

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ İŞİĞİNDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ KISITLAMALARI

RESTRICTIONS ON FREEDOM OF ECPRESSION CONCERNING THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

Özcan ÖZBEY*

Özet: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, demokratik toplumların ilerlemesi ve bireylerin gelişimi için ifade özgürlüğünün temel koşul olduğunu kabul etmiş ise de, yine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinden ve Mahkeme içtihatlarından bu özgürlüğün sınırsız olmadığını görmekteyiz. Ancak öngörülen kısıtlamalar sıkı bir denetime tabi tutularak, bunların sınırları da bazı ilkelerle ortaya konulmuştur. İşte bu çalışmada, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen ifade özgürlüğünün hangi hallerde kısıtlanabileceği konusunun ele alınması planlanmıştır. Dolayısıyla ifade özgürlüğünün kapsamını düzenleyen aynı maddenin 1. fıkrası çalışma dışında tutulmuştur. Düşünceyi açığa vurma sınırlarının nerede başlayıp nerede bittiği örnek olaylarla açıklanmaya çalışılarak, son günlerde özellikle başta gazeteci ve yazarlar olmak üzere birçok kişinin ülkemizde eleştiri ve soruşturmalara maruz kalması nedeniyle bu makalenin uygulamaya ışık tutması amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: İfade Özgürlüğü, Demokratik Toplum, Kamu Düzeni, Meşru Amaç, Orantılılık.

Abstract. Although European Court of Human Rights have accepted that freedom of expression is the fundamental principle for the development of democratic societies and for personal development, we can also see from European Convention of Human Rights and from judicial precedents that these freedoms are not limitless. However, foreseeable limitations were held subject to a very strict supervision and their limits were again determined by some principles. In this study we have planned to discuss the situations when freedom of expression could be constrained in accordance with the 2nd paragraph of Article 10 of European Convention on Human

* Dr., Anayasa Mahkemesi Raportörü

Rights, regulating these constraints. Therefore, 1st paragraph of the same Article which regulates the scope of freedom of expression has been excluded in this study. In an effort to explain where the constraints of disclosing opinions start and where they end by using sample cases, with this study, we aim to shed light on the implementation in our country where many persons, especially journalists and writers, were held subject to criticisms and investigations.

Keywords: Freedom of Expression, Democratic Society, Public Order, Legitimate Objective, Proportionality.

GİRİŞ

İnsan haklarının başında gelen düşünce açıklaması ya da bir başka deyişle ifade özgürlüğü, düşüncenin korunmasını amaçlamaktadır. Düşünce ise “bir şey, kimse, olay veya sorun hakkında zihinsel olarak hüküm kurmak, görüş sahibi olmak, vaziyet olmak, değerlendirmede veya mütalaada bulunmak ve bunları dış dünyaya söz, yazı, resim vb. gibi araçlarla yansıtmaktır.”¹ Düşünce insanın iç dünyasıyla ilgilidir, açıklanmadığı sürece başkaları tarafından bilinmesi mümkün değildir. Bu nedenle özgür düşünmenin anlam ifade edebilmesi için bireyin düşüncesini açıklama özgürlüğüne de sahip olması gerekir. Bu açıklamanın değişik şekillerde olması mümkündür. Yazının bulunmasından önce düşünce sözle ifade edilmekte iken, yazının bulunmasıyla düşünce başka bir biçimde ifade edilebilir hale gelmiştir. Ancak yazının deri parçaları ya da parşömenlere yazıldığı devirlerden bu yana düşüncenin söylev, yazı ve resim yoluyla açığa vurulması yöneticiler ve yazarlar arasında sürekli gerilimlere neden olmuştur. İdare, yazıyı oluşturan bilgiyi iktidarın güdümünde olmasını istediği halde, bilgiyi özgürleştirmek isteyen yazar ve çizerler de tarih boyunca çeşitli yöntemlerle bu güdümden kurtulmaya çalışmış, sürekli iktidar edenlerle karşı karşıya kalmışlardır. Ancak yazmak, düşüncüyü ifade etmek, başkalarına aktarma gayreti son bulmamıştır.

Bugün artık bu mücadele uluslararası alana taşınmıştır. Geçen yüzyılın özellikle ikinci yarısından itibaren uluslararası düzeyde önemli gelişmeler gösteren insan hakları konusu, günümüzde de

¹ Öztürk, Bahri - Erdem, Mustafa Ruhan, “Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku”, Bası 11, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 130.

mokratik hukuk devleti anlayışının temel taşı olmuştur. İnsan hakları alanının uluslararası ilişkilerde ve düzenlemelerde sadece devletlerin iç hukukuna bırakılmadığı görülmektedir. Devletler arasında, insan haklarının uluslararası düzeyde korunması yönünde çeşitli sözleşmeler imzalandığı ve bunlara uyulmaması durumunda taraf devletlerin yaptırımlara maruz bırakıldığı bir dönemi yaşamaktayız.

Düşüncenin oluşabilmesi; kişinin bilgi kaynaklarına özgürce ulaşabilmesi, edindiği bilgileri seçebilmesi ve bunun için de hukuksal olanakların ve güvencelerin bulunmasına bağlıdır. Kuşkusuz bunlar da yeterli değildir; ayrıca bunlara uygun davranışlarda bulunabilme hakkının varlığı da bireye/bireylere tanınmalıdır. Öte yandan bu davranışlardan dolayı insanın “kınanmaması” da gerekmektedir.² Bu bağlamda, günümüz demokratik - hukuk devletlerinde en çok önem verilen hakların başında ifade özgürlüğü hakkının geldiğini görmekteyiz.

İfade özgürlüğü, özgür bir birey olmanın ve özgür bir topluma sahip bulunmanın en önemli öğelerinden biridir. Baskıcı rejimlere göre demokratik ülkelerde daha çok ifade özgürlüğü vardır. Ama özgür ülkelerde bile bütün ifadeler özgür değildir. İfade özgürlüğü geleneği olan ülkelerde yasa koyucular, hakimler, savcılar ve vatandaşlar sık sık hangi ifadenin korunması gerektiği, hangisinin cezalandırılabileceği, ifade özgürlüğünü neyin haklı kıldığı ve ifade özgürlüğünün diğer haklara karşı nasıl dengelenebileceği sorunlarıyla karşı karşıya kalırlar. Çünkü cevaplar siyasi, dini ve kültürel değerlendirmeleri davet eder. İfadenin korunması ülkeden ülkeye değişir, hatta demokratik ülkeler arasında da ayrışır. İfade özgürlüğünün insanoğlunun kendini geliştirmesinde, diğerleriyle etkileşiminde ve hükümetlerle ilişkilerindeki önemi nedeniyle, onu sadece ilginç bir konu yapmakla kalmaz, fakat yaşamsal bir konu da yapar.³

İfade özgürlüğü, “Düşüncüyü söz, yazı ya da başka vasıtalarla başkalarına aktarabilme, anlatabilme, yayabilme ve onları kendi düşünce ve inançlarının doğruluğuna ikna edebilme, inandırabilme, tercihleri doğ-

² Tanör, Bülent, Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası, Öncü Kitabevi, İstanbul, 1969, s.13-15.

³ Trager, Robert-Dickerson, Donna L. “21. Yüzyılda İfade Hürriyeti”, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınevi, Ankara, 2003, s.16.

rultusunda tutum ve davranışlarda bulunabilme hakkı"⁴ şeklinde nitelendirilebileceği gibi, "Bir düşünce, inanç, kanaat, tutum veya duygunun barışçı yoldan açığa vurulmasının veya dış dünyada ifade edilmesinin serbest olması" şeklinde de ifade edilebilir. Bundan da anlaşılabilirliği gibi, birer özgürlük kullanma biçimi olarak korunması gereken pek çok ifade ve izhar biçimi vardır.⁵ Dolayısıyla bireyler düşüncelerini ifade edebilme açısından çok sayıda ve çeşitte ifade imkan ve araçlarına sahiptirler. Kişiler düşüncelerini ifade kapsamında, dile getirme, savunma, anlatma, tanıtmaya, ilan etme, eleştirme, reddetme, çağrıda bulunma, karşı çağrıda bulunma, ikna etme, açıklama, yayma, yayımlama, benimsetmeye çalışma, propaganda ve bir düşünce için mücadele yapma, yazma, konuşma, görüntü, resim, oyun, sinema, tiyatro, miting, örnekleme vb. ifade araçlarından yararlanabilirler. Sözlü ifade bireysel ifadenin en asli unsuru olan konuşulan söz olabileceği gibi, terennüm ve marş söyleme şeklinde de olabilir. Ayrıca, ses dalgaları yoluyla ifade yanında, elektromanyetik dalgalar (plaklar, audio- kasetler, telefon vb.) da düşünceyi ifade araçlarıdır. İfade, gizli simge, resim ve çizimlerle de olabilir. Ayrıca, el ve daktilo ve bilgisayarla yazılmış tüm belgeler, el ilanları, pankartlar, mektuplar vb ifade araçlarının yanında elektronik aktarım biçimleriyle yapılan, düşünce aktarımları da muhatapta yazılı bir biçimde algılanabildiği takdirde ifade kapsamında değerlendirilmektedir.⁶

Demokrasi kuramcılarında Montesquieu de en önemli özgürlüğün, düşünceyi açıklama özgürlüğü olduğunu vurgulamıştır. O'na göre "İnsan, dinamik, yaratıcı ve erdemli bir varlıktır. Fakat bu nitelikler ancak özgür bir ortamda işlerlik kazanır ve gelişir. Özgür olmayan bir ortam, kuşku, korku, belirsizlik, güvensizlik ve uyuşukluk getirir." Düşünce, bir yemeğin sindirilmesi gibi içsel bir eylemdir, dışarıdan gelecek baskı ne düzeyde olursa olsun, engellenemez. Fakat, düşünce özgürlüğü, düşünceleri başkalarına iletme gibi ek bazı özgürlükleri gerekli kılar.⁷

4 Tanör, Bülent, "Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası", Öncü Kitabevi, İstanbul, 1969, s. 27.

5 Erdoğan, Mustafa, "Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif", Liberal Düşünce Topluluğu, e-dergi, S. 24, <http://www.liberal-dt.org.tr/dergiler/ldsayi24/2402.htm>, Erişim: 12.01.2010.

6 Küçük, Adnan, "İfade Hürriyetinin Unsurları", Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, Ankara, Eylül 2003, s. 70.

7 Lipson, Leslie, "Demokratik Uygurluk", Türkiye İş Bankası Yayınevi, Ankara, 1984, s. 452.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), düşünceyi açıklama özgürlüğünü, demokratik toplumların ilerlemesi ve her ferdin gelişimi için temel koşullardan birini oluşturduğu şeklinde nitelendirmiştir.⁸ Bundan dolayı ifade özgürlüğünün, demokratik bir sistemin ön şartı olduğu söylenebilir. Yeni ve daha iyi fikirlerin ortaya çıkmasının zeminini ifade özgürlüğü oluşturmaktadır. Yeni düşünce ve taleplerin dile getirilmesi, mevcut sistemin kusurlarını ortaya çıkarmakta, yanlış uygulamaların ortadan kaldırılmasını sağlayarak toplumsal gelişmeye katkıda bulunmaktadır. Birbirinden farklı çeşitli fikirlerin olması ve bunların özgürce tartışılması, bireylere farklı düşünceler arasında seçim yapma olanağı sunmaktadır.

Diğer yandan, demokratik bir ülkede ifade özgürlüğü kadar ifadenin sınırlarının olması da doğal karşılanmalıdır. Ancak bu sınırlamanın sınırları da açıkça çizilmelidir. Çünkü ifade özgürlüğünün sınırlandırılması, diğer birçok özgürlüğün dolaylı olarak sınırlandırılması sonucunu doğurmaktadır.

Bu çalışmada, ifade özgürlüğünün hangi hallerde kısıtlanması gerektiği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesi ışığında ve yer yer Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ile değerlendirilerek belirlenmeye çalışılacaktır.

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNE GÖRE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KISITLANMASI KOŞULLARI

A. GENEL OLARAK

Hukukun doğrudan alanına girmeyen düşünce özgürlüğü; bilgi edinme, kanaat ve açıklama özgürlükleri/bileşenleriyle birlikte hukukun norm alanında yerini alır. Böyle bir ortamın oluşturulması ve sürdürülmesi de hukukun temel işlevlerindedir.⁹

⁸ Skalka / Polonya davası, Kar. No: 3692, Başvuru No: 43425/98, K.T: 27.05.2003, kararı Türkçeye çeviren: Emine Karacaoğlu, metin için bkz. <https://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=3692>, 20.08.2012. Ayrıca bkz. 5493/72 ve 7.12.1976 tarihli Handyside / İngiltere Kararı, Série A, n° 24, paragraf 49, "Avrupa'da Düşünce Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. Maddesine İlişkin İçtihat", Avrupa Konseyi, (Fransızcadan Çeviren: Durmuş Tezcan), Etki Yayıncılık, İzmir, 2002, s. 7.; ayrıca Handyside/İngiltere, 5493/72, 07.12.1976, kararın Türkçe çevirisi için Bkz. Doğru, Osman, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları", Beta Yayınları, İstanbul, 2002, s. 158-177.

⁹ Küçük, a.g.e., s. 33.

Hukuksal korumayı sağlayacak olan da devlettir. Gerçekten de düşünceyi açıklama özgürlüğünün gerçekleştirilmesinde devletin etkin bir işlevi söz konusudur. Dahası devlet, çoğulcu demokratik ilkelere çerçevesinde kendisinin koyduğu normlara uygun düşünmemeyi de güvenceye almalıdır. Bu bağlamda, bireyin düşüncesinin oluşum evresinde gerekli düzenlemeleri yapmanın yanı sıra devlet; düşüncesinden ötürü kınanmamak ve düşüncesini açıklamak ve yaymak ile nihayet meşru sınırlar içinde düşüncesine uygun davranışlarda bulunabileceği ortamı bireylere sağlamakla yükümlüdür. Dolayısıyla devletin biri pozitif, diğeri negatif olmak üzere iki tür yükümlülüğü bulunduğu ortaya çıkmaktadır.

Pozitif yükümlülüğü uyarınca devlet, bu özgürlüğün yaşanabileceği ortamı hazırlamak; negatif yükümlülüğü gereğince de kabul edilen sınırları içerisinde bu özgürlüğün kullanılmasına müdahale etmemek durumundadır.

“Sınırsız özgürlük” anlayışı felsefi anlamda ileri sürülebilse de bu görüşün örgütlü siyasal toplumda kuşkusuz ki geçerliliği bulunmamaktadır.¹⁰ Bu nedenle de demokratik rejimlerde çoğulculuk ilkesine uygun, tek-doğru anlayışından uzak, takdir alanının sınırları çizilmiş olarak devlet, nesnel ölçü ve nedenlere dayanarak düşünce özgürlüğünü sınırlandırabilir.¹¹ Ancak bu sınırlamada dikkate alınması gereken diğer bir husus da uluslararası sözleşmelerle çerçevesi çizilmiş meşru sınırların aşılmasıdır.

Bu noktada karşımıza çıkan en etkili sözleşme Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) 10. maddesi ifade özgürlüğüne ilişkin olup, Sözleşmenin en temel ve en önemli hükümlerinden birini içermektedir. Çünkü ifade özgürlüğü sadece kendi içinde önem taşımakla kalmaz; ayrıca, AİHS’den kaynaklanan başka hakların da korunması açısından merkezi bir rol oynar. Sözleşmenin 10. maddesi ifade özgürlüğünü iki seviyede ele almaktadır. İlk olarak, ifade özgürlüğü konusunda bir ilke ortaya konulmakta

¹⁰ Alacakaptan, Uğur, “Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları, Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar-Türk Uygulaması ve Değerlendirmesi”, Hukuk Kurultayı 2000, C. 2, Ankara, s. 7.

¹¹ Tanör, age., s.52 vd; Korkmaz, Ömer, “Düşünce Özgürlüğü ve Sınırları”, yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2004, s. 45.

ve korunacak özgürlükler tanımlanmaktadır. İkinci seviyede ise, ifade özgürlüğüne karşı izin verilebilir müdahalelerin neler olduğu, yani bir devletin ifade özgürlüğünün kullanılmasına müdahalesinin meşru olacağı durumları sayar. İşte çalışmamızın konusunu da bu ikinci kısım oluşturmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesi ifade özgürlüğünü şu şekilde düzenlemektedir:

“1. Herkes ifade özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.

2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.”

Görüldüğü gibi 10. maddenin ikinci fıkrası ifade özgürlüğüne karşı izin verilebilir müdahaleleri düzenlemektedir Demokratik toplumlarda ifade özgürlüğü sınırlamalardan muaf değildir. Ancak sınırlamaların da sınırı vardır. İlk olarak, sınırlandırmalar çok sıkı denetime konu olmalıdır. Milli hukukta öngörülen sınırlandırmaların, Sözleşmenin 10. maddesinin ihlali sonucunu doğurmaması için 3 koşul taşınması gerekir. Bu koşullar, Avrupa İnsan hakları Mahkemesi tarafından çok katı olarak yorumlanmaktadır.¹²

Kısıtlamanın Sözleşmeye uygun olup olmadığının incelenmesi 10. maddenin 2. fıkrasındaki koşullar açısından yapılacaktır. Buna göre yapılan kısıtlama;

¹² Bıçak, Vahit, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü” - (Avrupa Birliği Yolunda Düşünce ve İfade Özgürlüğü Uluslararası Sempozyumu’nda sunulan tebliğ) Yayın yeri: “Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti” (Editör: Bekir Berat Özipek), Liberal Düşünce Topluluğu Yayınevi. Ankara, Ağustos 2003, s. 271.

- Yasada öngörülmüş olmalıdır (hukukun üstünlüğü, keyfilige karşı hukuk güvencesi),
- Sınırlı sayımla belirtilen amaçlara yönelik olmalıdır,
- Aynı zamanda demokratik topluma aykırı düşmeyen ve öngörülen amaca ulaşmak için gereken ölçüde olmalıdır (gereklilik irdelemesi, diğer bir deyimle ölçülülük veya oranlılık araştırması).¹³

AİHS'nin 10. maddesinde sayılan sınırlama kıstaslarının, Anayasamızın 'düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü' için öngördüğü sınırlama ölçütlerine büyük ölçüde uyumlu olduğu söylenebilir.¹⁴

Diğer taraftan özgürlüğün devletsel-toplumsal sınırlandırılması yanında kişisel sınırlandırılmasını da göz ardı etmemek gerekir. Aslında düşünce özgürlüğünün ilk sınırı, insanın kendi iç dünyasındadır. Doğru düşünebilmenin asgari ölçülerini kazanamayan, yeterli eğitim ve görgüyü alamayan, sınamadan, kuşku duymadan doğruluğunu kabul ettiği, dogmalara bağlı, ön yargılarının tutsağı olan kişilerde düşünebilme yeteneği sınırlıdır. Belirli bir konuda yeterli bilgi edinmeden, karşı görüşü dinlemeden edinilen olumlu ya da olumsuz kanı, insanın kendi isteğiyle meydana getirdiği düşünsel bir sınırdır. Birey ve toplum arasındaki etkileşim, toplumdaki egemen görüş ya da değer yargıları, töre ve ahlaksal kurallar, kişinin düşüncelerini açıklama özgürlüğünün toplumsal sınırlarıdır. Kişi, içinde yaşadığı toplumdaki inanç ve kanılarla çatışmaktan kaçındığı oranda düşünsel özgürlüğünü sınırlar.

