

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ ÜZERİNE MAKALELER ULUSLARARASI KAPANIŞ SEMPOZYUMU'NA KATKI KİTABI

TÜRK YARGISININ İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ KONUSUNDA KAPASİTESİNİN GÜÇLENDİRİLMESİ

AVRUPA BİRLİĞİ - AVRUPA KONSEYİ ORTAK PROJESİ



COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

STRENGTHENING THE CAPACITY OF THE TURKISH JUDICIARY ON FREEDOM OF EXPRESSION

EUROPEAN UNION – COUNCIL OF EUROPE JOINT PROJECT



COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ ÜZERİNE MAKALELER ULUSLARARASI KAPANIŞ SEMPOZYUMU'NA KATKI KİTABI

27 Mart 2017

Ankara

Bu kitap Avrupa Birliği, Türkiye Cumhuriyeti ve Avrupa Konseyi tarafından birlikte finanse edilen ve Avrupa Konseyi tarafından yürütülen **Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi AB-AK Ortak Projesi** kapsamında hazırlanarak basılmıştır. Bu Projenin sözleşme makamı Merkezi Finans ve İhale Birimidir.

© Council of Europe/Avrupa Konseyi

**Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi
AB-AK Ortak Projesi**

Bu kitap, Avrupa Birliği, Türkiye Cumhuriyeti ve Avrupa Konseyi tarafından birlikte finanse edilen ve Avrupa Konseyi tarafından yürütülen **Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi AB-AK Ortak Projesi** kapsamında hazırlanarak basılmıştır. Bu Projenin sözleşme makamı Merkezi Finans ve İhale Birimidir.

Matus Basımevi Reklam ve Yayımcılık Ticaret Limited Şirketi
Matbaacılar Sitesi 1514. Sokak No:2 İvedik Org. San. Ankara-Turkey
T +90 312 395 95 96 **F** +90 312 395 95 99
E admin@matus.com.tr **W** www.matus.com.tr
S. No: 15776

İÇİNDEKİLER

Sunuş	1
Dinamik Hak Anlayışı Doğrultusunda İfade Özgürlüğü Bağlamında Devletin Pozitif Yükümlülüğü Kâmuran Kaya	3
Siyasetçi Hakkındaki Haberler Bakımından Basın Özgürlüğü Mehmet Taştan.....	29
İfade Özgürlüğü Kapsamında Medyanın Özen Gösterme Yükümlülüğü Cemalettin Şimşek	51
İfade Özgürlüğüne İlişkin Davalarda Üç Aşamalı Test Kapsamında Bağlam Değerlendirmesi Eda Biçgin.....	87
Üç Aşamalı Testin İdari Yargı Kararlarına Uygulanması Bülent Küfüdür	113
Tazminat Hukukunda İfade Özgürlüğü ile Özel Hayatın Gizliliği Arasında Adil Denge Seda Duysak Fidan, Aysun Yıldız.....	145
AİHS ve AİHM Perspektifinde Anayasa'nın 90/Son Hükmü ile Terörle Mücadele Yasasındaki Terör Propagandasının Tartışılması ve Yargıtayın Yaklaşımı ile Karar Değerlendirmesi Vahit Baltacı.....	165
Yargıtay Kararlarında Terör Örgütü Propagandası Suçu Mehmet Yüksek	187
Radyo ve Televizyon Yayınlarının Önceden Yasaklanması Yasal Temelleri Üzerine Bir İnceleme Dr. Zühal Aysun Sunay	213
İnternet Ortamında İfade Özgürlüğü ve Nefret Söylemi Yusuf Demirci	239
Mengi ve Türkiye AİHM Kararının İfade Özgürlüğü Bakımından Tahlili Berat Duman	255
İfade Özgürlüğüne Müdahalenin Amaç Dışı Kullanılması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 18. Madde Uygulaması Av. Duygu Köksal	281

DANIřMA KURULU

Prof. Dr. Ömer ANAYURT

Prof. Dr. Nihat BULUT

Prof. Dr. Ayhan DÖNER

Prof. Dr.Gülriz UYGUR

SUNUŞ

Elinizdeki hakemli yayın, “Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi” Avrupa Birliği - Avrupa Konseyi Ortak Projesi bitiminde düzenlenmiş olan “İfade ve Basın Özgürlüğünün Korunması ve Desteklenmesi” başlıklı Uluslararası Sempozyum’a katkı amacıyla hazırlanmıştır. Kitapta makaleleri bulunan yazarlar; anılan Proje kapsamında ve ifade özgürlüğü ana başlığı altında gerçekleştirilen meslek öncesi ve meslek içi eğitim seminerlerinin hazırlanmasında ve uygulanmasında aktif olarak rol almışlardır. Bu yönüyle Proje’nin başarısında çok önemli payları bulunmaktadır.

Türkiye Adalet Akademisinin, ana paydaşı olarak Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi ile iş birliği içinde yürüttüğü Proje, 2 Ekim 2014 - 31 Mart 2017 tarihleri arasında uygulanmıştır. Proje’nin diğer paydaşları; Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay Başkanlıkları, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Adalet Bakanlığıdır. Proje’nin amacı; mevzuatın, Avrupa standartlarına uygun şekilde yorumlanması ve uygulanması yoluyla yargı mensuplarının günlük işlerinde ifade özgürlüğü açısından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ni ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarını uygulamasını teşvik etmek ve böylece Türkiye’de insan hakları ve temel özgürlükler, özellikle ifade özgürlüğü hakkının korunmasına katkıda bulunmaktadır.

Hedef kitlesi; hâkim ve Cumhuriyet savcıları, hâkim ve Cumhuriyet savcısı adayları, avukatlar, gazeteciler, insan hakları alanında çalışmalar yapan kurumlar, sivil toplum kuruluşlarının temsilcileri ve akademisyenler olan Proje’de; gerçekleştirilen çalışma grubu toplantıları, yuvarlak masa toplantıları, uluslararası çalıştaylar, meslek içi ve meslek öncesi eğitim seminerleri, ifade özgürlüğü alanında farkındalığı arttırmak anlamında önemli katkılar sağlamış; özellikle düzenlenen meslek içi ve meslek öncesi eğitim seminerlerinde kullanılan ve katılımcıyı merkezine alan, uygulamaya dönük, sorun odaklı, eleştirel düşünceyi teşvik eden etkileşimli eğitim yöntemi, katılımcılar tarafından son derece etkin bulunmuştur.

Anılan eğitim seminerlerinde yadsınamaz destekleri olan eğitimcilerimiz, elinizde bulunan bu kitapta yazdıkları makalelerle hem Uluslararası Sempozyum’daki tartışmalara hem de kullandıkları eğitim yönteminin içeriğinin daha da zenginleştirilmesine katkıda bulunmayı amaçlamışlardır. Söz konusu makaleler, bundan sonraki ifade özgürlüğü seminerlerinde eğitim materyali olarak kullanılabilmesi gibi, kendi başına başvuru kaynağı olarak da görülebilir.

Özverili ve nitelikli çalışmalarından ötürü makaleleriyle katkıda bulunan eğitimcilerimize ve hakemlerimize teşekkürlerimizi arz eder; “Sempozyuma Katkı Kitabı”nın tüm ilgililere yararlı olmasını dileriz.

