilt 1

1993/2 Esas, 1993/3 Karar, 30.11.1993 tarihli. A.M.K.D. sayı 30, cilt 2