Sınırlamanın genel olmaması da öngörülen önemli ölçütlerden birisidir. İfade özgürlüğü üzerindeki her tür kısıtlama, koşul, sınırlama, ya da herhangi bir müdahale biçimi, bu özgürlüğün sadece belirli bir kullanımı üzerinde uygulanabilir. İfade özgürlüğü hakkının içeriğine asla dokunulamaz. Bu açıdan, Sözleşmenin 17. maddesi şöyle demektedir:

"Bu Sözleşme'deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların

¹³ Gözübüyük, Şeref - Gölçüklü, Feyyaz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması", 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 373.

¹⁴ Özbey, Özcan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru Yöntemleri", 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 346 vd.

Sözleşme’de öngörölmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz.”

Açıktır ki, bir hakkın içeriği üzerinde bir sınırlama, o hakkın yok edilmesi gibi bir şeydir. Aynı zamanda, 2. fıkrada sayılan koşullardan herhangi biri söz konusu olduğunda ulusal otoriteler müdahale etmekle yükümlü tutulmamışlardır, çünkü bu söz konusu hakkın içeriğine bir sınırlama getirme anlamına gelirdi. Örneğin, kişinin şöhretine ya da şerefine hâle gelmesi her durumda bir suç ya da tazminat nedeni olarak görülmemelidir. Benzer tarzda, kamu önünde yargı gücünün otoritesini tehlikeye atacak türden açıklamalar, böyle bir eleştiri her yapıldığında cezalandırılmamalıdır. Başka biçimde söylenecek olursa, ifade özgürlüğü hakkının kullanımı üzerinde bir kısıtlama ya da cezai tedbir belirleme ve uygulama konusunda kamu otoritelerinin bir yükümlülüğü yoktur, sadece böyle bir olanağı vardır. Farklı bir yaklaşım, haklar ve değerler ya da çıkarlar arasında bir hiyerarşiye yol açar ve ifade özgürlüğünün, örneğin insanlık onurunu ve şerefini koruma hakkının, ahlâkın veya kamu düzeninin ardından listenin sonuna yerleştirilmesiyle sonuçlanırdı. Veya böyle bir hiyerarşi, hakların eşitliğini sağlayan ve bir hakkın kullanımı üzerinde daimi sınırlamalara izin vermeyen Sözleşmeye de aykırı olurdu.¹⁵

Sözleşmeye uygun ifade özgürlüğü kısıtlama koşulları aşağıda açıklanmıştır.

B. KISITLAMANIN YASAYLA ÖNGÖRÜLMESİ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesi 2. fıkrasında belirtilen kısıtlamaların en temel koşulu, kısıtlama ve yaptırıma bağlamanın yasayla öngörölmüş olmasıdır.¹⁶ Bu koşul gereğince ifade özgürlüğünün kullanılmasına yapılacak her hangi bir müdahalenin ülkenin yasalarında bir temeli olması gereklidir. Kural olarak bunun anlamı, parlamento tarafından kabul edilmiş yazılı ve aleni bir yasa

¹⁵ Macovei, Monica, “İfade Özgürlüğü”, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, Strasbourg, 2001, s. 36.

¹⁶ Koçak, Mustafa, “Düşünceyi Açıklama ve Yayma Özgürlüğünün Bir Sınırlama Nedeni Olarak Cumhuriyetin Nitelikleri”, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık E- Dergi, Kasım 2003, Sayı 21, <http://www.e-akademi.org/makaleler/mkocak-1.htm>, Erişim: 11.01.2010.

olmasıdır. Böyle bir kısıtlamanın mümkün olmasının gerekip gerekmediğine, ülkenin parlamentosunun karar vermesi gerekir. Örneğin, başkalarına hakaret ettiği için hüküm giyen bir gazeteci ile ilgili bir dava söz konusu olduğunda, başkalarına hakaret etme suçu ülke yasalarında tanımlanmış olmalıdır. Ya da yayın yasağı veya bir ifadenin yayılması için kullanılan araçlara (kitap, gazete, fotoğraf makinesi vb.) el konulması kararı alındığı ve uygulandığı takdirde, bu tür tedbirlerin ülkenin hukukunda yeri olması gereklidir. Aynı şekilde bir gazete bürosu arandığında veya bir yayın istasyonunda yayın durdurulduğunda ve istasyon yayından men edildiğinde, ülke yasalarında bu tedbirlere temel olan hukuki hükümlerin bulunması gerekir.¹⁷

Yasayla belirlenmiş olmak, yasaların öngörülebilirliği ve ulaşılabilirliği ile ilgilidir. İnceleme konusu yapılan olayda, uygulanan yasal kurullarla ilgili olarak vatandaşın yeterli bilgi sahibi olması ulaşılabilirlik açısından gereklidir. Öngörülebilirlik ise, vatandaşların davranışlarını ona göre ayarlamalarına imkan sağlayacak ölçüde kurulların açıklıkla formüle edilmesidir. Davranışlarının sonuçlarını vatandaşlar öğrebilmelidir.¹⁸

Sözleşmenin 8-11. maddelerinde yer alan yasa deyimi şekli anlamda değil fakat maddi anlamdadır. Diğer bir deyimle sözleşmede geçen yasa ve yasal kelimeleri münhasıran yasama organı (parlamento) tasarruflarına atıfta bulunmamaktadır. Hak ve özgürlüklerin hangi tür düzenleyici tasarruflarla düzenleneceği (sınırlamalar vb gibi) bir iç kamu hukuku sorunudur. Sözleşme dilindeki "yasa" türü ne olursa olsun (kanun, tüzük, yönetmelik, yerleşik içtihat vb) soyut norm koyan yani düzenleyici tasarruflardır ve 02.08.1984 tarihli "Malone / İngiltere"¹⁹ ve 26.04.1979 tarihli "Sunday Times / İngiltere"²⁰ kararlarında belirtildiği üzere Anglo - sakson hukukundaki yazılı olmayan içtihat hukuku (Common law) sözleşmedeki anlamıyla "yasa" dır.²¹

¹⁷ Macovei, a.g.e., s. 56.

¹⁸ Bıçak, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü"..., s. 272.

¹⁹ Malone-Birleşik Krallık, 02.08.1984, 8691/79, Seri A-84, kararın Türkçe metni için bkz. Doğru, Osman, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları", T.C. Adalet Bakanlığı Yayınları, Ağustos, 2003, s. 764-862 vd.

²⁰ 26/04/1979, 6538/74, Sunday Times—Birleşik Krallık, kararın Türkçe metni için bkz. Doğru, s. 276 vd.

²¹ Gözübüyük - Gölcüklü, a.g.e., s. 358.

Bu açıklamalara göre AIHM, sınırlamanın yasayla belirlenmiş olmasının yanında hukuken öngörülmüş olmasını da aradığı görülmektedir. Kayasu / Türkiye davasında²² şu yaklaşım ortaya konulmuştur:

“Mahkeme, ancak vatandaşlara davranışlarını önceden ayarlama imkanı verecek kadar açık düzenlemelerin Sözleşme’nin 10(2). fıkrası anlamında hukuk normu olarak kabul edilebileceğini hatırlatır. Bu, belirli bir eylem neticesinde doğabilecek sonuçların, bir danışmanın da yardımıyla olayın şartları içinde makul bir ölçüde öngörülebilmesi anlamını da taşımaktadır. Önceden görülebilirliğin mutlak bir ölçüde olması gerekmez. Hukuken öngörülebilirlik, her ne kadar arzu edilirse da, aşırı bir katılığa yol açabilmektedir. Oysa hukukun değişime kendini uyarlayabilmesi gerekmektedir. Birçok kanun, işin doğası gereği, yorumlanması ve uygulanması pratik gerçekliğe bağlı olan yorumla açık formüllerdir (bk. örneğin 15.11.1996 tarihli Cantoni - Fransa kararı, parag. 35; 29.01.2004 tarihli Chauvy ve Diğerleri - Fransa kararı, parag. 43 45).

Mahkeme yine hukuken öngörülmüş olma kavramının, geniş ölçüde söz konusu metnin içeriğine, kapsadığı alanın niteliğine ve kapsamına aldığı insanların sayısına bağlı olduğunu hatırlatır. Hukuken öngörülebilirlik, kişinin belirli bir eylemin sonuçları hakkında makul ölçüde bilgi edinebilmesi için bir danışmanın yardımından yararlanmasını gerektirmesi ile çatışmaz. Bu kural özellikle mesleki yaşamlarında büyük bir dikkat göstermekle yükümlü olan kişiler için de geçerlidir; bunlardan karşılaşmaları muhtemel riskleri değerlendirmek konusunda özel bir özen göstermeleri beklenebilir (bk. Cantoni kararı, Chauvy ve Diğerleri kararı).”

²² Kayasu /Türkiye davası, 13.11.2008, Kar. No: 10308, Başvuru No: 64119/00, (Prg. 83-86) karar metni için bkz. <https://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=10308>, e.t. 18.08.2012, (Mevcut olayda başvurunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleler, açık ve erişilebilir metinlere dayanmaktadır. Başvurucuya Hakimler ve Savcılar hakkındaki 2802 sayılı Yasanın 65/a, 69, 70 ve Ceza Kanununun 159. ve 240. maddelerine göre disiplin cezaları verilmiştir. Mahkeme, savcı olan başvurunun “makul bir ölçüde”, söz konusu iki düzenleme uyarınca davranışlarının sonucunun kendisi açısından idari ve cezai yaptırımlar doğurabileceğini öngöremediğini iddia edemeyeceği kanaatindedir. Mahkeme buradan uyuşmazlık konusu müdahalelerin Sözleşme’nin 10. maddesi anlamında “hukuken öngörülmüş” olduğu sonucuna varmaktadır).

Dink / Türkiye davasında²³ başvuruçular, Türk Ceza Kanununun referans yaptığı “Türklük” ifadesinin aşırı muğlak niteliğinin, ulusal hukukun ulaşılabilirliğini ve öngörülebilirliğini ortadan kaldırdığını, ayrıca Yargıtay’ın, bu ifadeyi Türk etnik kökenli kişilerin sahip oldukları tüm değerleri içerecek şekilde yorumladığını, bunun da Anayasa’nın etnik ya da dini aidiyetlerine bakılmaksızın tüm Türk yurttaşları kapsayan “Türk” tanımıyla çeliştiğini iddia etmişlerdi. AİHM şu değerlendirmede bulunmuştur:

“Mahkeme, 10/2. madde anlamında ‘yasayla öngörülmüş olma’ ibarelerinin öncelikle, şikayet edilen müdahalenin iç hukukta temelini olmasını gerektirdiğini; ama aynı zamanda söz konusu yasanın niteliklerine de gönderme yaptığını hatırlatır: Söz konusu ibareler, yasanın, ilgili kişiler nezdinde ulaşılabilir olmasını, bu surette ilgilinin bundan doğabilecek sonuçları öngörebilmesini ve hukukun üstünlüğü ilkesine uygun olmasını gerektirir (bkz, birçok karar arasında, Müller ve diğ. - İsviçre, 24 Mayıs 1988, § 29, série A no 133, Ezelin - Fransa, 26 Nisan 1991, § 45, série A no 202, Margareta ve Roger Andersson - İsveç, 25 Şubat 1992, § 75, série A no 226-A). Bu durum karşısında ilk şartın gerçekleşmiş olduğu konusunda herhangi bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Gerçekten de eski Ceza Kanununun 159. maddesi hükmünde olduğu gibi, bu hükmü yeniden düzenleyen yeni TCK’nın olayların yürürlükte olduğu dönemdeki 301. maddesi, diğerlerinin yanında Türklüğü aşağılamayı da yaptırım altına almaktadır. İkinci şart açısından ise, kapsamı oldukça geniş olan ‘Türklük’ ifadesinin, başvuruçuların ileri sürdüğü gibi ilgili normun öngörülebilirliğini ve ulaşılabilirliğini zedeleyip zedelediğini belirlemek gereklidir. Yargıtay bu ifadeyi Türk etnik kökenli kişilerin sahip oldukları değerleri ve gelenekleri içerecek şekilde yorumladığı ölçüde, Anayasadaki tüm Türk yurttaşlarını etnik ya da dini aidiyetlerine bakılmaksızın kapsayan ‘Türk’ tanımıyla çelişir bir durum ortaya çıkmaktadır. Mahkeme, bu açıdan başvuruçuyu Fırat Dink’in TCK’nın 301. maddesinden suçlanmasının öngörülebilirliği konusunda ciddi şüpheler ortaya çıkabileceği görüşündedir.” Bununla birlikte, Mahkeme, müdahalenin gerekliliği konusunda vardığı sonucu dikkate alarak (136. paragraf), sorunu burada incelememiştir.

²³ Dink / Türkiye davası, 14.09.2010, Kar. No: 13160, Başvuru No: 2668/07, (Prg. 112-116) karar metni için bkz. <https://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=13160> ve <http://www.inhak.adalet.gov.tr/>, e.t. 18.08.2012.

C. KISITLAMANIN DEMOKRATİK TOPLUM DÜZENİNİN GEREKLERİNE UYGUN OLMASI

AİHS'nin 8, 9, 10 ve 11. maddelerindeki özgürlüklerin kullanımının sınırlandırılması "demokratik toplum düzeninin gereklerine" aykırı olmamalıdır. O halde bu maddelerdeki özgürlüklere müdahaleyi haklı kılabilecek tek gereklilik tipi, "demokratik toplum" dan kaynaklanan gereklilik olabilir. Sözleşmede düşünülen tek bir siyasal model vardır, o da demokrasidir. Bu nedenle, sınırlamalar demokratik toplum düzeniyle uyumlu olmalıdır.²⁴

Demokratik toplumun gerekleri, sınırlandırmanın kabul edilebilirliği konusunda önemli bir kriterdir. Demokratik toplum kriteri Sözleşmenin en orijinal kriteri olarak kabul edilmektedir. Bu kriter, Sözleşmenin önsözünde yer almakta ve Sözleşmenin genel yapısının önemli bir parçasını oluşturmaktadır.²⁵

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 25.03.1983 tarihli "Silver ve Diğerleri/İngiltere"²⁶ kararında sınırlandırma sorunlarına ve takdir yetkisi sınırına dair genel yaklaşımını listelemiştir. Bu karara göre:

- a) "Gerekli" sıfatı, "zorunlu" sıfatıyla anlamdaş olmadığı gibi, "kabul edilebilir", "olağan", "yararlı", "makul" veya "arzu edilir" gibi ifadelerin esnekliğine de sahip değildir (7.12.1976 tarihli Handyside kararı Prg. 48).
- b) Sözleşmeciler devletler kısıtlamalar getirirken sınırsız olmayan, belirli bir takdir alanı kullanırlar; kısıtlamaların sözleşme ile bağdaşır olup olmadığı konusunda son sözü söylemek, Mahkemenin görevidir (Prg. 49).
- c) "Demokratik bir toplumda gerekli" deyimi, bir müdahalenin sözleşmeye uygun olabilmesi için, diğer şeylerle birlikte, "toplumsal ihtiyaç baskısını" karşılamak ve "işlenen meşru amaçla orantılı" olmak zorunda olduğu anlamına gelir (aynı karar Prg. 48-49).
- d) Sözleşmenin güvence altına aldığı bir hakka istisna getiren hükümler dar yorumlanmalıdır. (6.9.1978 tarihli "Klass ve Diğerleri/

²⁴ Turhan, a.g.m., web.

²⁵ Bıçak, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü" ..., s. 271.

²⁶ Silver ve Diğerleri / Birleşik Krallık, 25.03.1983, 5947/72.

Almanya" kararı prg.42).²⁷

AİHM, daha yakın tarihli olan Kayasu / Türkiye kararında²⁸ da benzer prensipleri ortaya koyarak şu değerlendirmelerde bulunmuştur:

“(i) İfade özgürlüğü, demokratik toplumun esaslı temellerinden biri olup, demokratik toplumun ilerlemesi ve her bir bireyin kendini geliştirmesinin temel şartlarından birini oluşturur. İfade özgürlüğü, 10. maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen ‘haber’ ve ‘düşünceler’ için değil, ama ayrıca devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz. İfade özgürlüğü, Sözleşme’nin 10. maddesindeki bazı istisnalara tabidir; ancak bu istisnalar dar yorumlanmalıdır ve kısıtlamaların gerekliliği ikna edici bir şekilde ortaya koyulmalıdır (bkz. şu kararlar, 07.12.1976 tarihli Handyside – Birleşik Krallık kararı, parag. 49; 08.07.1986 tarihli Lingens – Avusturya kararı, parag. 41; ve 23.09.1994 tarihli Jersild – Danimarka kararı, parag. 37).

(ii) Sözleşme’nin 10(2). fıkrası anlamında ‘gerekli’ kavramı, ‘toplumsal ihtiyaç baskısı’ varlığını ima eder. Sözleşmeci Devletler böyle bir ihtiyacın var olup olmadığını değerlendirirken, belirli bir takdir alanına sahiptirler; ulusal takdir alanı, Avrupa denetimiyle el ele yürümektedir. Bu denetim, hem mevzuatı ve hem de bağımsız mahkemeler tarafından verilmiş de olsa bu mevzuatı uygulayan mahkeme kararlarını da kapsar. Dolayısıyla Mahkeme, bir ‘kısıtlama’nın Sözleşme’nin 10. maddesiyle korunan ifade özgürlüğüyle bağdaştırılabilir olup olmadığı konusunda nihai kararı vermekle yetkilendirilmiştir.

(iii) Bu denetim yetkisini kullanırken Mahkeme’nin görevi yetkili ulusal makamların yerini almak değil, fakat ulusal makamların takdir yetkileri gereğince verdikleri kararları Sözleşme’nin 10. maddesine göre denetlemektir. Bu demek değildir ki, Mahkeme’nin denetimi da-

²⁷ Kararın Türkçe metni için bkz. Doğru, a.g.e., s. 571 vd.