Dinamik Hak Anlayışı Doğrultusunda İfade Özgürlüğü Bağlamında Devletin Pozitif Yükümlülüğü

Kâmuran Kaya

Şanlıurfa 5. Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı

Özet

Çağımızın gereği olarak modern devletlerin yurttaşlarına uluslararası yükümlülükler kapsamında bir kısım hakları tanıdığı görülmektedir. Ancak tanınan söz konusu hakların kamu organlarının veya üçüncü kişilerin olası müdahalelerine karşı yeterince güvence sağlamaması karşısında, devletlerin haklar karşısındaki konumu ve yükümlülükleri insan hakları bilincinin gelişimiyle birlikte artmıştır. Devletler artık yalnızca hakları tanımakla veya bu haklara müdahale etmemekle yetinmeyecekler; kamusal makamlar, pozitif yükümlülükler kapsamında normatif kurallar ve mekanizmalar oluşturmak, hakları kullanmayı sınırlayan yahut imkânsız hâle getiren bireysel veya kamusal tasarrufları ortadan kaldırmakla da yükümlü olacaklardır. “Devletin pozitif yükümlülüğü” adı verilen bu anlayışa göre, devlet, ifade özgürlüğünün kullanılması için her türlü tedbiri alacaktır. Bu aktif yükümlülük, herhangi bir hukuka aykırı müdahale durumunda bunun kamu makamlarınca tespit edilip, müdahaleye yönelik başvuru yollarına müracaatları da güvence altına alınarak, bu hakkı engelleyen her türlü hukuk dışı müdahaleyi ortadan kaldırmayı gerektirir. Bu zorunluluk aynı zamanda devletin demokratik toplum düzenine uygun hareket etme gereğinin de doğal sonucudur. Çalışmamızda, öncelikli olarak, devletin hangi gereksinimlerle ortaya çıktığı konusu tarihsel görüşler çerçevesinde sunulmuştur. Ardından devletin klasik ve modern dönemlerdeki haklar karşısındaki konumu belirlendikten sonra en önemli insan haklarından olan ifade özgürlüğü konusunda klasik haklara yaklaşımından farklı olarak pozitif yükümlülüğü yargısal içtihatlarla bağlantılı olmak üzere incelemeye tabi tutulmuştur.

Anahtar kelimeler: devlet, hukuk akımları, haklar, statü hakları, hakları koruma mekanizmaları, yükümlülük, etkin başvuru.

Abstract

As a necessity of our era, it is seen that in terms of their international obligations, modern states recognize some rights of their citizens. However, because the recognition itself does not provide sufficient safeguards against the possible interferences of government agencies or third parties, the position and obligations of the states on these rights increased in accordance with the progress on the awareness of human rights. States do not limit themselves by solely recognizing or not interfering the rights anymore. Public authorities, within the scope of positive obligations, are under the obligation to establish normative rules and mechanisms and to abolish individual and public acts which limit or make impossible utilizing the rights. According to this doctrine which is named “the positive obligation of the state”, the state takes all kinds of measures to exercise freedom of expression. This active obligation of the state requires elimination of all kinds of unlawful interferences and guarantees effective remedies at the same time. This obligation of the state is a corollary of the necessity of acting in conformity with the democratic order as well. In this study, primarily, the birth of the state notion is examined on the basis of historical perspectives. After determining the

position of the state in the face of the rights in classical and modern terms, the positive obligation respecting the exercise of freedom of expression, which is one the most important right of human rights, is examined in accordance with the jurisprudence.

Keywords: state, right movements, rights, rights of status, rights protection mechanism, obligation, effective remedy.

Giriş

İlk Çağ düşünürlerince devletin kökeni konusunda yoğun çalışmalar yapılmıştır. Ancak son dönemlerde özgürlük-hak denklemi düzleminde devletin konumunun, birey karşısındaki nüfuz alanının ne olduğu konusu sıklıkla gündeme gelmektedir. Bu bağlamda en önemli siyasi örgütlenme biçimi olarak devletin yalnızca özgürlüklerin, konumuzla ilgili olmak üzere ifade özgürlüğünün sınırını belirlemekle yetinemeyeceği, bunun kullanımını da sağlamayı amaçlaması gerektiği, yani haklar karşısında pozitif yükümlülüklerinin bulunduğu görüşü baskın gelmektedir. Devletin oluşumu, görevleri, bireylerle olan hiyerarşik ve bir yönüyle hegemonik ilişki biçimi, yurttaşlarına yüklediği sorumluluklar ve en önemlisi de haklara yaklaşımı tarihsel süreçte evrim geçirmiştir. Statik hak anlayışından dinamik hak anlayışına evrilme aşamasında klasik haklar form değiştirirken devletin de buna paralel olarak sorumluluk ve görevlerinde değişimler görülmüştür. İlk Çağ düzeninde koruyuculuk misyonu baskın olan devlet yaklaşımına karşıt olarak, ilerleyen modern dönemlerde bireyin kendisinden korunduğu ve bu kapsamda normatif düzenlemelerin devletçe sağlanması gerektiği düşünceleri yaygınlaşmıştır. Devletin pozitif yükümlülüğünün daha iyi anlaşılabilmesi amacıyla öncelikle devletin ortaya çıkışının ve haklara yaklaşımının tarihsel düşünce boyutuyla açıklanması gerektiği düşüncesindeyiz.

I- Bir Siyasal Kurum Olarak Devlete İlişkin Teoriler

Devletin kökeni ve işlevine dair tartışmalar, tıpkı etik, estetik, sanat, bilgi kuramları gibi günümüze değin en çok üzerinde düşünülen konulardandır. İlk Çağ düşünürlerince ilk başta devletin ortaya çıkışı serüveni üzerinde yoğun çalışmalar yapıldığı görülürken son zamanlarda devletin müdahale alanı özgürlükler bağlamında ele alınmıştır.

Toplumsal bir bakıma siyasal örgütleniş anlamına gelen devletin, sosyal yaşamda devam eden kişiler arasındaki ilişki biçimlerine gerek anayasal normlar zemininde gerekse diğer yasal düzenlemelerle şekil verdiğini görürüz. Modern devletler kurumsal imkânları çerçevesinde kişiler ve kendisiyle arasındaki ilişkileri birtakım normlarla belirledikleri gibi, yurttaşlarının hak ve yetkilerini de yine anayasa gibi hukuki metinlerle açıklığa kavuşturmaktadırlar. Ancak bu yalnızca yurttaşlara bir kısım ödevler yüklemekle sınırlı değildir aynı zamanda devletin de egemenliği altındaki topraklarda bulunan herkese karşı bir kısım yükümlülükleri bulunur. Demokratik toplum kurallarına uygun hareket eden modern devletin, klasik devlet biçimlerinden farklı yanları vardır. Modern öncesi klasik olarak sınıflandırmamızın mümkün olduğu devletlerde, devletin başlıca yükümlülüğü toprakları üzerinde yaşayan kişilerin güvenliğini sağlamaktan ibarettir.¹ Bu düşüncesinin temeli Platon'un (MÖ 428-347) devlet yaklaşımından mülhemdir. Eflatun olarak da bilinen Platon'un devlet algısında, insanın devlet karşısında yetersizlikleri baskındır. İnsan sürekli başkalarına muhtaç bir varlıktır. Beslenmek, barınmak ve kendisini savunmak için başkalarına gereksinimi vardır. Platon

¹Jean Le Rond D'Alembert, Yasaların Ruhunun Çözümlemesi, Fransızcadan çeviren: Yakup Şahan, *Felsefe Dergisi*, 89/1. s.112.

buradan hareketle idealist bir yaklaşım ile seçkinlerden hatta filozof-yönetici olarak tanımladığı kişilerden oluşan bir devlet tasarımını benimser.² Özellikle seçkinci hatta kadınları dışlayan çağrışımları bulunan yaklaşımın günümüz devlet anlayışlarıyla uyumsuzluğu ve buna dair eleştirel yaklaşımlar var ise de Platon'un bu fikrinin temelinde filozof-yöneticinin "civitas"a yönelik bilgisi ile tirana dönüşmeyeceğine dair genel ön kabul bulunur.³

Modern öncesi devletin temellendirilmesine dair diğer bir görüş ise Thomas Hobbes'a (1588-1679) aittir. Hobbes'a göre, bencil bir yapıya sahip olan insanları bir arada tutacak nadide güç, karşılıklı yükümlülüklerin ihlali durumunda siyasal egemene, onları cezalandırabilmesi için sınırsız güç verilmesidir.⁴ "Leviathan" adı verilen canavar tezahürü imgesi ile birbirine güven duymayan, korkan, şiddet uygulayan bireylerin tek bir şiddet simgesi ürkünçlüğünden kaynaklı güvenliklerinin sağlanacağı düşünülür.⁵ Leviathan bu bakımdan insanların eşit ve özgür doğdukları bir doğa durumudur. Ne var ki bu doğa durumu, modern manada bir eşitlik ve özgürlük taahhüdünde bulunmaz. Bu "İnsan insanın kurdudur" mottosuna uygun şekilde insanların ayakta kalabilmesi için başkaları ile savaşmasını gerektiren bir durumdur.⁶ Devlet yine yalnızca birleştirici kimliği ile vardır.

Immanuel Kant'ta da (1724-1804) Hobbes'a benzer biçimde üstün iktidara karşı çıkma söz konusu olmaz zira karşı çıkacak gücün doğruyu bilecek bağlamda üstünlük taşıması gerekir. Bunun ise kendi içinde çelişki taşıdığı görülür. Çünkü topluluk ve egemen arasındaki ihtilafta topluluk kendi davalarında yargıç olma durumundadır.⁷ Ancak Hobbes'tan farklı olarak Kant, egemenin hiyerarşik ilişki biçimindeki korkutucu yönetim tarzını sorgular. Egemenin vatandaşlarıyla ilişkisinde "karşılıklılık ilkesi"nin⁸ bulunmasını ister. Bu, Kant'ın aynı zamanda kategorik imperatif⁹ kavramsallaştırması

² "Platon yönetici kavramıyla filozof kavramını neredeyse özdeşleştirir. Filozoflar elbette yönetici olmak istemeyeceklerdir ama bu görevi onlardan daha iyi yapacak kimse olmadığına göre onların yönetimden kaçmaları doğru olmayacaktır." Afşar Timuçin. *Gençler İçin Felsefe Tarihi*. Bulut Yayınları. Ekim 2011. İstanbul. s.76.

³ Plato, *The Laws of Plato IV*, 715 d-e. tras. A. E. Taylor. (London: Dent. 1934).

⁴ Raymond Wacks, *Hukuk Kuramını Anlamak-Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramına Giriş*. Çeviri: Fatma Süzgün, Şahin Ünver, Serdar Ünver: Astana Yayınları: Ankara. 49.

⁵ Abdurrahman Saygılı. *Kutsal Canavar Devlet*. İmaj Yayınevi: Ankara. 2015. s. 53.

⁶ "... Doğa insanları beden ve zihin yetilerinde öyle eşit yaratmıştır ki, bazen bir başkasından açıkça ya da bedence daha güçlü ya da daha keskin zihinli biri bulunsa bile, her şey hesaba katılınca, iki insan arasındaki fark, bir kimsenin kendisinde, başkalarında bulunmayan bir üstünlüğü olduğu savını öne sürebilmesine yetecek kadar büyük değildir. Çünkü beden gücü söz konusu olduğunda, en zayıf olan insan ya gizli bir düzenle ya da kendisi gibi aynı tehlike altında bulunan başkalarıyla birleşerek, en güçlüyü öldürmeye yetecek kadar güçlüdür... Bu konuda insanlar arasında bedensel güç konusunda olduğundan daha büyük bir eşitlik buluyorum..." *Leviathan I, XIII*, s.121'den aktaran Mehmet Ali Ağaoğulları. *Kral-Devlet ya da Ölümlü Tanrı*. İmge Kitabevi: Ankara. 2004. s.194.

⁷ Aysen Furtun. *Hukuk Felsefesi Dersleri*. Beta Yayınları: İstanbul. 2014. s. 86.

⁸ Kant'ın zaman zaman karşılıklı oluş olarak kavramlaştırdığı karşılıklılık (Alm. Wechselseitigkeit, Fr.réciprocité), Kant felsefesinde bağıntı kategorilerinden biridir. Bu topluluk kategorisi, eyleyenle edilgin olan arasındaki iki yönlü etki-tepki ilişkisidir. Bedia Akarsu. *Felsefe Terimleri Sözlüğü*, İnkılâp Kitabevi: İstanbul. 1994. s. 111.

⁹ "Kategoriler algıladığımız her şeye, zihnin bildiği her şeyde bulunduğu görülen genel özellikleri verirler. Bildiğimiz şeylerin yaratılışı üzerinde düşündüğümüz zaman bunların hep töze sahip olduklarını, şu nicelikle bulunduklarını, şu nitelikleri gösterdiklerini ve aynı anda hem bir şeyin nedeni

temelli teorik-pratik akıl savlarıyla da uyumludur.¹⁰ Kategorik buyruklar insanlara, kendilerine ve birbirlerine saygı ile bağlanıp böyle hareket etmeyi buyurmakta, onlar arasında, yani akıl varlıkları arasında, bütün hayat durumlarında hiyerarşiyi dışlayan bir birlik beraberlik hazırlanmış olmaktadır. Bu birlik, irade sahibi varlıkları içine alan bir ülkedir. Ortak olan akıl yasaları, herkesi birbirine bağlar. Bu ülke, doğadaki karşılıklı bağıllık ilkesinin yerini tutar.¹¹

Bir diğer devlet kuramcısı Jean-Jacques Rousseau'ya (1712-1778) göre ise insanlar doğal hâllerinde bulundukları dönemlerde eşittirler. Yani gelişen toplumsallık köleleşme yaratmıştı.¹² Olumlanan bu doğal hâlindeki insan, gerçek gereksiniminden başka bir ihtiyaç duymuyor, görülmesinin ilgi çekici olacağını sandığı şeylerden başkasına bakmıyor, zekâsından gururundan fazla ilerlemiyordu.¹³ Onlara bu eşitliği doğa sunuyordu. Ancak yine mülkiyet ilişkisi ile birlikte insanlar arasında doyumsuzluklar ve zengin-fakir ayrımı ile bunlar arasındaki çatışmaların olması kaçınılmazdı.¹⁴ Hatta çatışma beraberinde eşit olmayan temelde zenginliklerin dağılımı ile toplumda bayağılaşmaya da sebep olacaktı.¹⁵ İşte tam da bu noktada çatışmayı sonlandıracak başkaca bir "genel irade"ye ihtiyaç vardı. Rousseau'nun toplumsal sözleşme kuramına göre, her bir fert, varlığını, genel istemin emrine rızalarıyla sunarlar. Toplum sözleşmesine katılan bireyler kendilerine dair tüm yetkileri topluma aktarmışlardır. Böylelikle ilkel eşitsizliğin hüküm sürmesi sona erecektir. Bu yaklaşım tarzlarına ilk ciddi eleştiriler¹⁶ modern toplumun fikir babası olarak Georg Wilhelm Friedrich Hegel'den (1770-1831) gelir. Platon, Hobbes ve Rousseau'da filozof-kral, Leviathan veya sosyal sözleşme gibi kendisinden farklı bir irade ile açıklanan devlet kuramı, Hegel'de düşünce yöntemi olan diyalektik / idealist metot ile birlikte izah edilmiştir. Newton bilimi ve matematikteki yeni gelişimler doğrultusunda doğa ve toplum düzeni devinimsel olarak izah edilmiştir. Hegel devletin gerçek tarihi olarak ide'nin ilerlemesini görür. Bu, devletin birey ile çatışmasından hareketle onun yeniden üretimine de imkân

hem de başka bir şeyin sonucu olduklarını görürüz. Zihin dışarıdan gelen şeyleri nicelik, nitelik ve başka zihinsel içeriklerle birleştirir. Bu yüzden bildiğimiz herhangi bir nesne bileşik bir nesne oluyor ve zihinsel olmayan bir katışığın görü biçimleri ve kategoriler tarafından işlenerek sadece bilebildiğimiz değil, tanıdığımız bir şey durumuna getirilmesinden oluşuyor." C.E.M. Joad. *Dünyanın Büyük Felsefecileri*. Çeviren: Semih Umar. Remzi Kitabevi: İstanbul. 1985. s. 68.

¹⁰ Alfred Weber. *Felsefe Tarihi*. Çeviren: H. Vehbi Eralp. Pulhan Matbası: İstanbul. 1949. s. 283-284.

¹¹ Heinz Heimsoeth. *Kant'ın Felsefesi*. Çeviren: Takiyettin Mengüşoğlu. Doğu Batı: Ankara. 2016. s. 127.

¹² Aslı Kayhan. Aydınlanma ve Jean-Jacques Rousseau. *Toplumbilim Aydınlanma Özel Sayısı, Sayı: 11, Yıl: 2000*. s. 63.

¹³ Jean Jacques Rousseau. *İnsanlar Arası Eşitsizliğin Kaynağı*. Çeviren: İsmet Zeki Eyüpoğlu. Say Yayınları: İstanbul. s. 128.