²⁸ Kayasu / Türkiye davası, 13.11.2008, Kar. No: 10308, Başvuru No: 64119/00, (Prg. 88-89) karar metni için bkz. <https://aihmanadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=10308>, e.t. 18.08.2012.

valı devletin takdir yetkisini makulce, dikkatlice ve iyi niyetle kullanıp kullanmadığını belirlemekle sınırlıdır; Mahkeme'nin yapması gereken şey, şikayet konusu müdahaleye bir bütün olarak olayın şartları ışığında bakmak ve müdahalenin 'izlenen meşru amaçla orantılı' olup olmadığına ve ulusal makamlar tarafından müdahaleyi haklı kılmak için gösterilen gerekçelerin 'ilgili ve yeterli' olup olmadığına karar vermektir (bk. 26.11.1991 tarihli Sunday Times - Birleşik Krallık (no. 2) kararı, parag. 50). Mahkeme bunu yaparken, ulusal makamların Sözleşme'nin 10. maddesinde yer alan prensiplere uygun standartları uyguladıklarına ve ayrıca konuyla ilgili maddi olayların kabul edilebilir bir değerlendirmesine dayandıklarına ikna olmalıdır (bk. yukarıda geçen Jersild kararı, parag. 31)."

Dink / Türkiye davasında²⁹ Mahkeme, Fırat Dink'i Türklüğe hakaretten dolayı mahkum etmenin, demokratik bir toplumda ifade özgürlüğünün meşru biçimde sınırlanmasının temel koşulu olan "üstün toplumsal gerekliliğe" hiçbir şekilde hizmet etmediği sonucuna varmıştır. Mahkeme'ye göre, "Fırat Dink'in mahkumiyetinin Yargıtay tarafından onaylanması tek başına ya da ilgiliyi aşırı milliyetçi militanlara karşı koruma önlemlerinin yokluğu olgusuyla birlikte dikkate alındığında, ifade özgürlüğüne haksız bir müdahale niteliğini taşımaktadır." Bu düşüncelerle Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği kabul edilmiştir.

Anılan İçtihatlar göre 10. maddenin 2. fıkrasında belirtilen "gereklilik" "acil bir sosyal ihtiyaç" anlamındadır. Akit devletlerin milli organları, anılan ihtiyacın mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi konusunda belli bir takdir hakkına sahiptir.³⁰ Ancak bağımsız bir milli mahkeme tarafından verilen kararlar da dahil olmak üzere, bütün milli organların karar ve işlemleri, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin denetimindedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu sebeple, bir "sınırlama"nın, Sözleşme'nin 10. maddesinin güvencesinde olan ifade özgürlüğü ile bağdaşır bağdaşmadığı konusunda nihai kararı verme yetkisini haizdir.³¹

²⁹ Bkz. Dink / Türkiye davası, 14.09.2010, Kar. No: 13160, Başvuru No: 2668/07, (Prg. 136) karar metni için bkz. <https://aihmanadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=13160>, ve <http://www.inhak.adalet.gov.tr/>, e.t. 18.08.2012.

³⁰ Özbey, a.g.e., s. 354.

³¹ Çalışkan, a.g.e., s. 55.

İfade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler niteliğinde olup olmadığının tespiti için, ulusal mahkemelerin öncelikle orantısallık ilkesini uygulamaları gerekir. Burada cevap verilmesi gereken soru şudur: “Amaç, o amaca ulaşmak için kullanılan araçlarla orantılı mı?” Bu denklemde, “amaç” 2. fıkrada sayılan devletlerin korunması uğruna ifade özgürlüğüne müdahale edebilmelerine olanak tanınan değerlerden veya çıkarlardan biri ya da birkaçıdır. “Araç” ise müdahalenin kendisidir. Dolayısıyla, “amaç”, “ulusal güvenlik”, “kamu düzeni”, “ahlak”, “başkalarının hakları” gibi, devlet tarafından öne sürülen spesifik çıkardır. “Araç” ifade hakkını kullanmakta olan bireye karşı benimsenen veya uygulanan spesifik tedbirdir. Örneğin, “araç” şunlardan biri olabilir: Hakaret ve şöhrete halel getirme dolayısıyla cezai mahkumiyet, tazminat ödemeye mahkum edilme, yayın konusunda tedbir kararı, gazetecilik mesleğini icradan men, gazete bürosunun aranması, bir fikrin ifade edilmesi için kullanılan araca el konulması vb. gibi.³²

Orantısallık konusundaki karar, demokratik bir toplumu yöneten ilkelere dayanır. Bir müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli” olduğunun kanıtlanması için, ifade özgürlüğünün kullanılması üzerinde o spesifik kısıtlamayı gerektirecek “acil bir sosyal ihtiyacın” varlığı konusunda Mahkeme ikna olmalıdır. “Observer ve Guardian/İngiltere” davasında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 10. maddenin 2. fıkrasında taşıdığı anlam itibarıyla “gerekli” sıfatını, “acil bir sosyal ihtiyacın” varlığını içerdiğini belirtmiştir.³³ Buna göre, müdahalenin meşruluğunun denetlemesinde iki koşulun yani “yasallık ve meşru amaç”ın saptaması fazla güçlük arz etmemektedir. Asıl güçlük “oranlılık (ölçülülük)” ve “takdir marjı” değerlendirmesinin ön plana çıktığı “demokratik toplumda gerekli” koşulunun irdelenmesinde ortaya çıkmaktadır. Özet olarak belirtmek gerekirse, Mahkeme bu koşul açısından yaptığı değerlendirmelerde “sıkıştıran toplumsal ihtiyaç”, bu ihtiyacı kanıtlayan “uygun ve inandırıcı yeterli gerekçe” müdahale teşkil eden “tedbirin ölçülülüğü”, “bireysel ve genel yarar arasındaki denge ve tercih” ölçütlerini dava konusu somut olaya uygulayarak bir karara varmaktadır. Önemi nedeniyle bir kez daha belirtilmeli ki “de-

³² Macovei, a.g.e., s. 66-67.

³³ Observer ve Guardian / Birleşik Krallık, 26.11.1991 T. 13585/88, bkz. Macovie, a.g.e., s. 67.

mokratik toplumda gerekli” irdelemesinde ulusal mercilerin sadece iyi niyetle, dikkatli ve makul davranmış olmaları önemli ise de tek başına yeterli değildir. Şikayet konusu somut müdahale tedbirinin alınmasına gerekçe olarak ulusal mercilerce ileri sürülen mülahazaların meşru amaçlarla ne ölçüde örtüştüğü, (olayın tüm koşul ve özellikleri göz önünde tutularak) “haklı ve makul” nedenlerin “gerekliklik” niteliğine ne ölçüde dayanak oluşturduğu da araştırılacaktır.³⁴

D. KISITLAMANIN MEŞRU BİR AMACININ BULUNMASI

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, kısıtlamanın meşru bir amaca yönelik olması gerektiğini bildirmiştir. Sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrası meşru amaçları saymıştır. Başkalarının haklarını veya itibarlarını koruma, özel olarak alınmış bilgileri koruma gibi amaçlar meşru amaçlar olabilir. İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasını meşru amaçların haklı kıldığını gösterme yükümlülüğü Devlete aittir. Meşru amaç, ikna edici olarak ortaya konulmalıdır, “acil toplumsal ihtiyaç” söz konusu olmalıdır. Faydalı, istenen, kabul edilebilir, sıradan durumlar “gerekli” demek değildir. Sınırlamanın gerekliği ve meşru amaç, orantılılık ilkesine yol açmaktadır. Ulaşılmak istenen meşru amaçla ifade özgürlüğünün sınırlandırılması orantılı olmalıdır.³⁵

Kısıtlamaya ilişkin meşru amaçlar sadece ifade özgürlüğüne ilişkin 10. maddede değil, aynı zamanda özel hayatın ve aile hayatının korunmasına dair 8. maddede, din ve vicdan özgürlüğüne dair 9. maddede ve dernek kurma ve toplantı özgürlüğüne dair 11. maddede de sıralanmıştır. Amaçların bir kısmı anılan dört madde için ortaktır. Amaçlar belirlenirken, maddenin 1. fıkrası ile tanınan hak veya özgürlüğün doğası ve niteliği göz önünde tutulmuştur. Müşterek amaçlar kamu güvenliği, başkalarının hak ve özgürlüklerinin (ya da şöhretlerinin: md.10), kamu sağlığı, ahlakı ve düzeninin (ya da nizamın) korunması (md. 8/2,9/2,10/2,11/2) şeklinde sıralanabilir. Buna karşılık, “ulusal güvenlik” ve “suçların önlenmesi” sebebi 9. madde hariç, öteki üç madde bakımından meşru amaç niteliğindedir. “Ülkenin ekonomik refahı” yalnız 8. madde, toprak (ülke) bütünlü-

³⁴ Gözübüyük - Gölcüklü, a.g.e., s. 381.

³⁵ Bıçak, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü”..., s. 272.

ğü, gizli bilgilerin açığa vurulmasının önlenmesi ve yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması ise 10. madde konusunda geçerli amaçlardır.³⁶

Ülke otoritelerinin, kısıtlamaları 2. fıkrada sayılan gerekçelerin dışında herhangi bir başka gerekçeye dayandırmaları meşru değildir. Dolayısıyla ulusal mahkemelerin, ifade özgürlüğüne şu ya da bu biçimde müdahale niteliği taşıyan herhangi bir yasal hükmü uygulamaları söz konusu olduğunda, bu hükmün korumakta olduğu değer ya da yararı ve bu değer ya da yararın 2. fıkrada sayılanlardan biri olup olmadığını denetlemeleri gerekmektedir. Ancak bu denetim sonucunda yanıt olumlu ise mahkemeler o hükmü ilgili kişiye uygulayabilirler.³⁷

Mahkeme her somut uyuşmazlıkta müdahalenin meşru bir amaç dayanıp dayanmadığını kendisi tespit etmektedir. Örneğin Kayasu / Türkiye davasında³⁸ Mahkeme, uyuşmazlık konusu müdahalelerin her birinin, Sözleşmenin 10. maddesinde yer alan meşru amaçlardan en az birine girdiği kanaatinde olup, görevi kötüye kullanma bakımından düzeni ve yargı organının otorite ve tarafsızlığını koruma ve hakaret suçu ile ilgili olarak da başkalarının haklarını koruma amaçlarını meşru amaçlar olarak göstermiştir.

Sürek / Türkiye davasında³⁹ AİHM, müdahalenin meşru amaç taşıdığını kabul etmiştir. AİH Komisyonu kendi adına, başvuranın mahkumiyetinin yetkililerin yasadışı terör faaliyetleri ile mücadele ve 10. Maddenin 2. Fıkrası kapsamında meşru amaçlar olan milli güvenlik ve kamu emniyetinin korunmasına yönelik faaliyetlerin bir parçasını teşkil ettiğini belirtmiştir.

Mahkeme de, Güneydoğu'daki güvenlik durumunun hassasiyetini (Bkz. 25 Kasım 1997 tarihli Zana - Türkiye Kararı, 1997-VII Ra-

³⁶ Gözübüyük - Gölcüklü, a.g.e., s. 373.

³⁷ Özbey, a.g.e., 2008, s.353.

³⁸ Kayasu / Türkiye davası, 13.11.2008, Kar. No: 10308, Başvuru No: 64119/00, (Prg. 87) karar metni için bkz. <https://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=10308>, e.t. 18.08.2012.

³⁹ Sürek / Türkiye davası, karar no: 26682/95, 8 Temmuz 1999, Dışişleri Bakanlığı Çok Taraflı Siyasî İşler Genel Müdürlüğü tarafından Türkçeye çevrilmiş olup, gayri resmi tercümedir. Bkz. <http://www.tohav.org/aihmk/surek.pdf>, erişim tarihi: 08.09.2012.

porları, s. 2539, 10. Madde) ve yetkililerin gereksiz şiddeti destekleyecek hareketlere karşı tetikte olma gereğini de dikkate alarak, başvuru sahibi aleyhinde alınan önlemlerin, basta ulusal güvenliğin ve ülke bütünlüğünün korunması ve asayişsizlik ve suçun önlenmesi olmak üzere, Hükümet tarafından belirlenen belli amaçların uzantısı olduğu kanaatine varmıştır. AİHM, bu durumun özellikle bölücü faaliyetlerin şiddet kullanımına dayalı yöntemlere bağlı olduğu, dava konusu olayların cereyan ettiği Güneydoğu'daki durum için geçerli bulunduğunu belirtmiştir.

Zana / Türkiye davasında⁴⁰ ise Komisyon, izlenen amacın meşruluğu konusunda şu değerlendirmelerde bulunmuştur: Komisyona göre, siyasal kişiliği olan birinin -başvurucu eski Diyarbakır Belediye Başkanındır- böyle bir ifadesinin,⁴¹ ulusal makamları ülke içindeki terörist faaliyetlerin artmasından korkmaya yöneltmesi akla yatkındır. Bu nedenle (ulusal) makamlar, ulusal güvenliğe ve kamu güvenliğine yönelik bir tehdit olduğunu ve ülkenin toprak bütünlüğünü korumak ve suçu önlemek için önlemler alınması gerektiğini düşünmekte haklılardır.

Aynı başvuruda Divan; "gazetecilerle yaptığı röportajda başvuru-cunun "PKK ulusal kurtuluş hareketini" desteklediğini açıkça gösterdiğini (bkz. yukarıda paragraf 12) ve Komisyonun da belirttiği gibi, başvuru-cunun ifadesinin PKK militanları tarafından sivillerin öldürülmesiyle aynı zamana denk düştüğünü belirtir. Bu durumda Divan, Türkiye'nin Güneydoğu bölgesinde ciddi çatışmaların sürdüğü bir dönemde -bölgede iyi tanınan siyasal bir kişilikten gelen- böyle bir ifadenin ulusal makamların ulusal güvenliğin ve kamu güvenliğinin sürdürülmesine yönelik olarak önlem almasını haklı kılan bir etkiye sahip olduğunu kabul eder. Bu nedenlerle şikâyet konusu edilen müdahale 10. maddenin 2. fıkrasında yer alan meşru amaçları sağlamaya yöneliktir."

⁴⁰ Zana / Türkiye davası, (69/1996/688/880), 25 Kasım 1997, karar için bkz. http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/69_1996_688_880.pdf, e.t. 08.09.2012.

⁴¹ Başvurucu, Diyarbakır Askeri Cezaevinde mahkum olarak bulunurken Ağustos 1987'de gazetecilerle yaptığı bir röportajda, aşağıdaki görüşleri açıklamıştır: "... PKK'nin ulusal kurtuluş hareketini destekliyorum. Katliamlardan yana değiliz, yanlış şeyler her yerde olur. Kadın ve çocuklar yanlışlıkla öldürülüyor..." Bu açıklama ulusal günlük gazete Cumhuriyet'te 30 Ağustos 1987'de yayınlanmıştır.

Sözleşmenin 10/2. maddesinde yer alan sınırlamanın meşru amaçlarını şu şekilde sıralayabiliriz:

1. Ulusal Güvenlik, Toprak Bütünlüğü ve Kamu Emniyetinin Korunması

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ulusal güvenliğin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve terörle mücadelenin bir yöntemi olarak ifade özgürlüğünü sınırlamanın mümkün olduğunu belirtmekte, ancak, bu sebeplere dayanarak yapılacak sınırlamanın, elde edilmek istenen amaçla kullanılan vasıta arasında bir orantılılık ve bu yönde ağır bir sosyal ihtiyacın olması halinde kabul edilebileceğini vurgulamaktadır. Bu nedenle, sözleşmeye üye devletlerin söz konusu takdir hakkını kullanarak ifade özgürlüğünü sınırlandırmaları halinde, kişilerin düşüncelerini ifade etme özgürlüğüyle devletlerin kendilerini terör örgütlerinin eylemlerinden koruma hakkı arasındaki hassas denge- nin de sağlanması gerekecektir (25.11.1997 tarihli ve 69/1996/688/880 sayılı “Zana/Türkiye” kararı).⁴²

Mahkeme, 26.11.1991 tarihli başka bir kararıyla (The Observer ve Guardian/İngiltere, 26.11.1991, A 216), Sunday Times, The Observer ve Guardian isimli İngiliz gazetelerinde yapılan bir yayın dolayısıyla ifade özgürlüğünün sınırlarını ulusal güvenlik açısından belirlemeye çalışmıştır. Bu davaya konu olay Avustralya’da yaşayan emekli bir İngiliz istihbarat teşkilatı mensubunun yazmış olduğu ‘Spycather’ başlıklı anıların söz konusu gazetelerde yayınlanmasıyla ilgilidir.⁴³ Observer ve Guardian gazeteleri 1986 Haziran ayında, anı kitabının ayrıntıları hakkında bilgiler yayınlamıştır. Bunun üzerine İngiltere Başsavcılığı anılan gazeteler aleyhine ulusal güvenliği sarsmaktan dolayı dava açarak yayınların durdurulmasını talep etmiş ve mahkeme de yayınları durdurmuştur. Kitap aynı yıl Temmuz ayında ABD’de yayınlanmış ve en çok satan eser olmuştur. Kitabın bazı nüshaları İngiliz vatandaşları tarafından da satın alınmış, ancak, İngiliz makamları kitabın yurda sokulmasının yasaklanması konusunda herhangi bir karar almamıştır.

⁴² Beydoğan, T. Ayhan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türk Hukukunda Siyasi İfade Hürriyeti”, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınevi, Ankara, 2003, s. 315.

⁴³ Doğru, Osman, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları”, Cilt 1, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002, s. 930.