¹⁴ "... İnsan doğasında var olan kendini mükemmelleştirme yeteneğinin toplumsallaşma sürecinde gelişmesiyle, insanlar kendilerini başkalarıyla kıyaslamaya başlamış, bunun sonucunda artan kıskançlık ve rekabet duyguları yüzünden herkes başkalarından üstün olmaya çabalamış; zengin-yoksul ayrımının temel motivasyon kaynağı ortaya çıkmıştır..." Yıldız Silier. Marx ve Rousseau: Eşitsizlik ve Özgürlük. *Doğu Batı Dergisi, Yıl: 14, Sayı: 55, Aralık-Ocak 2010-11*. s.141.

¹⁵ J. L. Lecercle. Jean Jacques Rousseau: Hayatı ve Eserleri. *Bilim ve Gelecek Dergisi, Eylül 2012*. s. 17.

¹⁶ Rousseau düşüncesine modern eleştiriler olmakla birlikte olumlayan görüşler de bulunmaktadır. Örneğin Karl Marks, Rousseau'nun tarih görüşü ile ilkel eşitliğin eşitsizlik aracılığıyla bozulmasında, eşitliğin daha yüksek bir düzeyde yeniden sağlanması olan toplumsal sözleşme ile sağlandığını, bu yeniden kuruluşun yadsınmanın yadsınması ile sağlandığını belirtir. Karl Marks-Friedrich Engels. *Felsefe Metinleri*. Yayına Hazırlayan: Muzaffer Erdost. Sol Yayınları: Ankara. 2009. s.179.

tanır. Bireyin ve toplumun yeniden üretiminin kaynağı devlettir. Devletin gücü bireyin istenci ile güç alır. Örneğin dönemine göre Prusya devleti bu sentezi sağlayarak despotizme ve demokrasinin aşırılıklarına karşı en iyi güvenceyi temin ile iktidar kral ve mülk sahibi sınıflar arasında hakça dağıtılmıştır. Ne var ki yine de bu eksiksiz değildir. Çünkü bunda metafizik bilinç eksiktir.¹⁷ Evrensel devlet gücü, bireyin bilgi ve istenci olmaksızın geçerli olmaz ve tamamlanmaz.¹⁸ Hegel önceki dönem filozoflarından farklı olarak günümüz sosyal devlet görüşünün ilk nüvelerini oluşturacak şekilde devletin yoksulluğa çare bulması gerektiğini, bu alanda kişisel iyiliksever duygularına bel bağlamakla yetinemeyeceğini de belirterek¹⁹ modern toplum filozofu olduğunu bir kez daha duyumsatmıştır.

Karl Marks ise toplulukların ve onların örgütleniş biçimi olan devletin ortaya çıkışını, sınıflar arasındaki üretim biçiminin belirlediğini söyler. İlkel komünal toplumdan kapitalist devlet modeline geçiş, üretim araçlarını elinde tutanların tercihlerine göre belirlenir. Tarihsel materyalist anlayış doğrultusunda, en son aşamada proletaryanın iktidarı ile devlet biçimi sonrasında devlette de sönümleme başlar.²⁰

Son dönem devlet tezlerinin ise postmodern ve yapısalcı düşünce etrafında şekillendiği görülmektedir. Büyük anlatıların geniş devlet tasavvurundan farklı olarak, devlet minör yanları ile ele alınmış; iktidar, söylem, dil problemleri ana meseleler olarak düşünülmüştür. Michel Foucault (1926-1984) iktidarın soy kütüğünü çıkarırken Gilles Deleuze (1925-1995) ve Jean-François Lyotard (1924-1998) söylem, Jacques Lacan (1901-1981) ise bilinç dışı üzerine çalışmalarını yoğunlaştırmışlardır. Bu düşünürler özellikle II. Dünya Savaşı sonrasında modern felsefe akımlarının söylemlerinin yıkıma engel olmadıklarını, bunların hile yaptıklarını düşünerek geniş anlatım imkânlarını dışlamışlardır.²¹ Ancak uğraşlarında devletin pozitif yükümlülüğü gibi kavramlar etrafında düşünce üretmeyip iktidar aygıtının kökenine nüfuz etmeye gayret etmişlerdir.

Devlete dair sunduğumuz bu görüşlerden de anlaşıldığı üzere, devlet ilk düşünce sistemlerinde genellikle çatışmaları sona erdiren bir güç olarak tasvir edilirken son dönem düşüncelerde ise doğa kanunlarına yaraşır bir uyum veya sınıfsal aidiyetin yansıması olarak değerlendirilmiştir. Ancak özellikle liberal akımların etkili olduğu devletlerde politik söylemlerin de etkisi karşısında alt sosyal kesimlerin yaratılan tahribattan ciddi olarak etkilenmesi ile birlikte devletin sosyal-pozitif yönüne de vurguda bulunan değerlendirmeler yapılmıştır.

¹⁷ Paul Labêrenne, René Maublanc, Georges Friedmann, Jean Baby. *Diyalektik Yöntem ve Materyalizm*. Evrensel Basım Yayın. Çeviren: Barkın Asal. İstanbul. 2016. s. 26-27.

¹⁸ Hegel. *Tüze Felsefesi*. Çeviren: Aziz Yarımlı. İdea Yayınları: İstanbul. 2006. s. 287.

¹⁹ Atilla Tokatlı. *Çağdaş Diyalektiğin Kaynağı: Hegel*. YAZKO: İstanbul. 1981. s.134.

²⁰ B. I. Suslakav, L. A.Yakovleva, *Felsefe El Kitabı*. Çeviren: Serkan Mutlu. Yordam Kitap: İstanbul. 2013. s.136-137.

²¹ Chiristian Descamps. *Fransa'da Felsefenin Kırk Yılı - Sartre'dan Deleuze'e Tekil Düşünce*. Türkçesi: Ender Keskin. Bağlam Yayınları: İstanbul. 2015. s. 136-137.

II- Haklar Bağlamında Hukuk Akımları

Tarihsel zaman aralıklarında birbirlerinden farklı hukuk akımları ortaya çıkmıştır. Bunlardan, en önemli temsilcisi Thomas Aquinas (1225-1274) olan, doğal (tabii) hukuk anlayışına göre, insanlar mutlak bakımdan kral tarafından bildirilen Tanrı buyruklarına uymak zorundadırlar. Doğal hukukun en önemli amacı insan hareketlerini tayin eden kaideleri belirlemektir. Doğal hukuk, insanın doğasında ve insani niteliklerde bulunur.²² Doğal hukukçular, akılla keşfedilebilen, mutlak ve objektif geçerliliğe sahip bir dizi normun var olduğunu iddia ederler. Ancak zamanla doğal hukuk akımı da değişimlere uğramıştır. Bunlar arasında yer alan, Lon L. Fuller (1902-1978) tarafından temsil edilen, prosedürel doğal hukuk akımına göre, hukukun kendisine özgü içsel bir ahlakı vardır. Bunlar genellik, yayımlanma, geriye yürümezlik, açıklık, çelişmezlik, imkânsız istememe, süreklilik ve resmî eylemler ile ilan edilen kuralların örtüşmesidir.²³ Bu yaklaşım, klasik doğal hukuk anlayışından ayrılarak doğal hukuku değişmez bir metot olarak görmez, aklın izlediği devinimsel bir yöntem olarak benimser.

Bir diğer hukuk akımı ise hukuki pozitivistizmdir. Temsilcileri arasında Jeremy Bentham (1748-1832), John Austin (1790-1859) ile son dönem düşünürlerden H. L. A. Hart'ın (1907-1992) bulunduğu akıma göre, bir kanunun geçerliliğinin olması onun objektif olarak doğrulanabilir bir kaynağa kadar takip edilebilir olması gerekir. Bilimsel pozitivistizmle de benzer şekilde, hukukun insanların yaptığı yasalardan bağımsız olarak var olduğu görüşünü reddeder. Hukukun yasalaşmış hâli ile hukukun ahlaki olarak olması gereken hâlinin ayrı tutulması gerektiği üzerinde dururlar.²⁴ Hans Kelsen de (1881-1973) ise hukuk sistemi bir birlik hâlinindedir. Hukuk normlarını bir bakıma sosyal teknik problemi olarak benimsemiştir. Normlar doğal hukuk teorisinden farklı olarak ahlaki ve politik bir işlevi bulunmadığından objektiftir.²⁵ Bu düşünür'e göre, doğa bilimlerinde yer alan kesinlik ve deterministik neden-sonuç ilişkisi hukuk metinlerinde de vardır. Dolayısıyla buradan normlar arasında hiyerarşik ilişkiye varılabilir. Bir normun kendisinin üzerindeki norma uygunluğu, o metni hukuk kalıbına sokar.²⁶ Kelsen'e göre, bir toplumda insanların hareketlerini düzenleyici tek bir hukuk sistemi olabilir ve bu hukuk sistemi devlettir. Demokratik olan ile olmayan parlamentoların kabul ettiği hukuk normları aynı ölçüde meşrurdurlar; bu normlar bir sistem ve bütün olarak devleti kurarlar.

Bu geleneksel hukuk yaklaşımlarında hakların temeli, hakkın devletçe yurttaşlarına sunulmasındaki yasallık tartışmaları etrafında şekillenmiştir. Ancak hakkın nasıl korunacağı, hakka kamunun veya üçüncü kişilerin müdahale etmesi hâlinde nasıl bir

²² Yıldırım Torun. *Hugo Grotius'un Hukuk ve Siyaset Felsefesi*. Kaknüs: İstanbul. 2005. s. 50-51.

²³ Sururi Aktaş. *Prosedürel Doğal Hukuk, Lon L. Fuller'in Hukuk Kavramı, XII Levha*. İstanbul. 2011. s. 5-6.

²⁴ Raymond Wacks. *Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş*. Çeviren: Engin Arıkan. Tekin Yayınları: İstanbul. 2015. s. 19.

²⁵ Joseph Raz. *Kelsen'in Temel Hukuk Kuramı*. Çeviren: Şule Şahin Ceylan. *A. Ü. H. F. D.*, 62, (4) 2013. 1177-1180.

²⁶ Kâmuran Kaya. *Hukukta Yabancılaşmaya Tepki: Jean Paul Sartre ve Varoluşçu Hukuk*. Adalet Yayınevi: Ankara. 2014. s. 242.

mekanizmanın ve hukuksal güvencelerin sağlanacağı üzerinde yeterince çalışmanın yapılmadığını görmekteyiz.

III- Haklara Dair Görüşler

Hak kelimesi, günlük dil ile hukuk dilinde farklı anlamlarda kullanılmaktadır. Gündelik dilde, hak kelimesi ile hak sahibi olan birinin bir şeye yetkili olduğu veya bir şeyi meşru olarak talep edebileceği anlatılmak istenir.²⁷ Hukuken ise hak, hukuk tarafından korunan ve bu korumadan yararlanılması ferdin iradesine bırakılan menfaat şeklinde tanımlanmıştır.²⁸ Bir başka tanımda ise hak, kişilerin şu veya bu biçimde, şu veya bu ayrıcalıklardan yararlanması için hukuken tanınan yetki, güç, özgürlük, imkân anlamında kullanılır.²⁹ İnsan hakları ise bu çerçevede değerlendirildiğinde modern bir hak türüdür. Özellikle, 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve 1950 tarihli (yürürlüğe girmesi 1953) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde insan hakları kavram olarak sıklıkla kullanılmıştır. İnsan haklarının ne olduğu konusunda farklı yaklaşımlar söz konusudur. Kimilerine göre insan hakları, evrensel, geri alınamaz, devredilemez ve mutlak haklar olarak diğer haklardan ayrılır.³⁰ Diğer bir görüşe göre ise kişinin sırf bir insan olması nedeniyle sahip olduğu hakların bütünüdür.³¹ Bu yaklaşımlardan da anlaşıldığı gibi, üzerinde uzlaşılan bir insan hakları tanımı bulunmamakla birlikte, genel olarak insan haklarının bazı özellikleri belirtilerek genel bir izahatta bulunulabilir. Buna göre, evrensellik, geri alınamazlık, insan olmaktan kaynaklanma kavramları ile insan haklarının bir kısım özellikleri belirtilmiş olur.³² Tüm bu söylenenler neticesinde insan hakları; insanın, sırf insan olması nedeni ile sahip olduğu hak olarak kabul edilir.

İnsan hakları, Georg Jellinek'in (1851-1911) 1892 yılında ilk baskısı yapılan *System der Subjektiven Öffentlichen Rechte* isimli kitabında genel kabul gören bir yaklaşımla sınıflandırmaya tabi tutulmuştur. Buna göre, devlet ile birey arasındaki statü ilişkisinin türüne göre insan hakları, "negatif statü hakları, pozitif statü hakları ve isteme hakları olarak belirtilen aktif statü hakları" olarak üç grupta sınıflandırılmaktadır.³³ Birçok anayasada olduğu gibi 1982 Anayasamızda da bu sınıflandırma benimsenmiştir.³⁴ Ancak ileride de belirtileceği üzere bu sınıflandırmanın hakların hakkı olarak

²⁷ Aydın Turhan. İnsan Hakkı Kuşakları Arasındaki Tamamlayıcılık İlkesi. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 4, Sayı: 2. Yıl: 2013. s. 361.

²⁸ Vahap Coşkun. *İnsan Hakları-Liberal Açından Bir Tahlil*. Liberte Yayınları: Ankara. 2006. s. 105.

²⁹ İsmet Sungurbey. Hak Nedir? *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları I, Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri*. s. 157.

³⁰ Harun Tepe. İnsan Hakları: Kavram, Kapsam ve Ölçüt. İçinde: *Disiplinlerarası Yaklaşımla İnsan Hakları*. Derleyen: Selda Çağlar. Beta Yayınları: İstanbul. 2010. s. 2.

³¹ Jack Donnelly. *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları*. Çeviren: Mustafa Erdoğan, Levent Korkut. Yetkin Yayınevi: Ankara. 1995. s. 19.

³² Mahmut Gökpınar. Bir Kavram Olarak İnsan Hakları ve Çeşitli Açılardan Sınıflandırılması. *TBB Dergisi*, 2015 (120). s. 15.

³³ Georg Jellinek. *L'Etat Moderne Et son Droit, Deuxième Partie (Théorie Juridique de L'Etat, Trad: George Fardis)*. Paris. 1913. s. 51.

³⁴ Şeref İba. *Anayasa Hukuku ve Siyasal Kurumlar*. Turhan Kitabevi: Ankara. 2008. s. 100.

benimsenen üçüncü kuşak ekonomik, sosyal, kültürel hakları barındırmadığı eleştirisinde bulunmaktadır.³⁵

A) Hakların statülere göre ayrımı

1) Negatif statü hakları

Bu statüde yer alan haklar, ancak devletin bunlarla ilgili olumsuz bir tutum takınması ile sağlanır yani, bu hak ve özgürlüklerin gerçekleşmesi için, bireylerin bundan yararlanabilmesinde devletin, bunlara müdahale eden gerek kendi organları gerekse de üçüncü kişileri durdurmak dışında herhangi bir katkıda, eylemde bulunmasına gerek yoktur.³⁶ Negatif statü hakları ile bireylerin devlet tarafından aşılp dokunulmayacağı özel alanın sınırı çizilmekte, bu yönüyle güvenceli bir alan yaratılmaktadır.³⁷ Bu niteliği itibarıyla negatif statü haklarına aynı zamanda literatürde “koruyucu haklar” da denilmektedir.³⁸ Bu kapsamda örneğin, konut dokunulmazlığı, kişi güvenliği hakkı, din hürriyeti, düşünce ve ifade özgürlüğü bu nitelikte sayılabilir. 1982 Anayasası’nda bu haklar “Kişinin Hakları ve Ödevleri” başlığı altında düzenlenmiştir.

2) Pozitif statü hakları

İsteme hakları da denilen pozitif statü hakları ise devletin olumlu bir müdahalesi olmaksızın gerçekleşmeyecek haklardır. Birey bu haklarını ancak devletin fiili müdahalesi ve eylemlerinin katkısı ile kullanabilir.³⁹ Bu haklar ancak devletin sosyal alanda belli fonksiyonlar üstlenmesi ile ortaya çıkar. Örneğin devlet, mali imkânları ölçüsünde bireylerin eğitilmesi, tedavi edilmesi, barınacağı yeri yoksa konut sağlanması gibi olanakları hazırlamak ve sunmak zorundadır.⁴⁰ Bu haklar da yine 1982 Anayasası’nın “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” başlığı altında düzenlenmiştir.