Daha sonra, Sunday Times gazetesi kitaptan bazı bölümleri yayınlamaya başlamıştır. Lordlar Kamarası, 30 Temmuz 1987’de daha önceki mahkeme kararına dayanarak mahkeme kararlarının bağlayıcılığı ve saygınlığı açısından anılan gazete ve diğer bütün medya araçlarına yayın yasağı koymuştur. Kitap, bu arada İngiltere dışındaki birçok ülkede yayınlanmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İngiliz mahkemesinin, Observer ve Guardian gazetelerine koyduğu geçici yayın yasağının ulusal güvenlik açısından gerekli olduğuna işaretle Sözleşmeye aykırılık görmemiştir. Sunday Times ve diğer medya araçlarına konan ikinci yayın yasağını ise, demokratik bir toplumda gereksiz bir müdahale olarak nitelendirilmiştir. Mahkemeye göre, ABD’de yayımlandıktan sonra gizliliği kalmadığından, ulusal güvenliği koruma gerekçesi ortadan kalkmıştır. Geriye kalan, istihbarat teşkilatının etkinlik ve itibarının korunması ise, yayın yasağı konulması için tek başına yeterli bir gerekçe değildir.⁴⁴

AİHM, 9.2.1995 tarihli (Series A No. 306-A.) “Vereniging We-ekblad Bluf!/Hollanda” davasında da farklı olgular temelinde, “ulusal güvenlik” ile ifade özgürlüğü arasındaki çatışmayı incelemiştir. Mahkeme bu kararında hukukun üstünlüğüne dayanan demokratik bir toplumun işleyişinin, istihbarat örgütleri gibi bir takım kurumların gizli çalışmasını gerektirebileceğini kabul ediyordu. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre bu, devlete kendini demokratik bir toplumun temel değerlerini yıpratmaya çalışan kişi veya grupların faaliyetlerine karşı koruma olanağı verecekti. Dolayısıyla Mahkeme, müdahalenin (yani el koyma ve toplatma) “ulusal güvenliği” koruma “meşru amacına” sahip olduğunu kabul ediyordu. Bu davaya konu olayda, istihbarat servisinin 6 yıl önceye ait çok gizli nitelikteki bir belgesinin dergiye ek olarak dağıtmak için basıldıktan sonra, dergi ve ekinin toplatılması, dergi ve ekinin gizli basılıp caddelerde satılması ve takipsizlik kararından sonra toplatılan dergilerin iade edilmemesi söz konusuydu. Toplatma kararından sonra yayıncılar yüksek sayıda nüshayı yeniden basarak çok kalabalık olan Amsterdam sokaklarında satmışlardı. Dolayısıyla, söz konusu derginin toplatılmasına karar verildiğinde zaten geniş biçimde yayılmış bulunmaktaydı. (...) Bu

⁴⁴ Ünal, Şeref, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi-İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri”, TBMM Basımevi, Ankara, 2001, s. 262.

son nokta açısından bakıldığında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, daha önce belirli bilgilerin zaten açıklanmış ya da gizli olmaktan çıkmış olduğu görüldüğünde, bu bilgilerin açıklanmasını engellemenin gereksiz olduğuna hükmetmişti. Söz konusu bilgilere çok sayıda insan ulaşma ve bunları başkalarına da aktarma olanağını elde etmiş durumdadır. Üstelik, medya da olay üzerine yorumlar yapmıştır. Durum böyle olunca, bu bilgilerin Devlet sırrı olarak muhafazası artık haklı gösterilemez. Bluf!'un 3 numaralı sayısının toplatılması, izlenmekte olan "meşru amaca" ulaşma bakımından artık hiç de zorunlu görülmemektedir. Kısacası bu tedbir demokratik bir toplumda gerekli olmadığına göre 10. maddenin ihlali söz konusudur.⁴⁵

Observer ve Guardian ile Bluf! davalarında verilen kararlar, en azından iki önemli ilkeyi ortaya koymaktadır. Birinci ilke, ulusal güvenlik konusundaki bilgilerin, bir kez kamu alanına çıktıktan sonra yasaklanamayacağı, yayının toplatılmayacağı ve bilginin yayılmasına aracı olanların cezalandırılmayacağıdır. İkinci ilke ise ulusal güvenlik alanında her türlü bilginin kayıtsız koşulsuz gizli olarak nitelenmesi ve bu temelde bu tür bilgiye ulaşma olanağına önceden bir sınırlandırma oluşturma konusunda devletlere bir yasak getirir.

Söz konusu kısıtlama sebebi ile ilgili olarak beyanın nasıl bir topluluğa yapıldığı da önemlidir. Mahkemenin 8.7.1999 tarihli kararına esas olan "Gerger/Türkiye"⁴⁶ davasında, daha önce idam edilen bir kişiyi anma törenine davet edilen, ancak bu davete icabet etmeyen bir gazetecinin gönderdiği mesajın anma töreninde okunması sebebiyle, mesajı gönderen gazeteci 'toplumun ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğü aleyhine bölücü propaganda yapmak' suçundan dolayı hapis ve para cezasına çarptırılmıştır. Olayı inceleyen Mahkeme, sayısı sınırlı bir katılımcı grubuna okunmuş bir mesajın ulusal güvenlik, kamu düzeni ve ülkenin toprak bütünlüğü için oluşturduğu potansiyel tehlikenin oldukça sınırlı olduğu; mesajda karşı koyma, mücadele ve bağımsızlık gibi kelimeler kullanılmış olmakla birlikte şiddete, silahlı mücadeleye veya isyana teşvik olmadığı, mesaj sahibine verilen cezanın oldukça ağır olduğu tespitini yaparak ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik bir toplum için ge-

⁴⁵ Macovei, a.g.e., s. 72 vd.

⁴⁶ Gerger / Türkiye davası, No: 24919/94, 08.7.1999.

rekli olmadığı, dolayısıyla ifade özgürlüğünün ihlal edildiği kararını vermiştir.⁴⁷

Sürek-Türkiye davasında⁴⁸ başvurucu, toprak bütünlüğü ve ulusun birliği, kamu düzeni ve milli güvenliği tehdit eden makaleler ile bölücü propaganda yapmak suçundan mahkum edilmiştir.

Başvuruya ilişkin olarak Komisyon şu görüşlere yer vermiştir: “Güneydoğu’daki güvenlik durumunu ve söz konusu mektuplarda

⁴⁷ Bıçak, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü” ..., s. 294.

⁴⁸ Sürek-Türkiye davası, karar no: 26682/95, 8 Temmuz 1999.

Başvurucu K. T. Sürek, İstanbul’da “Haberde Yorumda Gerçek” isimli haftalık bir dergiyi yayınlayan şirketin başlıca hisse sahiplerinden biridir. Derginin 30 Ağustos 1992 tarihli 23. Sayısında “Silahlar Özgürlüğü Engelleyemez” ve “Suç Bizim” başlıklı iki okuyucu makalesi yayınlanmıştır.

Makaleler özet olarak şöyledir (çeviri):

(a) “Silahlar Özgürlüğü Engelleyemez”

Kürdistan’da yükselmekte olan ulusal bağımsızlık savaşında, faşist Türkiye’nin ordusu bombardımanlarını sürdürmektedir. Büyük özveriler ile gerçek muhabirleri tarafından ortaya çıkarılan “Şırnak Katliamı”, bu haftanın bir başka somut örneği olmuştur. Aslında Kürdistan’da sürdürülmekte olan zulüm, geçen birkaç yıl içinde yaşanan en kötüsüdür. Halepçe’de gerici BAAS yönetimi tarafından Güney Kürdistan’da yapılan katliam, şu anda Kuzey Kürdistan’da yürütülmektedir... Türkiye Cumhuriyeti Kürdistan’da provokasyona yol açarak, bir katliama yönelmektedir. Birçok insan öldürülmüştür. Tanklar, toplar ve bombalar ile yapılan 3 günlük bir saldırı sonunda Şırnak yerle bir edilmiştir... Şırnak saldırısı Kürtlerin kökünün kazanması için Türkiye’de yürütülmekte olan en etkin kampanyadır... Ancak halkımızın, Kürdistan’daki ulusal mücadelesi artık kan dökülmesi, tanklar ve toplar ile engellenmeyecek bir seviyeye ulaşmıştır. Türkiye Cumhuriyeti tarafından Kürtlerin ortadan kaldırılması için başlatılan her saldırı, bağımsızlık mücadelesini yoğunlaştırmaktadır...”

(b) “Suç Bizim”

TC cinayet çetesi, “Türkiye Cumhuriyeti’nin korunması” gerekçesiyle cinayetlerine devam etmektedir. Ancak insanlar olanlar karşısında uyanıp, bilinçlenip, haklarını savunmayı öğrendikçe ve “verilmemesi halinde zorla alacağımız” fikri halkın aklında filizlenip, gün geçtikçe büyüdüğü sürece cinayetler de sürecektir... Bu da, doğal olarak generaller, emperyalizmin kiralık katilleri ve çift çeneli, göbekli, ensesi kalın Turgutlar, Süleymanlar ve Bülentlere göre insanların beynine bu tohumları ekenlerden başlamalıdır... Böylece 12 Mart olayları, Böylece 12 Eylül olayları ... Böylece darağaçları, böylece hapisaneler, böylece 300 veya 400 yıla mahkum edilen insanlar. Böylece “Türkiye Cumhuriyeti’ni korumak adına işkence odalarında” öldürülen insanlar. Böylece Diyarbakır hapisanesinde öldürülen Mazlum Doğanlar... böylece kısa süre önce resmi şekilde öldürülen devrimciler... TC cinayet çetesi cinayetlerine devam etmektedir ve “devam edecektir”. Çünkü halkın uyanışı bir istek seli gibidir ... sesleniyorum. Cinayet çetesinin suçlu kanıtlanmıştır. İnsanlar bunu kan ve can tecrübesi ile görmekte ve fark etmektedir. Ama, ya demokrasi ve özgürlük mücadelesini engelleyen o şarlatanların suçu ... Evet ya onların suçu ...”

kullanılan dilin ileri düzeyde şiddete teşvik olarak değerlendirilebileceğini de dikkate alarak Komisyon, Muhatap Devletin yetkililerinin, mektupların yayınlanmasının milli güvenlik ve kamu emniyeti açısından zararlı görme hakkına sahip olduğu görüşündedir. Komisyon, derginin sahibi olarak başvuranın mektupların yayınlanması ile ilgili görev ve sorumluluk üstlenmiş olduğu şeklinde fikir yürütmüştür. Başvuranın mahkumiyeti ve hüküm giymesi, yetkililerin değerlendirme marjı kapsamında bir tepki olan milli güvenlik ve kamu emniyetinin korunması yönünde zorunlu bir sosyal ihtiyaca cevaben yapılmış orantılı işlemler olarak kabul edilebilecektir. Bu nedenlerle Komisyon bu davada 10. Maddenin ihlal edilmemiş olduğu kanaatine varmıştır.”

Mahkeme'nin (AİHM) değerlendirmesi ise şöyledir: <<...Denetim yetkisinin uygulanmasında Mahkeme müdahaleyi, suçlanan ifadeler ve bunların ifade edildiği bağlam da dahil olmak üzere, davayı bir bütün olarak ele alarak incelemelidir. İlk olarak müdahalenin “meşru amaçlar ile orantılı” ve ulusal otoriteler tarafından anılan müdahalenin meşru gösterilmesi için belirtilen gerekçelerin “ilgili ve yeterli” olup olmadığı tespit edilmelidir. Bunu yaparken de Mahkeme, ulusal otoritelerin Madde 10 kapsamında bulunan ilkelere uygun standartları uyguladığı ve ilgili bulguların kabul edilebilir bir değerlendirmesine dayalı oldukları konusunda olumlu kanaate varmalıdır.

Başvuranın sahibi olduğu dergi vasıtasıyla bölücü propaganda yapmak suçundan mahkum edilmiş olması nedeniyle, söz konusu müdahaleler ayrıca basın bir siyasi demokrasinin düzgün şekilde işleminin sağlanmasına ilişkin temel görevi bağlamında da dikkate alınmalıdır (birçok diğer otoritenin yanı sıra bkz. 8 Temmuz 1986 tarihli Lingens - Avusturya kararı, A Serisi, No. 103. s. 26, Madde 41; ve yukarıda anılan Fressoz ve Roite kararı, s. ..., Madde 45). Basının, şiddet tehdidi karşısında milli güvenlik veya ülke bütünlüğünün korunması veya asayişsizlik veya suçun engellenmesi amacıyla konmuş olan sınırlamaları aşmaması kaydıyla, bölücü olanlar da dahil olmak üzere, görüş ve siyasi hususlarda bilgi vermesi bir zorunluluktur. Basının, anılan bilgileri ve fikirleri bildirme zorunluluğunun yanı sıra, halkın da bunları almaya hakkı vardır. Basın özgürlüğü, kamuoyuna siyasi liderlerin fikir ve tutumlarının keşfedilmesi ve bunlara ilişkin bir kanaat oluşturulması için en iyi araçlardan birini sağlamaktadır (bkz. yukarıda anılan Lingens kararı, s. 26, Madde 41-42).

Mahkeme, başvuranın dergisinin okuyucular tarafından sunulan iki mektubu yayınlamış olduğuna işaret etmektedir. Bu mektuplar, yetkililerin Güneydoğu'daki askeri faaliyetlerini sert bir şekilde kınamış ve özgürlük ve bağımsızlık mücadelesinde Kürt halkına zulüm yapmakla suçlamıştır (bkz. yukarıdaki paragraf 11). "Silahlar Özgürlüğü Engellemez" başlıklı mektup, yazarı tarafından Kürtlerin ortadan kaldırılması için yürütülen stratejik kampanyanın bir bölümü olarak yetkililer tarafından kasten yapılmış olduğu iddia edilen iki katliama gönderme yapmaktadır. Kürtlerin özgürlüğünü kazanma azmini yineleyerek sonlanmaktadır. İkinci mektup olan "Suç Bizim", Türkiye Cumhuriyeti kurumlarının demokrasi ve Cumhuriyet'in korunması adına muhaliflerin hapse atılma, işkence ve öldürülmesine göz yumduğunu iddia etmektedir. İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi, 1991 tarihli 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 8. maddesi kapsamındaki başvuran aleyhine yapılan suçlamanın kanıtlanmış olduğuna karar vermiştir (bkz. yukarıdaki 14. paragraf). Mahkeme, söz konusu mektupların Türkiye'nin Güneydoğusundaki alanları bağımsız bir "Kürdistan" devleti ve PKK'yı ulusal bir kurtuluş hareketi olarak tanımlayarak, Türkiye Devletinin toprak bütünlüğünün zedelenmesine (bkz. yukarıdaki paragraf 15) yönelik kelimeler içerdiğini tespit etmiştir.

Yukarıda belirtilen müdahalenin gerekliliğinin değerlendirilmesi açısından, tespit edilen ilkeler ışığında (bkz. paragraf 58 ve 59) Mahkeme, Sözleşmenin 10. Maddesinin 2. fıkrasında kamu çıkarlarına ilişkin siyasi konuşmalar veya sorunlara ilişkin tartışmaların sınırlanmasına dair çok dar bir kapsam olduğuna işaret etmektedir (bkz. 25 Kasım 1996 tarihli Wingrove - Birleşik Krallık davası, 1996 Raporları-V, s. 1957, 58. Madde). Ayrıca, izin verilebilir eleştirilerin sınırları hükümet ile ilgili hususlarda, özel vatandaşlar veya siyasetçiler açısından daha geniştir. Demokratik bir sistemdeki hareketler veya hükümetin ihmalleri sadece yasama ve adli otoritelerin değil, aynı zamanda kamuoyunun da yakın takibinde olmalıdır. Ayrıca, Hükümetin sahip olduğu egemen konum, özellikle haksız saldırılar ve düşmanlarının eleştirilerine cevap verilmesine ilişkin başka araçların bulunduğu durumlarda, cezai işlemlere başvurulması konusunda bir sınırlamanın uygulanmasını zorunlu kılmaktadır. Bununla birlikte, kamu düzeninin garantörleri sıfatıyla hareketle, ceza kanunu niteliğinde olanlar da dahil olmak üzere, doğru tepkiyi verecek ve anılan ifadeler aşılmadan önlemlerin

benimsenmesi Devlet otoritelerinin yetkisine açıktır (bkz. 9 Haziran 1998 tarihli Incal – Türkiye kararı, 1998-IV Raporları, s. 1567, 54. Madde). Son olarak, anılan sözler bir birey veya bir kamu görevlisi veya bir nüfusun bir kesimine karşı bir şiddeti teşvik ettiği durumlarda Devlet otoriteleri, ifade özgürlüğüne ilişkin müdahale gereğinin incelenmesinde daha geniş bir marja sahiptir.

Mahkeme, mektuplarda kullanılan kelimeler ve bu kelimelerin yayınlanmış olduğu bağlam üzerinde özellikle duracaktır. Bağlam açısından, kendisine sunulan davaların tarihçelerine, özellikle terörizmin engellenmesine ilişkin sorunları dikkate alacaktır. (bkz. yukarıda belirtilen Incal – Türkiye kararı, s. 1568, 58. Madde). Mahkeme ilk olarak, “katliam”, “zulüm” ve “cinayet” gibi göndermelerin yanı sıra, “Faşist Türk ordusu”, “TC cinayet çetesi” ve “emperyalizmin kiralık katilleri” gibi etiketlerin kullanılması ile diğer tarafa kara bir leke vurulmasına ilişkin açık bir kasıt olduğunu kabul etmektedir. Mahkeme kanaatine göre söz konusu mektuplar, temel duyguların çalkalandırılması ve halen ölümcül şiddet şeklinde kendini göstermiş olan bileşik önyargıların katılaştırılması ile kanlı bir intikama çağrı şeklinde değerlendirilebilecektir. Ayrıca, mektupların 1985’ten buyana çok ciddi can kayıpları ve bölgenin büyük bir kısmında olağanüstü hal ilan edilmesine sebebiyet verecek şekilde güvenlik kuvvetleri ile PKK kuvvetleri arasında ciddi çatışmaların devam etmekte olduğu Güneydoğu’daki güvenlik durumu bağlamında yayınlanmış olması da dikkate alınmalıdır (bkz. yukarıda anılan Zana kararı, s. 2539, Madde 10). Bu bağlamda, mektupların içeriğinin iddia edilen zulümlerin sorumlusu olarak gösterilenlere karşı köklü ve mantık dışı bir nefret uyandırarak, bölgede daha fazla şiddete sebebiyet verebilecek şekilde değerlendirilmelidir. Gerçekten de, okuyucuya iletilen mesaj, saldırgan ülke karşısında şiddete başvurmanın gerekli ve haklı bir önlem olduğudur.

Ayrıca “Suç Bizim” başlıklı mektubun kişileri isimleri ile tanımlayarak, bunlara karşı olan nefretin alevlendirildiği ve bu şahısların fiziksel şiddet tehlikesine maruz bırakıldığı da dikkate alınmalıdır (bkz. yukarıdaki paragraf 11). Mahkeme bu açıdan, yetkililer tarafından Devletin toprak bütünlüğüne zarar verilmesi ile ilgili gerekçelerin vurgulandığı başvurunun mahkumiyetine ilişkin nedenleri, başvurunun ifade özgürlüğü aleyhinde bir müdahale için ilgili ve yeterli bir dayanak olarak kabul etmektedir. Mahkeme, “bilgi” ve “görüşlerin”

sadece kırıcı, şaşırtıcı veya rahatsız edici olmasının müdahalenin haklı gösterilmesi için yeterli olmayacağını yinelemektedir (bkz. yukarıdaki paragraf 58). Mevcut davada söz konusu olan, nefret konuşmaları ve şiddetin yüceltilmesidir.

Başvuranın bu mektuplarda bulunan görüşler ile şahsen bağlantılı olmadığına doğru olmasına rağmen, mektupların yazarlarına şiddet ve nefretin körüklenmesi için bir araç temin etmiştir. Dergi ile sadece ticari açıdan bağlı olduğu ve yazı isleri müdürlüğü sorumluluğu taşımadığı gerekçesi ile mektupların içeriğine ilişkin her türlü cezai sorumluluktan muaf tutulması gerektiği yönünde başvuran tarafından ileri sürülen iddiayı reddetmektedir. Başvuran mal sahibi olup, bu konumu itibarıyla derginin yazı isleri yönetimini şekillendirme hakkına sahiptir. Bu nedenle, halk için bilgi toplanması ve dağıtılması konusunda derginin yazı işleri ve muhabir personelinin görev ve sorumlulukları açısından vekaleten sorumlu olup, bu durum da çatışma ve gerginlik durumlarında daha büyük önem taşımaktadır.

Yukarıdaki hususlar dikkate alındığında Mahkeme, derginin sahibi olarak başvurana uygulanmış olan cezanın bir “zorunlu sosyal” ihtiyacı karşılamak olarak kabul edilebileceğini ve başvuranın mahkumiyeti için yetkililer tarafından verilen mahkumiyetin “ilgili ve yeterli” olduğu sonucuna varmıştır. Ayrıca Mahkeme, başvurana oldukça ılımlı bir para cezası olan 166,666,666 Türk Lirasının verilmiş olduğunu ve bu cezanın da sonradan yarıya, 83,333,333 Türk Lirasına düşürülmüş olduğunu da dikkate almaktadır (bkz. yukarıdaki 14 ve 18. paragraflar).

Bu nedenlerden dolayı ve bu gibi davalarda ulusal yetkililerin sahip olduğu takdir marjı da dikkate alınarak Mahkeme, söz konusu müdahalenin amaçlanan meşru hedefler ile orantılı olduğu düşünce-sindedir. Sonuç olarak, Sözleşmenin 10. maddesi ihlal edilmemiştir.”

Konuyla ilgili olarak Zana / Türkiye davasını⁴⁹ da incelemekte yarar vardır. Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin 26 Mart 1991 tarihli kararıyla “yasanın cürüm saydığı bir fiili savunduğu” ve “umumun emniyetini tehlikeye düşürdüğü” için Diyarbakır eski Belediye

⁴⁹ Zana / Türkiye davası, (69/1996/688/880), 25 Kasım 1997, karar için bkz. http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/69_1996_688_880.pdf, e.t. 08.09.2012.

Başkanı M. Zana on iki ay hapis cezasına mahkum edilmiştir. Devlet Güvenlik Mahkemesi ayrıca, PKK'nın Ceza Yasasının (765 sayılı TCK) 168. maddesi anlamında bir "silahlı örgüt" okluğunu, Türkiye topraklarının bir bölümünün ayrılmasını amaçladığını ve cinayet, adam kaçırmaya ve silahlı soygun gibi şiddet eylemleri gerçekleştirdiğini kabul etmiştir.

Zana / Türkiye davasında Divan şu değerlendirmeleri yapmıştır: <<Divan, ifade özgürlüğüne ilişkin ortaya koyulan ilkelerin terörizme karşı mücadelede ulusal güvenlik ve kamu güvenliğinin sürdürülmesi için alınan önlemler açısından da geçerli olduğunu düşünmektedir. Bu bağlamda Divan, her olayın özel koşullarını ve Devletin takdir yetkisini özenle göz önünde tutarak, bireylerin ifade özgürlüğüne ilişkin temel haklarıyla demokratik bir toplumun meşru hakkı olan kendini terörist örgütlerin eylemlerine karşı korumak arasında adil bir denge nin kurulup kurulmadığını araştırmalıdır.

Divan eldeki davada, Zana'nın mahkumiyetinin ve cezasının "zorlayıcı bir toplumsal gereksinim" e yanıt verip vermediğini ve bunların "izlenen meşru amaçlarla orantılı" olup olmadığını değerlendirmiştir. Bu amaçla Divan, başvuruçunun sözlerinin içeriğini o dönemde Türkiye'nin Güneydoğu bölgesinde hüküm süren durumun ışığında çözümlemenin önemli olduğu görüşündedir.

Divan başvuruçunun açıklamasını, kendisinin de esas olarak reddetmediği, 30 Ağustos 1987'de günlük ulusal gazete Cumhuriyet'te yayımlandığı biçimiyle temel alacaktır. Açıklama iki cümleden oluşmaktadır. Birinci cümlede başvuruçunun, "katliamlardan yana" olmadığını söylerken "PKK ulusal kurtuluş hareketi"ni desteklediğini belirtmektedir, ikinci cümlede şunu söylemektedir: "herkes hata yapar, PKK, kadın ve çocukları yanlışlıkla öldürüyor."

Bu sözcükler çeşitli biçimlerde yorumlanabilir ancak, her halde, bunlar çelişkili ve anlamı belirsizdir. Bunlar çelişkilidir, çünkü aynı zamanda hem amaçlarına ulaşmak için şiddet kullanan bir terörist örgüt olan PKK'yı desteklemek hem de kendisinin katliamlara karşı olduğunu açıklamak zor görünmektedir. Bunların anlamı belirsizdir, çünkü Bay Zana kadın ve çocukların katledilmesini uygun bulmazken aynı zamanda bunu herkesin yapabileceği bir "hata" olarak tanımlamaktadır.

Bununla birlikte, bu açıklamaya tek başına bakılmamalıdır. (Bu açıklamanın) başvuruçunun da farkında olması gereken, olayın somut koşulları içinde özel bir anlamı vardır. Divanın daha önce belirttiği gibi (bkz. paragraf 50) bu röportaj, o tarihte gerginliğin dorukta olduğu Türkiye'nin Güneydoğu bölgesinde PKK'nın sivillere yönelik kanlı saldırılarıyla aynı zamana denk düşmüştür.

Bu koşullar altında büyük bir ulusal günlük gazetede yayınlanan röportajda, Güneydoğunun en önemli kenti olan Diyarbakır'ın eski belediye başkanının -"ulusal kurtuluş hareketi" olarak tanımladığı- PKK'ya verdiği desteğin, bu bölgedeki patlamaya hazır havayı daha da ağırlaştıracağı düşünülebilir.

Bu nedenle Divan, başvuruçuya verilen cezanın "zorlayıcı bir toplumsal gereksinime" yanıt verdiğinin kabul edilmesinin uygun olduğunu ve ulusal makamların ileri sürdüğü nedenlerin "uygun ve yeterli" olduğunu düşünmektedir; her halde, başvuruçu cezasının yalnızca beşte birini hapiste geçirmiştir (bkz. paragraf 26).

Bütün bu etkenleri ve böyle bir davada ulusal makamların sahip olduğu takdir yetkisinin sınırlarını göz önünde tutarak Divan, incelenen müdahalenin izlenen meşru amaçlarla orantılı olduğunu düşünmektedir.>> Sonuç olarak Divan, Sözleşmenin 10. maddesinin ihlâl edilmediğini belirtmiştir.

2. Kamu Düzeninin Sağlanması ve Suç İşlenmesinin Önlenmesi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 23.4.1992 tarihli "Castells/ İspanya"⁵⁰ kararında kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi ile hükümetin siyasi karşıtları tarafından siyasi bakımdan eleştirilmesi arasında bir denge kurmaya çalışmış ve siyasi muhalefet için ifade özgürlüğünü güçlü bir şekilde savunmuştur. Castells, İspanya Parlamentosunda, Bask bölgesinin bağımsızlığını savunan bir siyasi örgütü temsil eden bir senatördü. 1979'da ülke çapında okunan bir gazetede "Öfkelenendirici Bir Dokunulmazlık" başlıklı bir yazısı yayınlandı. Castells, Hükümeti Bask bölgesindeki cinayetleri soruşturmamakla

⁵⁰ Castells / İspanya (23.4.1992. A. 236) davasının Türkçe tam metni için bkz., Doğru, İnsan Hakları Avrupa İçtihatları, Beta Yayınevi, İstanbul, Ocak 1997, s. 217-237.

suçluyordu. Bunun üzerine şikayetçinin dokunulmazlığı kaldırılarak, “hükümetin manevi şahsiyetine hakaret” suçundan yargılanmış ve 1 yıl 1 gün hapis cezasına mahkum edilmiştir.⁵¹ Yapılan başvuru üzerine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kısıtlamanın “demokratik bir toplumda gerekli” olması koşulunu inceleyerek şunu belirtmiştir:

“İfade özgürlüğü herkes için önemli olmakla birlikte, halkın seçilmiş bir temsilcisi açısından özel bir önem taşır. Bu kişi seçmenlerini temsil etmektedir, onların kaygılarına dikkat çekmektedir, çıkarlarını savunmaktadır. Dolayısıyla, davacının durumunda olduğu gibi, muhalif bir Parlamento üyesinin ifade özgürlüğüne müdahale, Mahkeme’nin çok büyük bir dikkatle ele alması gereken bir konudur.”⁵² Hükümet hakkındaki eleştirinin caiz olan sınırları özel kişilere, hatta bir politikacıya yapılan eleştiriye oranla daha geniştir. Bir demokratik sistemde Hükümetin eylem, işlem veya hataları, sadece yasama ve yargı organlarının değil, basın ve kamuoyunun da ayrıntılı incelemesine tabidir. Ayrıca Hükümet, medyadaki haksız saldırı ve eleştirileri başka yollarla önlemek varken, işgal ettiği hakim pozisyondan yararlanarak ceza davası açmak suretiyle önlemeyi tercih etmiştir. Kamu güvenliğinin garantörü olarak yetkili Devlet makamları, hakaret, kasıt veya kötü niyetle yapılan yayınları önlemeye yönelik olmak üzere, ceza niteliğinde olanlar da dahil gereken önlemleri almak yetkisine sahiptir. Ancak, bunda hiçbir şekilde aşırıya kaçılmamalıdır. Mahkeme bu gerekçelerle İspanya’nın 10. maddeyi ihlal ettiğini tespit etmiş ve hükümetin bunlara karşı, hoşgörülü olması gerekirken, ceza davası açarak karşı koymasının aşırı bir önlem olduğu hususunu vurgulamıştır.⁵³

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne göre, devletlerin kamu düzenini sağlamakla sorumlu olarak, kendilerine yöneltilen eleştirilere karşı, sınırları dahilinde, cezai nitelikte olanlar dahil, gerekli gördüğü tedbirleri alma hakkı saklıdır (9 Haziran 1998 tarihli “İncal/Türkiye”⁵⁴ kararı prg. 54). Eleştirilerin başkalarını, kişilere, kamu görevlilerine

⁵¹ Ünal, a.g.e., s. 249.

⁵² Macovei, a.g.e., s. 89 vd.

⁵³ Çalışkan, Bilal, “AİHM’nin İfade Özgürlüğü Kararlarında Demokratik Toplum Kriterleri” Adalet Dergisi, Sayı: 15, Ankara, Nisan 2003, s. 54.

⁵⁴ İncal / Türkiye davası, 9 Haziran 1998, No: 22678/93, Karar metni için bkz. İncal/ Türkiye davası, “Yargı Mevzuatı Bülteni”, 07.04.1999 tarih, Sayı 76, s. 51-78.

veya toplumun bir kesimine karşı şiddete teşvik edici nitelik taşıması halinde ise ifade özgürlüğünün sınırlanması konusunda, Devlet, daha geniş takdir yetkisine sahiptir (8 Temmuz 1999 tarihli “Ceylan/ Türkiye”⁵⁵ kararı prg. 34).⁵⁶

Bununla birlikte Mahkeme, şiddeti teşvik etmeyen düşünce açıklamalarının korunması gerektiğini belirtmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi demokrasinin temel özelliklerinden birinin, şiddete başvurmadan ülkenin sorunlarına diyalog yoluyla çözümler bulma olduğunu belirterek, bazen bu çözümlerin can sıkıcı ve hoş gitmeyen şeyler olabileceğini, ama buna katlanılması gerektiğini belirtmiştir. Demokrasinin temeli düşünceyi ifade özgürlüğüdür ve yine demokrasinin yaşaması ifade özgürlüğünün sağlanmasına bağlıdır.⁵⁷

Nur Rayda ve Televizyon Yayıncılığı A.Ş. / Türkiye davasında,⁵⁸ Ekim 1999’da Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK), başvuru şirketi hakkında Mihr dini cemaatinin bir temsilcisinin yaptığı bazı yorumları yayımlaması nedeniyle uyarmıştır. Bu yorumlardan biri, Ağustos 1999’da İzmit’te meydana gelen binlerce kişinin ölümüyle sonuçlanan depremin, bu kişilerin ölmesine karar veren ‘Allah’ın Allah düşmanlarına ikazı’ olduğu şeklindeki yorumdur. Temsilci ayrıca, dinsizliklerinin kurbanı olarak takdim edilen ‘inançsızların kaderini’ Mihr cemaati üyelerinin kaderiyle kıyaslamıştır. RTÜK, bu yorumların ‘Anayasa’nın genel ilkeleri, demokratik kurallar ve insan haklarına’ aykırı yayın yapmayı yasaklayan 3984 sayılı Kanununun 4(c) maddesinde yer alan kuralı ihlal ettiğini tespit etmiştir. Başvurucu şirketin aynı kuralı ihlal etmesi nedeniyle daha evvel kınandığını kaydeden RTÜK, 8 Kasım 1999 tarihinden itibaren yürürlüğe girmek üzere 180 gün süreyle yayınının durdurulmasına karar vermiştir. Başvurucu şirket, bu tedbire Türk mahkemeleri önünde itiraz etmiş, fakat sonuç alamamış-

⁵⁵ Ceylan / Türkiye davası, No: 23556/94, 8 Temmuz 1999.

⁵⁶ Bıçak,Vahit, “Türkiye’nin Güncel Sorunları: Demokrasi ve İnsan Hakları”, Liberalizmin İncelenmesi: Friedrich Naumann Vakfı’nın Türkiye’de 10 Yıllık Siyasi Çalışması Uluslararası Konferansı’nda Sunulan Tebliğ, <http://www.geocities.com/vbicak/FNF.htm>. Erişim: 11.01.2010.

⁵⁷ Turhan, Mehmet, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasal Parti Kapatma Davaları”, <http://www.abchukuk.com/makale/makale39.html>, erişim 13.01.2010.

⁵⁸ Nur Rayda ve Televizyon Yayıncılığı A.Ş. / Türkiye davası, Kar. No: 8875, Başvuru No: 6587/03, K.T: 27.11.2007, kararın Türkçe çevirisi ve metni için bkz. <https://aih.m.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=8875>, 18.08.2012.

tır. Başvurucu şirket, depreme ilişkin dini bir açıklamanın yapıldığını ve dinleyicilerin inanmak ya da inanmamakta serbest olduklarını ileri sürmüştür.

AİHM, yapılan yorumların ciddiyetini ve bilhassa da bu yorumların yapıldığı trajik bağlamı kabul etmiştir. Ne var ki, söz konusu yorumlar şok edici ya da saldırgan da olsalar, hiçbir biçimde şiddete kışkırtma içermemiş ve Mihr dini cemaatinin üyeleri olmayan kimselere karşı düşmanlığa tahrik etmemişlerdir. Üstelik Mahkeme, müdahalenin orantılı olup olmadığını değerlendirirken verilen cezanın ağırlığı ve niteliğinin de bir faktör olduğunu hatırlatmıştır. Bu nedenle Mahkeme, yayım yasağının taşınılan amaçla orantısız olduğu kanısına varmış ve bu gerekçeyle 10. maddenin ihlaline hükmetmiştir.

AİHM, Karatepe-Türkiye davasında,⁵⁹ Kayseri Belediye Başkanı olan Ş. Karatepe'nin yaptığı bir konuşma sonucundaki mahkumiyetini ihlal olarak görmemiştir. AİHM'e göre başvuranın konuşmaları iki bölümden oluşmaktadır: Birinci bölümde başvuran laiklikle ilgili kişisel tutumunu dile getirmektedir. İkincisinde ise büyük bir ilin belediye başkanı olarak halkına "(...) Müslümanların içlerindeki düşünce, kin ve imanı" korumalarını söyleyerek "Bu törene bu kılıkla (laik kıyafeti kastederek) katılmak zorunda kaldım. Fakat sizlerin hiçbir zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu düzen mutlaka değişmelidir. Bekledik, biraz daha bekleriz. Bakalım bizi nasıl bir gelecek bekliyor. Müslümanlar, içinizden bu hırsı, bu kini eksik etmeyin" ifadelerinde bulunmuştur.

AİHM, dava ile ilgili olarak Erbakan-Türkiye⁶⁰ kararında da dile getirdiği üzere 10. maddeye ilişkin içtihadından doğan temel ilkelere atıfta bulunmaktadır. Mevcut dava, başvuranın ulusal mahkemeler tarafından "kine teşvik eden ifadeler" olarak değerlendirilen beyanları nedeniyle cezalandırılması hususuna ilişkindir. Bu bakımdan AİHM, insanların onuruna karşı hoşgörü ve saygının, demokratik ve çoğulcu bir toplumun temellerini teşkil ettiğini vurgulamaktadır. Bundan "usullerin", "koşulların", "sınırlandırmaların" ya da verilen "cezaların" hedeflenen meşru amaçla orantılı olması koşuluyla, ilke olarak,

⁵⁹ Karatepe-Türkiye Davası, Başvuru no: 41551/98, k.t. 31 Temmuz 2007, kararın özet çevirisi için bkz. http://www.hukukimevzuat.com/?x=aihm_karari&id=766, erişim tarihi: 08.09.2012.

⁶⁰ Karar No: 59405/00, 6 Temmuz 2006.

demokratik toplumlarda hoşgörüsüzlüğe dayalı (dini hoşgörüsüzlük de dahil olmak üzere) kini yayan, teşvik eden, yücelten ya da haklı gösteren her türlü ifade şeklinin cezalandırılmasının hatta önlenmesinin gerekli olabileceğine kanaat getirilmesinin mümkün olduğu sonucu çıkmaktadır (kine teşvik eden konuşma ve şiddetin savunulması ile ilgili olarak bkz., mutatis mutandis, Sürek-Türkiye (no:1), [Büyük Daire], no: 26682/95, ve özellikle, Gündüz-Türkiye, no: 35071/97).