3) Aktif statü hakları

Aktif statü hakları, bireylerin, devlet yönetimine katılımını öngören haklardır. Örneğin dernek kurma, seçme ve seçilme, siyasi faaliyette bulunma hakları bu kapsamdadır. Aktif statü hakları da yine 1982 Anayasası’nın ikinci kısmının dördüncü bölümünde (m. 66-74) yer almaktadır.⁴¹ Bu haklara “siyasi haklar” da denilir.

³⁵ Bülent Algan. *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*. Seçkin Yayınevi: Ankara. 2007. s. 40.

³⁶ Gökpınar. s. 44.

³⁷ Münici Kapani. *Kamu Hürriyetleri*. Yetkin Yayınları: Ankara. 1993. s. 6.

³⁸ Esra Atalay. *Yargısal Temel Haklar*, Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu’na Armağan. *DEÜHFY*: İzmir. 1997. s. 440

³⁹ Algan. s.38.

⁴⁰ Yavuz Atar. *Türk Anayasa Hukuku*. Mimoza Yayınevi: Konya. 2002. s. 114.

⁴¹ İsmet Giritli. 2001 Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Özgürlüklere Yansıması. *Anayasa Yargısı Dergisi*, 19. Cilt. 2002. s. 58.

Ancak Jellinek'in -yukarıda da belirttiğimiz gibi- haklar tanımlaması, bireyin devlet karşısında konumlanması doğrultusunda yapıldığı ve çağın yeni gereksinimlerine tam olarak karşılık veremediği için yeni bir sınıflandırmaya ihtiyaç duyulmuştur.⁴² Bu sınıflandırma ise hakları, kuşaklara göre ayırma tabi tutmuştur. Buna göre haklar, birinci kuşak (kişi hürriyetleri ve siyasi), ikinci kuşak (sosyal ve ekonomik) ile üçüncü kuşak haklar (hakların hakları-dayanışma) olarak tasnif edilmiştir.

B) Hakların kuşaklara göre ayrımı

1) Birinci kuşak (kişi hürriyetleri ve siyasi) haklar

Birinci kuşak haklar, burjuvazinin toplum içinde kendisine yer edinmeye çalıştığı, feodalite ve krallıkla mücadelesi sonrasında elde ettiği kazanımların birer sonucudur. 1776 tarihli Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi ve 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları bildirgeleri⁴³ bu hakların hukuki bir forma bürünmesini sağlamıştır⁴⁴ ancak bu haklar dönemin koşulları gereği sosyal ve kültürel hakları bünyesinde taşımamaktadır. Söz konusu hakların günümüz için en önemli yanı, ilk kez tüm insanların doğuştan bazı hakları sahip olduğunun açıklıkla hukuksal metinlerde kabul edilmiş olmasıdır. Bu tür haklara örnek olarak, kişi ve konut dokunulmazlığı, can ve mal güvenliğinin sağlanması, din ve vicdan özgürlüğü, siyasi haklar, özel yaşamın gizliliği, angarya, zorla çalıştırma yasağı, işkence, onur kırıcı ve diğer zalimane davranış yasağı, dernek kurma hakkı gibi haklar gösterilebilir.⁴⁵

2) İkinci kuşak (sosyal ve ekonomik) haklar

İkinci kuşak haklar ise özellikle bir sınıf niteliğine kavuşmuş olan işçi sınıfının verdiği mücadeleler sonucu elde edilmiştir. Ancak bu hakların gerçek manada görünür düzeye çıkmasının tarihsel parametreleri 1881 yılında başlayan sosyal devlet ilkeleri, 1929 Dünya Ekonomik Buhranı ve II. Dünya Savaşı'nda yaşanan toplumsal ve ekonomik felaketler karşısında yürürlüğe sokulan Keynesyen politikalar⁴⁶dır. İkinci kuşak haklar ile birlikte, birinci kuşak haklardan olan siyasal haklar, mülkiyet bağından kopartılarak genel ve eşit oy ilkesiyle varlıklı sınıflar dışında kalan diğer toplumsal kesimlerce de kullanılabilir duruma getirilmiştir. Bu yönüyle birinci ve ikinci kuşak haklar arasında ciddi bir bağ vardır. Sosyal devlet ilkesinin gereksinimleri ikinci kuşak haklarda somutlaşmıştır. Bu kapsamda, çalışma, sağlık, eğitim, adil ücret, sanat hakkı, asgari ücret, işsizlik maaşı hakkı gibi haklar ikinci kuşak haklar olarak kabul edilir.

⁴² "Jellinek'in tasnifi, haklar arasında bir hiyerarşinin varlığı sonucunu da doğurabilme tehlikesini ortaya çıkarabilir. Devlete pozitif bir yükümlülük getirmeyen negatif statü haklarına pozitif haklara oranla daha fazla koruma sağlanması sonucunu doğurabilir ki bu yaklaşım da insan hakları açısından tehlikeli bir yaklaşımdır." Turhan. s. 368-369.

⁴³ Murat Sarıca. *100 Soruda Fransız İhtilali*. Gerçek Yayınevi: İstanbul. 1970. s. 124.

⁴⁴ Halil Kalabalık. *İnsan Hakları Hukuku*. Değişim Yayınları: İstanbul. 2004. s. 19.

⁴⁵ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, Rıfat Murat Önok. *İnsan Hakları El Kitabı*. Seçkin Yayınevi: Ankara. 2006. s. 58.

⁴⁶ Aydın Başbuğ. *Sosyal Hukuk-Hukukun Toplumsal Temelleri*. A kitap: Ankara. 2010. s. 87.

3) Üçüncü kuşak (hakların hakları-dayanışma) haklar

İlk kez Karel Vařák (1929-2015) tarafından ortaya atılan bu haklara “kolektif haklar” veya “dayanışma hakları” da denilmektedir. Toplumsal değişim dinamikleri, II. Dünya Savaşı sonrasında moderniteye getirilen eleştiriler, modern bilimsel düşünüş yöntemleriyle Nazi pogromlarının oluşturulması, kültürel, cinsel hak talepleri ve bireyin kültürel, siyasi, cinsiyet yönelimleri klasik birinci ve ikinci hakların yetersizliğini gündeme getirmiştir. Bu çerçevede pozitif ulusal ve uluslararası hukuki metinlerde bu ihtiyaçlar doğrultusunda düzenlemeler yapılmıştır. Örneğin, 1959 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi’nde 1989 yılında BM Konvansiyonu ile sayılan çocuk hakları arasına kıyım, sömürü ve ayrımcılığa karşı korunma hakkı, zorunlu ve bedelsiz eğitim hakkı, akıl ve fizik sağlığı hakkı, oyun hakkı, engelli çocukların özel eğitimden yararlanma hakkı bu kapsamda sayılabilir. Yine benzer şekilde bu haklara örnek olarak farklı olma hakkı, biyo-etik haklar, siber uzay hakkı, ırk, cinsiyet, inanç ve renk ayrımı yapılmaksızın tüm yurttaşları temsil eden demokratik bir siyasal rejimde yaşama, self-determinasyon hakkı ve su, yiyecek hakkı da sayılabilir.⁴⁷