AİHM'e göre başvuranın cezai mahkumiyetinin, başvuranın AİHS'nin 10/1. maddesi ile güvenceye alınan ifade özgürlüğüne müdahale teşkil ettiğine dair bir tereddüt bulunmamaktadır. Bununla birlikte müdahalenin, Türk Ceza Kanunu'nun 312. maddesi ile öngörüldüğü ve 10/2. madde uyarınca ulusal güvenliğin ve kamu düzeninin korunması, başkalarının haklarının muhafaza edilmesi ve suçun önlenmesi gibi pek çok meşru amaç taşıdığı da tartışma götürmemektedir. Burada asıl önemli olan müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı" hususunun tespit edilmesidir.

AİHM şu değerlendirmelerde bulunmuştur: Tanınmış bir siyasetçi tarafından halka açık bir toplantıda dile getirilen bu görüşler dini değerler çerçevesinde şekillenmiş bir toplumsal bakış açısını ifşa etmekte ve böylelikle farklı grupların karşı karşıya geldiği günümüz toplumlarını oluşturan çoğulculuk anlayışıyla bağdaşır görünmemektedir (Bkz., aynı bakımdan, Erbakan kararı). Özellikle de vatandaşları, nüfusun diğer bir kesimine karşı "(...) içlerinde bulunan hırsı, kini ve nefreti" eksik etmemelerini söyleyen başvuranın ifade özgürlüğü hakkında faydalandığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Her halükarda Türk Devleti'nin laik kanunlarına karşı itaatsizliğe teşvik edildiği hususu tartışma götürmemektedir. Bu ifadelerin hoşgörü anlayışıyla bağdaşır görünmesi pek mümkün değildir ve AİHS'nin ön-sözünde yer alan barış ve adalet gibi temel değerlere aykırılık teşkil etmektedir (Bkz. özellikle, Gündüz-Türkiye (karar), no:59745/00). Bu açıdan ele alındığında AİHM, önemli bir ilin belediye başkanı olan ve bu nedenle halk nezdinde, gerginlik ve çatışma durumlarında daha da önem kazanan bir rolü olduğu cihetle başvuranın mahkum edilmesine ilişkin gerekçelerin yerinde olduğuna ve ilgilinin ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahaleyi haklı kılmak için yeterli olduğuna kanaat getirmektedir (Sürek-Türkiye (No:1), Zana-Türkiye, 25 Kasım 1997 tarihli karar, Derleme Kararlar ve Hükümler). AİHM, "bilgi" ya da "fi-

kirlerin” kırııcı, şaşırtıcı veya rahatsız edici olmasının söz konusu müdahalenin haklı gösterilmesi için yeterli olmayacağını ancak, mevcut davada şiddeti yüceltecek şekilde kine dayalı bir konuşma söz konusu (Sürek kararı -no:1-) olduğunu hatırlatmaktadır.

Hükmolunan cezanın orantılılığı konusunda ise AİHM, başvurana verilen bir yıl hapis ve 420.000 Türk Lirası tutarında para cezasının ağırlığını kabul etmektedir. Bununla birlikte, bir kişinin davranışı yukarıda ifadesini bulan düzeye ulaştığında ve çoğulcu bir demokrasinin temellerini inkar edecek ölçüde hoşgörüsüz bir hale geldiğinde, iç hukuktaki caydırıcı yaptırımlar gerekli olabilir (Gündüz kararı). Ayrıca başvuranın, yaklaşık dört buçuk aylık bir hapis cezası sonrasında 17 Eylül 1998 tarihinde şartlı olarak tahliye edilmiş olması dikkate alındığında AİHM, mevcut davada uygulanan cezanın, halkın suç işlemeğe teşvik edilmesinin önlenmesi şeklindeki hedeflenen meşru amaçla orantılı olmadığını düşünölemeyeceğine kanaat getirmektedir (Güzel-Türkiye (No:1), (karar),no:54479/00, 20 Eylül 2005).

Sonuç olarak AİHM, dava konusu müdahaleyi AİHS’nin 10/2. maddesine uygun bulmuş ve AİHS’nin 10. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Yukarıdaki içtihatlarla göre AİHM, ulusal mahkemelere kısıtlama konusunda şu yolu göstermektedir: “Yasal itaatsizliğe kışkırtma, 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 bir toplumda gerekli’ olup olmadığına karar verirken, çelişen çıkarları karşılıklı olarak tartmalı orantısallık ilkesini uygulamalıdır. Ayrıca “Castells/İspanya”⁶¹ kararının ortaya koyduğu gibi, ulusal mahkemeler devlet otoritelerine yönelik eleştirileri cezalandırmaktan kaçınmalıdır. Bu tür eleştiriler sert bile olsa, siyasi çoğulculuğun ve kanaat çoğulculuğunun bir parçasıdır.⁶²

⁶¹ Castells / ispanya (23.4.1992. A. 236) davasının Türkçe tam metni için bkz., Doğru, İnsan Hakları Avrupa içtihatları, Beta Yayınevi, İstanbul, Ocak 1997, s. 217-237.

⁶² Macovei, a.g.e., s. 91.

3. Sağlık ve Ahlakın Korunması

Sağlık ve Ahlak ile ifade özgürlüğü arasındaki çatışma, orantısallık ilkesine yeni yorumlar katmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ilke olarak böyle davalarda, ulusal mahkemelere daha geniş bir takdir payı bırakır. Bunun gerekçesi, 'ahlak'ın her bir üye ülkede, hatta aynı ülkenin farklı bölgelerinde değişik olmasıdır.

Bu başlık altında, Komisyon ve Mahkeme gündemini genelde müstehcen yayınlar işgal etmiştir.⁶³ İsviçre'de 9 ressamın katıldığı resim sergisine 3 resmi ile katılan ve resimlerinden birinde insanlar ile hayvanlar arasında cinsel ilişkiyi resmeden bir sanatçının⁶⁴ başvurusu üzerine, Komisyon, şikayetçi ve arkadaşlarına uygulanan İsviçre Ceza Kanununun 204. maddesinin toplum ahlakı ve başkalarının haklarının korunması gibi meşru bir amaçla sevk edildiğini belirledikten sonra, alınan önlemin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı konusunu incelemiştir. Komisyona göre, somut olayda davayı inceleyen üç İsviçre Mahkemesi de estetik açıdan bir değerlendirme yapmaksızın sergilenen resimleri müstehcen bulmuştur. Ayrıca, sadece insanlar ile hayvanlar arasında cinsel ilişkileri tasvir eden resimlerle verilmek istenen mesaj da anlaşılammıştır. Kültürel, sosyal ve dini etkenlerle, resimlerin sergilendiği Fribourg Kantonundaki halkın yapısı ve serginin her yaş grubuna açık olduğu göz önüne alınırsa İsviçre makamlarının aldığı önlem, Sözleşmenin 10/2 maddesine aykırı değildir.⁶⁵ Aynı olayla ilgili olarak Mahkeme, 24.5.1988 tarihli (A 133) "Müller/İsviçre" kararında, 10. maddenin ihlal edilmediğine ve resmi makamların resimlere el koyma kararlarının ve para cezası vermelerinin ahlakın korunması bakımından zorunlu önlemler olduğuna inanmalarının haklı olduğuna karar vermiştir.⁶⁶ Mahkemenin bu kararına göre; "Bugün, Sözleşmeye taraftar devletlerin hukuki ve sosyal düzenlerinde tek bir şekilde Avrupa ahlak kavramını bulmak imkansızdır... Devlet yetkilileri prensip olarak hem bu gereksinimlerin tam muhtevasında hem de 'sınırlandırmanın gerekliliği' veya bunları karşılayacak 'cezalandırma'da görüşlerini belirtecek olan uluslararası yargıçtan daha iyi durumdadırlar."⁶⁷

⁶³ Ünal, a.g.e., s. 265.

⁶⁴ Doğru, a.g.e., s. 912.

⁶⁵ Ünal, a.g.e., s. 265.

⁶⁶ Özbey, a.g.e., s. 338.

⁶⁷ Macovei, a.g.e., s. 92.

4. Başkalarının Şöhret ve Haklarının Korunması

Başkalarının şöhretini ve haklarını koruma, ifade özgürlüğünün kısıtlanması için ulusal otoritelerin öteki gerekçelerden kat kat daha fazla öne sürdüğü “meşru amaç” olagelmıştır. Politikacıların ve devlet görevlilerinin eleştirilere karşı korunması için oldukça sık kullanılmıştır. Bundan dolayıdır ki, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu alanda, başta basın olmak üzere ifade özgürlüğüne tanınan yüksek düzeyli korumayı kapsayan geniş çaplı bir içtihat geliştirmiştir. Medyada tanınan ayrıcalıklı konumun nedeni Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, demokratik bir toplumda hem seçim süreci hem de kamu yararının günlük sorunları bakımından siyasi düşüncelerin ifadesinin oynadığı merkezi role olan inancıdır. Dil konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sert ve keskin eleştirilerin yanı sıra tartışma konusu olan konulara dikkat çekmek bakımından avantajlar sunan renkli ifadeleri de kabul edilebilir olarak görmüştür.⁶⁸

Öte yandan pozitif hukuk tarafından belirlenmiş olsa bile nesnel olarak kaba, bayağı, müstehcen, saldırgan, aşağılayıcı, onur kırıcı söz ve yazı ile hakaret, sövme, kötüleme, iftira, sırf ar ve haya duygularını incitmeyi amaçlayan düşünce açıklamaları hukukun koruma alanı dışında kalırlar.⁶⁹

Ortak hukukun değişmez ilkesi olan başkalarının haklarına saygı, başkalarının şanı, şöhreti, kişiliği hakkında küçük düşürücü hakaret, sövme ve iftira ve benzer nitelikteki ifadeler esasen düşünce özgürlüğünün özneleri olamayacakları için yasaklama, bir bakıma, özgürlüğün yabancı unsurlardan arındırılması olarak kabul edilmelidir.⁷⁰ Bu tür ifadelerin fiziksel saldırıdan daha az kötü olmadığı ve uygar toplumlarda buna izin verilmemesi gerektiği de unutulmamalıdır.⁷¹

Konuya ilişkin AİHM’in birçok kararı bulunmaktadır. Haziran 2000 tarihinde yargılaması yapılan Constantinescu (Constantinescu / Romanya, 27.6.2000) davası, bir öğretmenler sendikası başkanının aynı suç konusunda haklarında verilmiş takipsizlik kararından yararlanan

⁶⁸ Macovei, a.g.e., s. 96.

⁶⁹ Korkmaz, age.,12, Tanör, age., s.17-18.

⁷⁰ Tanör, age., s.73-74.

⁷¹ Trager, Robert - Dickerson, Donna L., “21.Yüzyılda İfade Hürriyeti”, çev. A. Nuri Yurdusev, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2003, s. 157.

üç öğretmeni “yataklık edenler” olarak suçlamaktan dolayı hakaretten mahkumiyetine ilişkindi. Divan, dava konusu sözler kamu yararı olan konuları oluşturan sendikaların bağımsızlığı ve adli teşkilatın işleyişi hakkında bir tartışma çerçevesinde söylene bile düşüncüyü açıklama özgürlüğünün sınırları olduğunu vurguladı. Başvuranın bir sendika temsilcisi sıfatıyla kendisi tarafından oynanan özel rol ile birlikte, özellikle başkasının haklarını ve ününü korumak gayesiyle belirlenen sınırlar içinde tepkisini göstermesi gerekirdi. Suç oluşturan beyanların onur kırıcı niteliğini kabul ettikten sonra Divan, “başvuranın ‘yataklık edenler’ terimini kullanmaksızın eleştirilerini yapmasının ve böylece sendikal sorunlar konusunda kamuya açık bir tartışmaya katkıda bulunabilmesinin tamamen kendi elinde olduğu” kanaatine varmıştır. Bu nedenle, Divan, 10. maddenin ihlal edilmediğine karar verdi.⁷²

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ilkeleri ışığında, politikacıları ya da genel olarak üst düzey yetkilileri (örneğin cumhurbaşkanı, başbakanı, bakanları, milletvekillerini vb.), başta basından gelenler olmak üzere hakarete veya şöhretine yönelik saldırıya karşı özel ya da daha ağır cezalar aracılığıyla korumayı hedefleyen bütün yasalar 10. madde ile bağdaşmaz bir nitelik taşır. Bu tür hükümlerin var olduğu ve politikacılarca kullanılmaya çalışıldığı durumlarda ulusal mahkemeler bunları uygulamaktan kaçınmalıdır. Bunun yerine hakaret ve şöhrete halel getirme konusundaki genel yasal hükümler uygulanabilir. Ayrıca, politikacıların şerefi ve şöhreti basın özgürlüğüyle çatışma içine girdiğinde ulusal mahkemeler orantısallık ilkesini dikkatli biçimde uygulamalı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin “Lingens/Avusturya”⁷³ gibi davalarda sağlamış olduğu yol gösterici ilkelere bakarak, gazetecinin mahkum edilmesinin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığına karar vermelidirler. Benzer biçimde, ulusal hukukun hakaret içeren ifadelerle ilişkin davalarda “doğruluk kanıtı” savunmasını öngördüğü durumlarda ulusal mahkemeler Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin olgular ile kanaatler arasında yaptığı ayrı-

⁷² “Avrupa’da Düşünce Özgürlüğü”, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. Maddesine İlişkin İctihat, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, e-kitap, Fransızcadan çeviren Prof. Dr. Durmuş Tezcan, http://www.hukuki.net/uploaded/ekitap/avrupa/bolum_1.htm - Erişim: 12.01.2010.

⁷³ Lingens - Avusturya, 24 Haziran 1986, No. 1984/12- 84/1311, Seri A no. 103, kararın Türkçe metni için bkz. Bıçak, Vahit, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü”, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2002, s. 114 vd.

mı göz önüne alarak bu tür kanıt istemekten kaçınmalıdırlar. Üstelik, esas olarak olgulara dayanan şöhrete haneler getirme davalarında iyi niyet savunması kabul edilmelidir. Şayet haber yayınlandığı anda belirli bir bilginin doğru olduğuna inanmak için yeterli bir nedene sahipse o zaman cezalandırılmamalıdır.⁷⁴

Bu kıstasla ilgili 6.2.2001 tarihli "Tommer/Estonya" kararı da dikkat çekicidir. Bu davada, başbakan ile başbakan olmadan önce ve başbakanlığı döneminde çalışan ve sonradan eşi olan kişinin anılarını yazmasına yardım eden gazetecinin, başbakanın eşiyle aralarının açılması üzerine anı sahibinin rızası olmaksızın anıları yayınlama girişimi yargı kararıyla engellenmiştir. Bunun üzerine söz konusu bilgiler gazeteci ile bir başka gazetecinin röportaj yapması şeklinde bir günlük gazetede yer almıştır. Bu röportaj esnasında "genç kızlar" için kötü bir örnek olan, anneliğe uygun olmayan ve başkasının evliliğini bozan bir kişiyi meşhur edilecek kişi olarak seçmeniz yanlış bir karar mıydı?" sorusunu soran gazetecinin bu sözleri hakaret oluşturduğu gerekçeyle mahkum edilmiştir. Olayı inceleyen Divan, yerel mahkemenin olaydaki çelişen dengeleri, seçilen kelimelerin kullanılmasını ve doğasını gözettiğini, dolayısıyla ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁷⁵

AİHM, July ve SARL Liberation / Fransa davasında da;⁷⁶ 1942 doğumlu olup Paris'te yaşayan birinci başvuru Serge July, Fransız gazetesi Liberation'ın yayın müdürüdür. İkinci başvuru ise, SARL Liberation Limited Şirketi'dir. Başvurucuların şikayeti Ekim 1995'te Cibuti'de görevdeyken ölü olarak bulunan bir Fransız yargıç olan Bernard Borrel'in şüpheli ölümüne ilişkin dava hakkında bir basın toplantısında yapılan açıklamaları rapor eden bir makalenin 14 Mart 2000 tarihli Liberation'da yayınlanmasından ötürü hakaret suçu işledikleri gerekçesiyle mahkum edilmeleridir. Makalede rapor edilen toplantının amacı, merhumun eşi olan Elisabeth Borrel'in Adalet Bakanlığına soruşturmada görevli olan iki yargıç hakkında Yargı Hizmetleri Müfettişliğince bir araştırma yapılmasını talep etmektir. Basın toplantısı

⁷⁴ Macovei, a.g.e., s. 101-102.

⁷⁵ Bıçak, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü"..., s. 307.

⁷⁶ July ve Sarl Liberation / Fransa davası, Kar. No: 9245, Başvuru No: 20893/03, K.T: 14.02.2008, kararın Türkçe çevirisi ve metni için bkz. <https://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=9245>, 18.08.2012.

sırasında Bayan Borrel, avukatları ve Yargıçlar Derneği Başkanı Dominique Matagrın ve Yargıçlar Sendikası Başkanı Anne Crenier de dahil olmak üzere bazı yargıçlar, soruşturmanın yürütümüne ilişkin bir dizi soru ve eleştiri yöneltmişlerdir. Söz konusu soruşturma yargıçları, Brigitte Vidal-Durand'ın 'Bir yargıcın ölümü: Eşi yargıçlar ve polislere hesap soruyor' başlıklı yazısının yayınlandığı gün başvuru haklarında hakaret suçu işledikleri gerekçesiyle dava açmışlardır. Makaledeki dört ibarenin hakaret niteliğinde olduğu ileri sürülmüştür: 1. Bayan Borrel yargıçların taraflı olduklarından yakındı. 2. Dominique Matagrın'e göre davaya ilişkin soruşturma garip bir şekilde yürütülmektedir. 3. Anne Crenier, 'bir dizi hata'dan bahsetmiştir. 4. Soruşturma yargıçları yavaş hareket etmişlerdir. 13 Mart 2001'de Ceza Mahkemesi, başvuru haklarında beraatına karar vermiştir. Ceza Mahkemesi, sadece yargıçların taraflılık gösterdiklerine ilişkin ibareyi hakaret niteliğinde bulmuş; fakat başvuru haklarında iyi niyetli oldukları ve soruşturmaya ilişkin eleştirileri rapor etmekle gazetenin halkı bilgilendirme görevini yerine getirdiği sonucuna ulaşmıştır. Versay Temyiz Mahkemesi, temyiz edilen bu kararı kısmen bozmuştur. Temyiz Mahkemesi, yargıçların taraflı olduklarına dair ibarenin yanı sıra soruşturmanın tuhaf bir biçimde yürütüldüğüne ilişkin ifadenin de hakaret içerdiği kanısına varmıştır. Konuyu bir mülakat biçiminde ele alma yoluna başvurmadıkları gerekçesiyle başvuru haklarında iyi niyet sınırları içinde kalmadıkları sonucuna ulaşmıştır. Sonuç olarak, Bay July devlet memuruna hakareten suçlu bulunmuş ve başvuru şirketin de hukuki olarak sorumlu olduğuna karar verilmiştir. Bay July 10,000 Frank (yaklaşık 1,500 Euro) para cezasına çarptırılmıştır. Başvuru şirketin ise, her iki şahsi davacıya da aynı miktarı ödemesine, Liberation ve diğer bir milli gazetede mahkeme kararının özetini yayınlamasına karar verilmiştir. Temyiz Mahkemesi ayrıca, başvuru haklarında birlikte ve ayrı ayrı şahsi davacılara devlet tarafından karşılanmayan ücret ve masrafları için 20,000 Frank ödemelerine karar vermiştir. Başvuru haklarında itirazları Fransız Yargıtayı tarafından reddedilmiştir.

Mahkeme (AİHM), başvuru haklarında aldığı mahkumiyetin ifade özgürlüklerine bir müdahale oluşturduğu kanısına varmıştır. Bu müdahale Fransız hukukunda öngörülmüştür. Müdahale, söz konusu soruşturma yargıçlarının itibarını koruma ve yargının egemenliğini ve tarafsızlığını koruma meşru amacını taşımıştır. Bu müdahalenin

demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığına ilişkin olarak ise Mahkeme, her şeyden önce basının demokratik bir toplumda oynadığı ‘bekçilik etme’ rolünü hatırlatmıştır. Her ne kadar basın bazı sınırları aşmaması gerekse de, görevi kendi sorumluluk ve yükümlülüklerine uygun bir biçimde yargı sisteminin işleyişi de dahil olmak üzere kamu-yu ilgilendiren meseleler hakkında bilgi ve görüşleri iletmektir. Mahkeme, Versay Temyiz Mahkemesinin gösterdiği gerekçeler konusunda ikna olmamıştır. Söz konusu makalenin zaten kamunun ilgisini çekmiş olan bir davaya ilişkin basın toplantısı üzerine bir rapor olduğunu tespit etmiştir. Mahkeme, gazetecilerin bilgi vermede hangi raporlama tekniklerini benimseyeceklerine milli mahkemeler değil basının karar vereceğini vurgulamıştır. Mahkeme ayrıca, makalede konuşmaların doğru bir biçimde raporlanmış olduğunu ve okuyucuların konuşmacıların ifadeleri ve gazetenin analizlerini birbirinden ayırt edebilmeleri için çeşitli yerlerde tırnak işaretlerinin kullanıldığını kaydetmiştir. Üstelik ilgili ifadelerin kime ait olduklarını göstermek üzere her seferinde konuşmacının adına yer verilmiştir. Temyiz Mahkemesinin ‘garip’ zarfına ilişkin olarak gösterdiği gerekçeye ilişkin olarak Mahkeme, her ne kadar gurur okşayıcı olmasa da bu tabirin basın toplantısının katılımcılarından birine ait olduğunu belirtildiğini ve gazetecinin kendisine ait olmadığını kaydetmiştir. Üstelik makale, söz konusu yargıçlara ilişkin herhangi bir husumet gütmemektedir. Ayrıca Mahkeme, resmi görevlerini ifa eden kamu görevlileri bakımından kabul edilebilir eleştirinin sınırının daha geniş olduğunu hatırlatmıştır. Mahkeme, söz konusu ibareleri ‘açıkça onur kırıcı’ bulmamış ve başvurucuların iyi niyetli olmadıklarına ilişkin gerekçelerin ifade özgürlüğü ve basının ‘bekçilik etme’ rolüyle bağdaşmadıkları kanısına varmıştır. Mahkeme, başvurucuların mahkumiyetinin taşınılan amaçla orantılı olmadığına ve demokratik bir gerekli olmadığına karar vermiştir. Bu gerekçeyle 10. maddenin ihlaline hükmetmiştir.

5. Gizli Bilgilerin Yayılmasının Önlenmesi veya Yargı Gücünün Otorite ve Tarafsızlığının Korunması

Komisyon ve Mahkeme, Sunday Times davalarında olduğu gibi, diğer bazı başvurularda da, Sözleşmenin 10/2 maddesi çerçevesinde yargı erkinin saygınlığının ihlal edilip edilmediği konusunu in-

celemiştir. Örneğin, Danimarka ile ilgili Barford olayında⁷⁷ şikayetçi olan gazeteci, hukukçu olmayan iki hakime hakaret ettiği gerekçesiyle Grönland Ceza Kanununun 71. maddesine göre mahkum edilmiştir. Olayda yerel bir yönetim makamı adadaki bir Amerikan üssünde çalışan Danimarkalıların yerel seçimlerde oy veremeyeceklerine ilişkin bir karar almıştır. Şikayetçi, bu kararın iptali için dava açmışsa da reddedilmiştir. Şikayetçi bunun üzerine bir gazetede yayınladığı makalede, talebini reddeden mahkemenin kuruluş tarzını eleştirmiştir. Gerçekten Mahkeme, meslekten bir başkanla davalı idare müze müdürü ve iskan danışmanı olarak görevli ve hukukçu olmayan iki üyeden oluşmuştur. Şikayetçi makalede, iki üyenin davalı idarenin memurları olduğu için bağımsız ve tarafsız davranmadıklarını, nitekim ikiye karşı bir çoğunlukla aleyhinde karar verdiklerini iddia etmiştir. Grönland Yüksek Mahkeme Başkanının söz konusu makalenin yargının saygınlığını ve vatandaşların yargı erkine olan güvenlerini sarstığı gerekçesiyle yaptığı şikayetini inceleyen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ‘Devletin, hakimlerin saygınlık ve haysiyetlerinin korunması ile yükümlü olduğundan bahisle şikayetçinin cezalandırılmasında sözleşmeye aykırılık görmemiştir.’⁷⁸ Mahkeme 26.4.1995 tarihli (A serisi no: 313) “Prager ve Oberschlick/Avusturya” kararında da benzer şekilde ‘birkaç hakim hakkında yapılan eleştirilerin hakaret oluşturduğu gerekçesiyle yayının nüshalarının toplattırılması ve sorumlularının cezalandırılmasında ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir.’⁷⁹

24.02.1997 tarihli “De Haes ve Gijssels/Belçika”⁸⁰ kararı da yargı mensuplarının şöhret ve haklarını ve yargı gücünün otoritesini koruma yararı ile basın özgürlüğünü koruma yararı arasında bir denge sağlama gerekliliğini Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin gündemine getirmiştir. Bu davada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yargı mensuplarının kamunun güvenine sahip olması gerektiğine ve dolayısıyla olgusal temelden yoksun, yıkıcı saldırılardan korunmalarının gerekli olduğunu saptamıştır. Ayrıca yargıçların mesleki olarak kamu

⁷⁷ (13/1987/136/190) Strasbourg, 22.2.1989, kararın Türkçe metni için bkz. Tezcan, Durmuş - Erdem, M. Ruhan - Sancakdar, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, s. 613.

⁷⁸ Ünal, a.g.e., s. 266.

⁷⁹ Bıçak, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü” ..., 304.

⁸⁰ De Haes ve Gijssels / Belçika, 19983/92, 24.02.1997.

önünde konuşmama gibi bir sorumlulukları da olduğundan, yöneltilen saldırılara, örneğin politikacılar gibi cevap vermeleri mümkün değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi daha sonra yazıları inceleyerek uzmanların fikirleri dahil birçok ayrıntıya değinildiğini, bunun da gazetecilerin dava konusunda kamuyu bilgilendirmeden önce ciddi bir araştırma yaptığını kanıtladığını belirlemiştir. Yazılar, enstest konusunda ve yargının bu sorunu nasıl ele almış olduğu üzerine yapılmakta olan kapsamlı bir kamusal tartışmanın bir parçasıydı. Kamuyu ilgilendiren bir konuda halkın bilgilendirilme hakkı bulunduğunu belirten AİHM, ulusal mahkemelerin kararının 'demokratik bir toplumda gerekli' olmadığına, dolayısıyla 10. maddenin ihlal edilmiş olduğuna hükmetmiştir.⁸¹

Skalka / Polonya davasında⁸² AİHM'ye göre, "Adaletin güvenesi olan ve hukukun üstünlüğü ile yönetilen bir devlette temel bir işlevi olan mahkemelerin çalışmaları, kamunun güvenine sahip olmalarını gerektirir. Bu nedenle mahkemeler, temelsiz saldırılara karşı korunmalıdır (bk. örneğin yukarıda geçen Prager ve Oberschlick kararı, parag. 34; 24.02.1997 tarihli De Haes ve Gijssels - Belçika kararı, parag. 37). Mahkemeler, diğer bütün kamu kurumları gibi, eleştiriden ve denetimden muaf değildirler. Özgürlüğü kısıtlanan kişiler de, bu alanda toplumun diğer bütün üyeleriyle aynı haklardan yararlanırlar. Ancak eleştiri ve aşağılama arasında açık bir ayırım yapılmalıdır. Bir ifade açıklamasının tek amacı bir mahkemeyi veya o mahkeme üyelerini aşağılamak ise, uygun bir cezalandırma, ilke olarak Sözleşme'nin 10(2). fıkrasını ihlal etmeyecektir. Son olarak, denetim yetkisini kullanırken Mahkeme'nin, başvuruçunun açıklamayı yaptığı şartları ve başvuruçuyu aleyhine yapılan yorumların kapsamını dikkate alarak, söz konusu müdahaleye bir bütün olarak olayın ışığında bakması gerektiği hatırlanmalıdır. Özellikle Mahkeme, söz konusu müdahalenin 'izlenen meşru amaçla orantılı' olup olmadığını ve ulusal makamların müdahaleyi haklı göstermek için dayandığı gerekçelerin 'ilgili ve yeterli' olup olmadığını saptamak zorundadır. Mahkeme bunu yaparken, ulusal makamların uyguladığı standartların Sözleşme'nin 10.

⁸¹ Macovei, a.g.e., s.115-116.

⁸² Skalka / Polonya davası, Kar. No: 3692, Başvuru No: 43425/98, K.T: 27.05.2003, (prg. 34-43), kararı Türkçeye çeviren: Emine Karacaoğlu, metin için bkz. <https://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=3692>, 20.08.2012.

maddesindeki ilkelerle uyumlu olduğuna ve ayrıca ulusal makamların olayların mantıklı bir değerlendirmesine dayandıklarına kanaat getirmelidir (bk. diğerleri arasında 23.03.2002 tarihli Nikula - Finlandiya kararı, parag. 44).”

AİHM’in bu değerlendirmesine konu olan olay da şu şekilde gelişmişti: Cezaevinde cezasını çekmekte olan başvuru, Katowice Bölge Mahkemesi Ceza İnfaz Bölümüne bir mektup yazmış ve yanıt almıştır. Bu yanıtın memnun olmadığı açık olan başvuru, 15 Kasım 1994’te Katowice Bölge Mahkemesi Başkanına bir mektup daha göndermiş ve ilk mektubu yanıtlayan adı belirtilmeyen yargıçtan şikayet etmiştir. Başvurucunun ikinci mektubunda aşağılayıcı kelimeler kullanmıştır. Başvuru, Ceza İnfaz Bölümünde “sorumsuz soytarılar”ın yer aldığını söylemiş ve şikayet konusu cevabı yazan kişi hakkında “önemsiz serser”, “bir aptal”, “küçük kişi”, “önde gelen serser” gibi başka kaba ifadeler kullanmıştır (bk. yukarıda parag. 9). AİHM ayrıca, bir bütün olarak mektubun ifade tarzının da açıkça aşağılayıcı olduğunu gözlemlemiştir. Diğer yandan, başvuru, kendisini bu derece kızdıran mektuba ilişkin somut şikayetlerde bulunmadığı da not edilmiştir. Öfkesini ve kızgınlığını açığa vurmuş, fakat şikayet edilen mektubun niçin kendi görüşüne göre bu kadar sert tepkiyi hak ettiğini açıkça ortaya koymak için gerekli özeni göstermemiştir. Yine AİHM, müdahalenin içermek zorunda olduğu şartlar bakımından ve özellikle uygulanacak orantılılık testi bakımından müdahalenin orantılılığını değerlendirirken, uygulanan cezaların niteliğinin ve ağırlığının da dikkate alınacak faktörler olduğunu hatırlatmıştır (bk. 08.07.1999 tarihli Ceylan - Türkiye Büyük Daire kararı, parag. 49).

Tartışma konusu ifadelerin kullanıldığı bağlam konusunda AİHM, “yargı organının otoritesi” deyiminin, özellikle mahkemelerin, genellikle büyük bir kamuoyu tarafından da kabul edildiği üzere, hukuki uyuşmazlıkların ve bir suç isnadıyla karşılaşan kimsenin suçluluğunun veya masumiyetinin karara bağlandığı uygun bir forum olduğu anlayışını içerir (bk. 29.08.1997 tarihli Worm - Avusturya kararı, parag. 40). Yargı otoritesinin korunması bakımından tehlikede olan şey, demokratik bir toplumda mahkemelerin, cezai yargılamalar söz konusu olduğunda sanığa ve halkın büyük bir kesimine aşılması gereken güvendir (bk. aralarındaki farklılıklarla birlikte diğer pek çok karar arasında 24.02.1993 tarihli Fey - Avusturya kararı, parag. 30).

Mevcut olayın şartları altında Mahkeme, tartışma konusu müdahale ile korunan menfaatin, ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamaları haklı göstermek bakımından yeterince önemli olduğunu düşünmektedir. Sonuç olarak, hem kurum olarak mahkemeyi hem de adı belirtilmeden bir yargıcı küçük düşürene uygun bir ceza verilmesi, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlaline yol açmayacaktır. O halde bu davadaki sorun, başvuruçunun Bölge Mahkemesine gönderdiği mektuptan dolayı cezalandırılması gerekip gerekmediği değil, sorunun Sözleşme'nin 10. maddesi bakımından uygun veya "gerekli" olup olmadığıdır. Mahkemeye göre sekiz aylık hapis cezası, orantısız bir şekilde serttir. İlke olarak cezayı saptamak ulusal mahkemelerin yetkisinde olsa da, olayın şartları içinde, bu Mahkemenin orantılılık ilkesinin uygulanmasını sağlamak zorunda olduğu ortak standartlar vardır. Bu standartlar ise suçun ağırlığı, suç fiilin ağırlığı ve işlendiği iddia edilen suç fiillerinin tekrarlanmasıdır. Mahkemeye göre olayda uygulanan cezanın ağırlığı, suç fiilinin ağırlığını aşmaktadır. Bu fiil yargı organına aleni ve bütüncül bir saldırı değil, fakat halkın haberinin olmadığı karşılıklı bir mektuplaşmadır. Dahası suçun ağırlığı, başvuruçuya uygulanan cezayı haklı kılacak ölçüde değildir. Ayrıca bu, başvuruçunun kabul edilebilir eleştiri sınırlarını aştığı ilk olaydır. Bu nedenle, daha az bir ceza haklı görülebilecek olduğu halde, ulusal mahkemeler ifade özgürlüğünün "gerekli" istisnasını oluşturan sınırın ötesine geçmişlerdir. Bu nedenlerle Mahkeme, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

AİHM, bir yargı mensubunun yaptığı soruşturmayı basın ile paylaşmasındaki değerlendirmesini de, yürüttüğü darbe soruşturması nedeniyle meslekten atılan ve mahkum edilen Cumhuriyet Savcısı S. Kayasu davasında⁸³ orantılılık ilkesini de gözeterek ele almıştır. Anılan davada şu düşüncelere yer verilmiştir:

"Mahkeme, bu iki metnin (başvuruçunun darbeciler için vatandaş olarak verdiği şikayet dilekçesi ve savcı olarak düzenlediği ve başsavcılıkça takipsizlikle sonuçlanan iddianame) şekli ve hedef aldığı kitle ile ilgili olarak, bunların öncelikle bir ceza soruşturması başlatmayı amaçlayan metinler olduğunu gözlemlemektedir. Takipsizlikle sonuç-

⁸³ Kayasu /Türkiye davası, 13.11.2008, Kar. No: 10308, Başvuru No: 64119/00, (Prg. 102-108) karar metni için bkz. <https://aihmanadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=10308>, e.t. 18.08.2012.