IV) İnsan Hakları Çerçevesinde Düşünce ve İfade Özgürlüğü

Düşünce ve ifade özgürlüğü konusunda üzerinde tam anlamıyla uzlaşılan bir tanım bulmak güçtür. Farklı yazarlarca değişik şekillerde açıklamalarda bulunulmuştur. Bir kısım yazar, sadece dışsal yönüyle bir tanımdan yola çıkarak, düşünce ve ifade özgürlüğünü insanın kendi düşüncelerini başkalarına aktarabilmesi, onlarla paylaşabilmesi, yayabilmesi⁴⁸ olarak açıklarken bir kısım yazar ise daha geniş bir tanımla, bu özgürlüğü her türlü bilgi ve fikre ulaşma, ulaşılan fikirler arasında tercih yapma, bunları dışa vurma veya vurmama serbestisini de kapsayan geniş bir çerçevede ele almışlardır.⁴⁹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin “İfade Özgürlüğü” başlıklı 10/1. maddesinde, ifade özgürlüğünün bir tanımı yapılmamıştır. Ancak ifade özgürlüğünün kapsamının tayini bakımından madde incelendiğinde, “(...) Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma özgürlüğünü de kapsar...” açıklaması görülmektedir. Maddeden de anlaşılacağı üzere, ifade özgürlüğü kanaat edinme, haber ve görüş almayı kapsamaktadır ancak maddenin yalnızca lafzından hareketle bir yoruma gitmek, amacın daraltılması tehlikesini doğurabilir. İnsan haklarına dayalı uluslar üstü sözleşmeler birbiriyle etkileşim hâlinindedir. Bu kapsamda temel insan hakları metinlerinden olan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin 19. maddesinde “(...) Herkes düşünce ve anlatım özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, düşüncelerinden

⁴⁷ İlker Gündüzöz. Yeni Kuşak İnsan Hakları Çerçevesinde Türkiye’de Mülki İdare Amirliğine Analitik Bir Yaklaşım. *İnsan Hakları Yıllığı, Cilt: 33*. 2015. s. 25.

⁴⁸ Burhan Kuzu. Düşünceyi Açıklama Hürriyeti ve Ülkenin Bölünmez Bütünlüğü, 21. Asıra Girerken Çağdaşlaşma Demokrasi ve İnsan Hakları. Aydınlar Ocağı Yayını, Açık Oturumlar Dizisi No. 16. İstanbul. 1996. s. 34.

⁴⁹ Reyhan Sunay. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve Türk Anayasası’nda İfade Hürriyetinin Korunması. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Milenyum Armağanı, C: 8*, s. 1-2. Konya. 2000. s. 528.

dolayı rahatsız edilmemek, ülke sınırları söz konusu olmaksızın bilgi ve düşünceleri her yoldan araştırmak, elde etmek ve yaymak hakkını gerekli kılar.” denilmektedir. Bu açıklama, yalnızca ifadeye sahip olmak değil, aynı zamanda bu ifadeyi yaymak hakkından da bahsederek koruyuculuk alanını geniş tutmaktadır. Benzer şekilde 1966 tarihli Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin 19. maddesinde ise ifade özgürlüğünün kimsenin müdahalesi olmaksızın istediği düşünceye sahip olma, düşünceyi açıklama, her çeşit bilgiyi ve fikri, sözlü, yazılı veya basılı biçimde, sanat eserleri biçiminde yahut kendi seçeceği herhangi bir biçimde araştırma, edinme ve iletme özgürlüğünü de içerdiği belirtilmiştir. Bu sözleşmelerden etkileşimle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatları ile de ifade özgürlüğünün kapsamı geniş bir biçimde yorumlanmıştır. Bu kapsamda en bilinen kararlardan olan Handyside Kararı’nda, “(...) devleti veya toplumun bir kesimini sarsan, inciten veya rahatsız eden” düşüncelerin ifade özgürlüğü kapsamına girdiği açık bir şekilde ortaya konulmuştur.⁵⁰ Benzer şekilde 1982 Anayasası’nda da düşünce ve ifade özgürlüğü geniş olarak düzenlenmiştir. 1982 Anayasası’nın 26/1. maddesinde, “(...) Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak yahut vermek serbestliğini de kapsar...” denilerek AİHS’ye ve AİHM içtihatlarına uygun bir düzenleme yapılmıştır. Ayrıca bu aşamada belirtilmesi gerekir ki düzenlemelerin doğal gereği olarak düşünce ve ifade özgürlüğü, fikrin sanatsal, simgesel, siyasal gösteri gibi tüm biçimlerini de koruma altına alır. Bu tutum Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarına da yansımıştır.⁵¹

İnsan hakları bildirgelerinde düşünce ve ifade özgürlüğü temel bir insan hakkı olarak görülmüştür. Bu nedenle insan haklarını ihlalden koruma anlamında çeşitli mekanizmalar bu temel hak için de geçerlidir. Devlet, bu hakları yalnızca tanımakla yetinemez; kamu organları aynı zamanda bu hakların uluslararası metinlerin ruhuna uygun şekilde, hakkın kullanılmasını sağlayacak ortamları yaratacak, bunun kullanımına engel durumları ise kaldıracak bir görev anlayışı içinde olacaktır. Tüm bunlar devletin düşünce ve ifade özgürlüğü bağlamında pozitif yükümlülüğünün gerekleridir.

V) Pozitif Yükümlülük

A) Kavram

Devlet, hakları sağlamada yalnızca bu hakların varlığını kabul etmekle yetinemez aynı zamanda bu hakların kullanılmasını engelleyici tasarruflardan da kaçınır hatta başka

⁵⁰ Handyside / Birleşik Krallık (7 Aralık 1976). Başvuru No. 5493/72.

⁵¹ “Derece mahkemelerince ifade ve basın özgürlüğüne müdahalede bulunulurken basının düşüncenin iletilmesi ve yayılmasındaki rolü, bireyin ve toplumun bilgilenmesine sağladığı katkı ve bu anlamda çoğulcu demokratik düzenin vazgeçilmez unsurlarından olduğu gözetilerek ifade edilen söz, yazı, resim ve benzeri şeylerin içeriğinde şiddet çağrısı veya nefret söylemi olmadığı sürece...” Emin Aydın Başvurusu, Anayasa Mahkemesi Birinci Bölümünün 23.01.2014 tarih ve 2013/2602 başvuru no.lu kararı. T.C. Anayasa Mahkemesinin İfade Özgürlüğü Konusunda Verdiği Kararların Özeti. Hazırlayanlar: Murat Şen, Dr. Recep Kaplan. s. 27-30.

bireylerin, örneğin çoğunluğun, azınlığın haklarını engelleyici tavırlarında hakem rolün üstlenmekten öte, gerekli müdahalede bulunmak zorundadır. Tüm bunlar devletin edilgen yapıdan sıyrılarak etkin mekanizmaları harekete geçirmesini gerektirir. Bu anlatılanlar ışığında, pozitif yükümlülük klasik hakların etkin korumayı sağlamadığından hareketle yeni bir anlayışla devlete bir yükümlülük atfetmektedir. Yükümlülük kelimesi, TDK sözlüğüne göre, “yapılması zorunlu olan iş veya bir işi yapma zorunluluğu” anlamına gelmektedir.⁵² Pozitif yükümlülük, bu sözlük bilgisi çerçevesinde, devletin etkin bir rol almasını zorunlu kılar.

B) Pozitif yükümlülük teorisi, yükümlülüğün kapsamı ve hukuki dayanakları

Haklara yaklaşım bakımından devletin yükümlülüğüne dair farklı bakış açıları bulunmaktadır. Bunlar; “hakları tanıma”, hakka yönelik ihlalde bulunulmamasını gerektiren “saygı yükümlülüğü”, hak sahiplerini üçüncü kişilerin müdahalesinden korumaya yönelik “koruma yükümlülüğü” ile hakkın sözde kalmaması, haktan tam olarak yararlanılabilmesi için pozitif tedbirler alınmasını gerektiren “uygulama yükümlülüğü”dür.⁵³ Pozitif yükümlülükler, hakların çerçevesini çizen insan hakları metinlerinde düzenleme alanı bulan negatif haklara nazaran uygulama sürecinde Divan ve Komisyon kararlarıyla tanım ve çerçeve kazanmıştır. Bu kapsamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde düzenlenen hakların Taraf Devletlere negatif yükümlülükler yanında pozitif yükümlülükler de atfettiğine dair ilk yargısal belirleme 1968 tarihli Belçika Dil Hakları Davası’nda görülmüştür. Karar şöyledir: “Sözleşme’nin 1 No.lu ek Protokol’ünün 2. maddesinde yer alan ‘hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz’ cümlesinde hak kelimesi kullanıldığı için, hüküm içinde eğitim hakkından ve 1 No.lu Protokol’ün başlangıcında da hak ve özgürlükleri birlikte yerine getirmekten söz edildiği için, bu maddenin hakkı içerdiğine kuşku yoktur. Maddenin negatif ifade tarzına rağmen, devletin eğitim hakkını sağlamada pozitif (olumlu) bir yükümlülüğü sonucu çıkarılamaz; bir hak söz konusu olduğunda, Sözleşme’nin birinci maddesine göre devletin egemenlik yetkisi içerisinde bulunan herkes için bu hak güvence altına alınır.”⁵⁴ Pozitif yükümlülüğe ilişkin kapsam, Sözleşme’nin yaşayan bir organizma (*living instrument*) olduğundan hareketle verilen kararlarla genişlemiştir. Somut olaya göre, katı kurallar belirlemek yerine esnek bir yaklaşım tarzı benimsenmiştir.