lanmalarının ardından, gerek başvuru tarafından basının haberdar edilmesi ile gerekse basının bundan kendi olanakları ile haberdar olması sonucunda, bu metinler kamuoyuna yapılmış açıklamalar halini almışlardır. Mahkeme, ihtiyatlı davranma konusunda yükümlülüğünün en fazla yargısal makamlara düştüğü kanaatindedir. İhtiyatlı davranış, tahrik edilseler bile, yargı organlarını basını kullanmaktan caydırır. Bu tutum, adaletin yüksek yararının bir gereği ve yargısal görevin soylu niteliğinin yüklediği bir ödevdir (bk. diğerleri arasında Buscemi - İtalya, parag. 67). Başvurucunun savcılık sıfatını kullanarak basını bilgilendirmesi konusunda ise Mahkeme, kuşkusuz başvuru-nun işvereni olan devlete karşı sadakat yükümlülüğünü benimsemesi gerektiğini vurgulamaktadır (bk. yukarıda parag. 97). Bununla birlikte Mahkeme, mevcut olaydaki sorunun, Sözleşme'nin 10(2). fıkrasında yer alan meşru amaçlarla bağdaşmayan bir bireysel görüş açıklamasının ötesine geçtiği ve uyumsuzluk konusu görüş açıklamasının demokratik sistemin işleyişindeki bir aksaklığı göstermeyi hedeflediği kanaatindedir (bk. içtihatlardaki benzer vurgular için, yukarıda geçen Wille kararı; 25.11.1997 tarihli Grigoriades - Yunanistan kararı; 19.12.1994 tarihli Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs ve Gubi - Avusturya kararı; Rekvenyi - Macaristan Büyük Daire kararı; 14.05.2002 tarihli De Diego Nafria - İspanya kararı; Boldea - Romanya kararı). Mahkeme, bu aşamada, yargı erkinin bağımsızlığı ve otoritesi ile silahlı kuvvetleri korumayı amaçlayan düzenlemelerle getirilen cezaların birbirinden ayırt edilmesi gerektiği görüşündedir. Mahkeme bu bağlamda, 30 Mart 2000 tarihli kınama cezası ile Ceza Kanunu'nun 240. Maddesi kapsamında verilen ve 15 Mart 2001 tarihinde kesinleşen görevi kötüye kullanma nedeniyle mahkumiyetin, kamu görevlileri söz konusu olduğunda ve taraf devletlere tanınan takdir yetkisi göz önüne alındığında, toplumsal ihtiyaç baskısına cevap veren metinler olduğu görüşündedir (bk. yukarıda parag. 89). Buna karşılık Mahkeme, başvuru-nun Ceza Kanununun 159. maddesindeki tahkir ve tezyiftin mahkumiyetinin, bu müdahaleyi haklı kılabilecek herhangi bir "toplumsal ihtiyaç baskısına" cevap vermediği kanaatindedir. Mahkeme, ifade özgürlüğünü zayıflatan eski 159. maddesinin, bireyler olarak asker kişilerin şeref ve haysiyetlerine yapılan hakareti ya da herkese tanınan haklar çerçevesinde kendilerine karşı hakaretamiz bir tutumu cezalandıran değil, fakat silahlı kuvvetler için özel bir koruma rejimi

getirdiğini belirtme gereği duymaktadır (bk. ayrıntılardaki farklılıklarla birlikte Colombani ve Diğerleri - Fransa kararı, parag. 69)... Olayın içinde bulunduğu özel koşulları göz önünde tutan Mahkeme, bir bütün olarak bu cezaların orantılılık ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği kanaatinde. Yargı mensuplarına verilecek bir cezanın, yapısı gereği caydırıcı bir etkiye sahip olması kaçınılmazdır. Bu yalnızca ceza verilen yargı mensubu açısından değil, bizzat mesleğin kendisi açısından da geçerlidir. Yargı teşkilatına güven duyulabilmesi için, halkın yargı mensuplarının hukuk devletini etkili bir şekilde temsil etme yetkisine sahip olduklarına inanmaları gerekir. Bundan çıkan sonuç şudur ki, bu caydırıcı etki, bir yargı mensubunun ifade özgürlüğü ile yargı teşkilatının düzgün işlemesi için yarışmakta olan bütün meşru amaçlar arasındaki adil bir dengenin kurulması yönündeki değerlendirmede önemli bir unsur teşkil etmektedir. Sonuç olarak Mahkeme, kamu yararını ilgilendiren konularda ifade özgürlüğünün önemini, özellikle de yargı mensupları olmak üzere kamu görevlilerinin ödev ve sorumluluklarının bilincinde olarak ve bu konuda etkili olabilecek farklı menfaatleri de değerlendirmeye alarak, başvurucunun meslekten ihracına ve avukatlık mesleğini dahi icra etmesine engel olan orduya hakaret suçundan mahkum edilmesinin, başvurucunun ifade özgürlüğüne izlenen meşru amaçla orantısız bir müdahale teşkil ettiği sonucuna varmış” ve Sözleşme’nin 10. maddesinin ihlalline hükmetmiştir.

Bu başlık altında bir başka önemli konu, yargının kesin kararı üzerine kamusal bir tartışma açılıp açılmayacağıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin işaret etmiş olduğu gibi, mahkemeler bir boşlukta çalışmazlar, yargı kararları konusunda ne kamusal tartışma, ne de ortaya çıkan sonucu eleştirilmesi yasaklanabilir. Bu yaklaşım aynı zamanda “doğruluk kanıtı”nın işleyiş biçimine de bir değişiklik getirmelidir. Yargının kesin kararı, kendi başına, basın yargı kararında yer alan bilgi ve görüşlerin dışında bilgi verirken ya da görüşler sunarken söylediğinin bir kanıtını oluşturmaz. Başka bir deyişle, şöhretine hanel geldiğini ya da hakarete uğradığını iddia eden mağdurların varolan kesin bir karardaki argümanları referans yapması halinde bunlar, mahkemelerce suçlanan beyanların mükelleflerine karşı asli bir bulgu olarak görülmemelidir.⁸⁴

⁸⁴ Bkz. Sunday Times-Birleşik Krallık davası, 1979, Macovei, a.g.e., s. 114 ve 117.

Mahkeme, değişik kararlarında “gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi”ni meşru amaçlar arasında kabul etmiş ve kamu görevlilerinin bu konuda daha sorumlu davranmaları gerektiğini belirtmiştir. Sözleşmenin 10. maddesi tarafından sağlanan korumanın ücretli çalışanları ve daha özeldede ise memurları da kapsadığını hatırlatmıştır. Mahkeme şu ilkelere yer vermiştir:⁸⁵ “Bu prensipler kamu görevlilerine de uygulanır. Bir devletin statüleri nedeniyle kamu görevlilerine takdir ödevi yüklemesi meşru olmakla birlikte, kamu görevlileri de bireyler olarak Sözleşme’nin 10. maddesindeki korumadan yararlanırlar.⁸⁶ Dolayısıyla, her bir olayın içinde bulunduğu şartları göz önünde tutarak, bireyin temel haklarından olan ifade özgürlüğü ile demokratik devletin kamu hizmetlerinin 10(2). fıkrasındaki amaçlarla yerine getirilmesini sağlama şeklindeki meşru menfaatleri arasında adil bir denge kurulup kurulmadığını belirlemek, Mahkeme’ye düşen bir görevdir. Mahkeme bu incelemeyi yaparken, bir kamu görevlisinin ifade özgürlüğü söz konusu olduğunda, itiraz konusu müdahalenin yukarıdaki amaçla orantılı olup olmadığını belirlemede ulusal makamlara belirli bir takdir alanı bırakan Sözleşme’nin 10(2). fıkrasındaki ‘ödev ve sorumluluklar’ın da özel bir önem kazanacağını akıldadır.”

Guja / Moldova davasında;⁸⁷ Başvurucu Iacob Guja 1970 doğumlu olup Chişinău’da yaşamaktadır. Dava, Moldova Başsavcılığı Basın Departmanı’nın müdürü olarak çalışan başvurucunun Başsavcılığa gelen (kamuyla paylaşılmamış, soruşturma aşamasında olan) iki mektubu bir gazeteye vermesi üzerine işten çıkartılmasına ilişkindir. AİHM, Sözleşme’nin 10. maddesinin bilgi verme hakkını da içerdi-

⁸⁵ Kayasu /Türkiye davası, 13.11.2008, Kar. No: 10308, Başvuru No: 64119/00, (Prg. 88-89) karar metni için bkz. <https://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=10308>, e.t. 18.08.2012. (Ayrıca bkz. 26.09.1995 tarihli ve 17851/91 sayılı Vogt - Almanya kararı, parag. 53; Wille - Liechtenstein Büyük Daire kararı, parag. 41; Fuentes Bobo - İspanya kararı, parag. 38; 29.02.2000 tarihli Guja - Moldova Büyük Daire kararı, parag. 70; ve aynı doğrultuda Harabin - Slovenya kabuledilebilirlik kararı, no. 62584/00).

⁸⁶ Guja / Moldova davası, Kar. No: 9227, Başvuru No: 14277/04, K.T: 12.02.2008, kararın Türkçe çevirisi ve metni için bkz. <https://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=9227>, 18.08.2012.

⁸⁷ Guja / Moldova davası, Kar. No: 9227, Başvuru No: 14277/04, K.T: 12.02.2008, kararın Türkçe çevirisi ve metni için bkz. <https://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=9227>, 18.08.2012.

ğini, çalışanların işverenlerine karşı sadakat yükümlülüğü ile bağlı olduklarının da farkında olduğunu, özen yükümü ışığında, bilginin açıklanmasının öncelikle kişinin üstlerine ya da diğer yetkili makam ya da organlara yapılması gerektiği, yalnızca bunun açıkça elverişsiz olduğu durumlarda, söz konusu bilginin son çare olarak halka açıklanabileceğini, ancak Moldova yasalarının ve Başsavcılığın İctüzüğü'nün çalışanlar tarafından usulsüzlüklerin nasıl rapor edilebileceğine ilişkin hüküm ihtiva etmediğini, olayın özel koşulları dikkate alındığında bu bilginin dışarıya ve hatta bir gazeteye verilmesinin haklı görülebileceği, söz konusu mektupların kuvvetler ayrılığı, üst düzey bir politikacının uygunsuz davranışları ve Hükümetin polislerin şiddet kullanımına karşı tavrı gibi konuları içerdiğini, bunların, kamuoyunun bilgi almakta meşru menfaatlerinin bulunduğu demokratik bir toplumda çok önemli meseleler olduğunu ve başvurucuya olabilecek en ağır yaptırımın uygulandığını, daha küçük bir cezanın verilmesi yetkililerin elindeyken, başvurucunun işten çıkartıldığını, bu nedenlerle başvurucunun ifade özgürlüğü, özellikle de bilgi verme hakkına yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığı sonucuna ulaşmış ve Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği kanaatine varmıştır.

SONUÇ

Çalışmamızdaki verilerden de anlaşılacağı üzere, en geniş toleransın bulunduğu düşünülen demokrasilerde bile ifade özgürlüğü zaman zaman tehlikeye girebiliyor. Geçmişten günümüze kadar, düşünce ve düşünceyi ifade etme özgürlüğü önüne sürekli olarak engeller çıkarılmıştır. Ancak dikkati çeken bir başka nokta da, yine aynı süreçte bıkmadan usanmadan yapılan düşüncenin özgürce dışa vurumu mücadelesi olmuştur. Günümüzde bu mücadele, hem bireylerin ve toplumların konuyla ilgili bilinçlenmesi ve istekli olması, hem de yapılan mücadelede güçlerin giderek birleştirilmesi ve örgütlenmesi sayesinde, geçmişe nazaran çok daha etkili olabiliyor. İfade ve basın özgürlüğü önündeki engellerin kaldırılmasında önemli mesafeler kaydedildiği bir gerçek, ama daha kat edilmesi gereken uzun bir yol var.

Geçen yıllarda devletimiz aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuruların artması ve ihlal kararlarının çoğalması

üzerine uluslararası bir anlaşma olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerimiz ve Anayasamız doğrultusunda ulusal mevzuatımız gözden geçirilmiş, Avrupa Birliği ile ilgili olarak yapılan ulusal programlar doğrultusunda çıkartılan uyum yasalarıyla insan hakları konusuna önem verilerek mevzuatımız değiştirilmiştir. Mevzuatta değişiklik yapılırken Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları dikkate alınmış ve bu içtihatlar doğrultusunda yapılan değişiklikler ve Yargıtay uygulamalarıyla Avrupa İnsan Hakları sözleşmesi uygulanmaya başlanmıştır. İfade özgürlüğü alanında yapılan değişiklikler ile TCK ve Terörle Mücadele Kanununda değişiklikler yapılmış ve ifade özgürlüğünün alanı ülkemizde genişletilerek fikirlerin açıklanması değil, açıklanan fikirlerin “kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkarması”⁸⁸ durumu suçun unsuru haline getirilmiştir. Yine örneğin 5237 sayılı TCK’nın “Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama” başlıklı 301/3. maddesi “Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz” ve aynı maddenin 4. fıkrası “Bu suçtan dolayı soruşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır” hükmüne yer vermiş olup, bu şekilde toplumda tepki toplayan ve insanlara ters gelen pek çok fikrin açıklanmasının önü açılmıştır. Yapılan değişikliklerle bu suçlar ortadan kaldırılmamış ancak mahkemelerin uygulamaları sırasında geniş bir takdir hakkına sahip olmaları ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına göre olaylara yaklaşım değerlendirme olanağı getirilmiştir.

Bilindiği gibi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Anayasanın 90. maddesine göre kanun hükmünde olup, bu Sözleşme ve onu yorumlayan ve içtihat hukuku ile geliştiren Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının da yerel mahkemeler tarafından dikkate alınması gerekir. Kara Avrupası Hukuk Sisteminin aksine bir içtihat hukuku uygulayan mahkeme, belli konularda verdiği içtihatlardan sonra benzer olaylar karşısında daha önce verdiği içtihadına atıf yaparak benzer karar vermekte ve vermiş olduğu içtihatları kolay kolay değiştirmemektedir. Hal böyle olunca da, bu içtihatların Türk Hukuk Sisteminde ve mahkeme kararlarında değerlendirilmesi önem kazanmakta ve içtihat haline

⁸⁸ Bkz. 5237 sayılı TCK’nın 216. maddesi.

gelmiş bir ihlal kararının varlığı durumunda, buna uygun olarak karar verilmesi yeniden ihlal kararı çıkmaması için önem taşımaktadır. Devletimizin uluslararası alanda yaptırımlara maruz kalmaması ve uluslararası anlaşmayla güvence altına alınmış insanlarımızın haklarının ihlal edilmemesi için, idare ve yargı organlarınınca AİHM kararlarının yakından takip edilmesi önem arz etmektedir.

Özellikle ifade özgürlüğü alanında, yargı organlarının duyarlılığının artırılması bu alandaki ihlallerin önemli ölçüde azalmasını sağlayacaktır. Unutulmamalıdır ki, bağımsız ve tarafsız 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. Bu özgürlük, insanlığın gelişmesi için temel koşuldur. Özgür tartışmanın izlediği özgür araştırma olmadan, ne fizik çevremizi denetleyebiliriz, ne de uygar toplumun kurumlarını geliştirebiliriz. Şayet bir teki hariç bütün insanlar aynı düşüncede olsalar ve yalnız bir kişi farklı düşüncede olsa, nasıl bu şahsın tüm insanları susturmaya hakkı yoksa, aynı şekilde bütün insanların da bu kişiyi susturmaya hakları yoktur.⁸⁹ Yeterki açıklanan düşünce toplumun güvenliği açısından açık bir tehlike oluşturmasın. Sınırlandırmayı gerektiren bir durumun ortaya çıkması halinde ise, yukarıda çerçevesi çizilmiş ve öngörülmüş yasallık, amaca uygunluk, orantılılık gibi ilkelere uygun hareket edilmelidir.

KAYNAKLAR

“Avrupa’da Düşünce Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. Maddesine İlişkin İçtihat”, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, e-kitap, Fransızcadan çeviren Durmuş Tezcan, http://www.hukuki.net/uploaded/ekitap/avrupa/bolum_1.htm, Erişim Tarihi: 11.01.2010.

“Avrupa’da Düşünce Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. Maddesine İlişkin İçtihat”, Avrupa Konseyi Yayını, (Fransızcadan Çeviren: Durmuş Tezcan), Etki Yayıncılık, İzmir, 2002.

⁸⁹ Arslan, Zühtü, “ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü”, Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, Ankara, Aralık 2003, s. 5.

- AİHM. Kararları, <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/tcyaceylan.html>.
- Alacakaptan, Uğur, "Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları, Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar-Türk Uygulaması ve Değerlendirmesi", Hukuk Kurultayı 2000, C. 2, Ankara, 2000.
- Arslan, Zühtü, "ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü", Liberal Düşünce Topluluğu Yayınevi, Ankara, Aralık 2003.
- Beydoğan, T. Ayhan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türk Hukukunda Siyasi İfade Hürriyeti", Liberal Düşünce Topluluğu Yayınevi, Ankara, 2003.
- Bıçak, Vahit, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü" - (Avrupa Birliği Yolunda Düşünce ve İfade Özgürlüğü Uluslararası Sempozyumu'nda sunulan tebliğ), Yayın yeri: "Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti" (Editör : Bekir Berat Özipek), Liberal Düşünce Topluluğu Yayınevi, Ankara, Ağustos 2003.
- Bıçak, Vahit, "Türkiye'nin Güncel Sorunları: Demokrasi ve İnsan Hakları", Liberalizmin İncelenmesi: Friedrich Naumann Vakfı'nın Türkiye'de 10 Yıllık Siyasi Çalışması Uluslararası Konferansı'nda Sunulan Tebliğ, <http://www.geocities.com/vbicak/FNF.htm>. Erişim: 11.01.2010.
- Çalışkan, Bilal, "AİHM'nin İfade Özgürlüğü Kararlarında Demokratik Toplum Kriterleri" Adalet Dergisi, Sayı: 15, Ankara, Nisan 2003.
- Doğru, Osman, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları", Cilt 1, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002.
- Doğru, Osman, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları", T.C. Adalet Bakanlığı Yayınları, Ağustos, 2003.
- Erdoğan, Mustafa, "Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif" Liberal Düşünce Topluluğu e-dergi, Sayı 24, <http://www.liberal-dt.org.tr/dergiler/ldsaiy24/2402.htm>
- Gözübüyük, Şeref-Gölcüklü, Feyyaz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması", Bası 4, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.
- Koçak, Mustafa, "Düşünceyi Açıklama ve Yayma Özgürlüğünün Bir Sınırlama Nedeni Olarak Cumhuriyetin Nitelikleri", Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık E- Dergi, Kasım 2003, S. 21, <http://www.e-akademi.org/makaleler/mkocak-1.htm>, Erişim: 11.01.2010.
- Korkmaz, Ömer, "Düşünce Özgürlüğü ve Sınırları", yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2004.
- Küçük, Adnan, "İfade Hürriyetinin Unsurları", Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, Ankara, Eylül 2003.
- Lipson, Leslie, "Demokratik Uygarlık", Türkiye İş Bankası Yayınevi, Ankara 1984.
- Macovei, Monica, "İfade Özgürlüğü", Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, No:2, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, Strasbourg, 2001.
- Özbey, Özcan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru Yöntemleri, Bası 2, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.
- Öztürk, Bahri - Erdem, Mustafa Ruhan, "Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku", Bası 11, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007.

- Tanör, Bülent, "Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası", Öncü Kitabevi, İstanbul, 1969.
- Tezcan, Durmuş - Erdem, M. Ruhan - Sancakdar, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İşığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004.
- Trager, Robert - Dickerson, Donna L., "21.Yüzyılda İfade Hürriyeti", çev. A. Nuri Yurdusev, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınevi, Ankara, 2003.
- Turhan, Mehmet, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasal Parti Kapatma Davaları", <http://www.abchukuk.com/makale/makale39.html>, Erişim 13.01.2010.
- Ünal, Şeref, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi-İnsan Haklarının Uluslararası İleleleri", TBMM Basımevi, Ankara 2001.
- Yargı Mevzuatı Bülteni, Sayı 76, 07.04.1999.
- http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/69_1996_688_880.pdf, e.t. 08.09.2012.
- <https://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=10308>, e.t. 18.08.2012.
- <http://www.inhak.adalet.gov.tr/> e.t. 18.08.2012.
- <http://www.tohav.org/aihmk/surek.pdf>, e.t. 08.09.2012.
- http://www.hukukimevzuat.com/?x=aihm_karari&id=766, e.t. 08.09.2012.