Baskın görüşe göre, pozitif yükümlülüğün temel dayanağı, Sözleşme’nin 1. maddesinde yer alan hak ve özgürlükleri yetki alanlarında bulunan herkese tanıma yükümlülüğü getiren düzenlemeden kaynaklanmaktadır.⁵⁵ Pozitif yükümlülüğün Sözleşme’nin özellikle 2 ve 12. maddeleri arasında düzenlenmiş olan maddi nitelikteki hakların içerisinde zımnen yer aldığı genel olarak kabul görmektedir. Devletin pozitif yükümlülüğü Sözleşme’de tanınan herhangi bir hakka yönelik olabilir ancak ihlalin

⁵² Tdk.gov.tr. Erişim tarihi: 11.02.2017. Ayrıca ceza hukuku çerçevesinde yükümlülük tanımları için, Ömer Ömeroğlu, *Ceza Hukuku Açısından Hukuksal İlişki Kavramının İncelenmesi (Özneler Arası İlişkiler Boyutuyla Ceza Hukuku)*. Yetkin Yayınları: Ankara. 2010. s. 78-98.

⁵³ Cem Şenol. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü (CMK. m. 172/3), XII Levha*, İstanbul. 2013. s. 68-69.

⁵⁴ 23.07.1968 tarihli Belçika Dil Hakları Kararı. prg. 3.

⁵⁵ Jean François Akandji-Kombe. *İnsan Hakları El Kitapları, No. 7, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler*. Avrupa Konseyi Yayınları: Brüksel. 2008. s. 7.

muhakkak kamu organlarınca gerçekleştirilmesi mutlak şart olarak aranmaz. Örneğin, Türkoğlu / Türkiye Davası'nda öldürme eyleminin bir devlet görevlisi tarafından değil, üçüncü kişiler tarafından yapıldığı durumlara ilişkin olarak da devletin yükümlülüğünün devam ettiği belirtilerek yükümlülüğün kapsamı geniş yorumlanmıştır.⁵⁶

C) Pozitif yükümlülüğün türleri

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulamasında devletin pozitif yükümlülüğü genel itibarıyla “esasa ve usule ilişkin yükümlülük” olarak belirtilmiştir. Örneğin, Öneriyıldız / Türkiye Kararı'nda⁵⁷ Mahkeme, İstanbul Ümraniye Belediye Çöplüğü deposunda meydana gelen metan gazı patlaması sonucunda ailelerin on üç ferdinin ölmesi ve mülklerin zararına ilişkin yapılan başvuruda, pozitif yükümlülükleri esas yönünden yükümlülükler ve usul yönünden yükümlülükler olarak iki yönlü olarak ele almıştır. Mahkeme yükümlülük değerlendirmesinde, yasal ve idari çerçevenin (gerekli mevzuatın hazırlanması ve yürürlüğe konulması) oluşturulması söz konusu ise esas yönünden yükümlülük, şayet uygulamanın yürürlükteki mevzuata uygun olarak yapılması söz konusu ise bunu usul yönünden yükümlülük olarak görmektedir. Esasa ilişkin yükümlülükler, Sözleşme'de düzenlenmiş bulunan hakların fiilen de kullanılabilmesi için etkin bir hukuk sistemi kurmak, hakların kullanılmasına yönelik gerekli tedbirleri almak ve hak sahiplerini üçüncü kişilerin müdahalelerinden korumaktır.⁵⁸

Pozitif yükümlülük gerekleri, devletlerin farklı şekillerde ortaya çıkan faaliyetlerini kapsamaktadır. Bu bağlamda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi üye yargıçlarından Martens'in Gül ve İsviçre Davası'nda⁵⁹ 19.02.1996 tarihinde verdiği karşı oy düşüncesi teknik tanım olarak önemlidir. Martens, bu kararda pozitif yükümlülüğü, Taraf Devletlerin yapması gereken faaliyetler olarak tanımlamıştır. Doktrinde ise Harris, O'Boyle ve Warbrick tarafından biraz daha geniş şekilde, sosyal gerçeklikte insan haklarının etkinliğini sağlamak, temel hakların üçüncü kişiler tarafından ihlal edilmesini önlemek ve bireylerin haklardan etkili şekilde yararlanabilmesi için devlet tarafından alınması gereken önlemler olarak tanımlanmıştır.⁶⁰ O hâlde Avrupa Konseyinin yargısal organı olan AIHM yapacağı hukuki incelemede, Taraf Devlet'in ifade özgürlüğü konusunda gerek mevzuat gerekse faaliyeti bağlamında inceleme yaparak, devletin, ifade özgürlüğünün gerekli ortamını sağlayıp sağlamadığını denetleyecektir. Bu bakımdan sonuç olarak pozitif yükümlülükler esasen devletin pozitif ve aktif statü hakları ile irtibatlıdır.

⁵⁶ Türkoğlu / Türkiye Davası, Başvuru No. 34506/97, 17 Mart 2015.

⁵⁷ Öneriyıldız / Türkiye Kararı, Başvuru No. 48939/99, 30.11.2015.

⁵⁸ Kombe. s. 16.

⁵⁹ Gül / İsviçre Kararı, Başvuru No. 23218/94, Karar tarihi: 19.02.1996.

⁶⁰ Çiğdem Çımrın. Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü Bakımından Devletlerin Pozitif Yükümlülüğü, *TBB Dergisi*. 2017, (128). s.14.

D) Türk mevzuatında ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde pozitif yükümlülükler

1982 tarihli Anayasamızda haklar konusunda devlete bir kısım yükümlülükler atfeden düzenlemeler mevcuttur. Örneğin, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 41/2. maddesinde devletin, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması, aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alacağı ve teşkilatı kuracağı belirtilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 42. maddesinde devletin eğitim sağlamada gerekli faaliyetlerde bulunacağı öngörülmüştür. Benzer şekilde sporun geliştirilmesi (m. 59), sosyal güvenlik hakkı (m. 60), sanatın ve sanatçının korunması (m. 64), seçme, seçilme, siyasi faaliyette bulunma (m. 67) konularında da devletin pozitif yükümlülüğünü belirten ibareler vardır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ise devlete pozitif yükümlülükler atfeden maddeler vardır. Bu kapsamda, AIHS'nin 2. maddesine göre, *"herkesin yaşama hakkı yasanın koruması altındadır"*. Bu madde, yargısal kararlarla birlikte değerlendirildiğinde, Sözleşme'ye Taraf Devletler için, yaşam hakkının korunması amacıyla hukuklarında yeterli hükümler ihdas etmelerini gerektiren bir pozitif yükümlülüğü öngörmüştür.⁶¹

Pozitif yükümlülükler bazen açık şekilde metinde yazılmamış olabilir ancak yargısal kararlar⁶² ile metin bir arada değerlendirildiğinde özellikle çocuklar⁶³ ve korunmaya muhtaç kişiler bakımından müdahalesi daha fazla olmak üzere pozitif yükümlülük kavramı daha berrak şekilde anlaşılabilir. Devletin, yaşam hakkı konusunda pozitif yükümlülüğü yalnızca bireyin devlet ile olan ilişkisi kapsamında değil aynı zamanda bireyin öteki birey ile olan ilişkisi çerçevesinde de gözetilmesi gerekir. Devletin birinci sorumluluğu kişi hayatına yönelik önlemleri caydırıcı somut bir ceza

⁶¹ Ertan Beşe. *Terörizm, Avrupa Birliği ve İnsan Hakları*. Seçkin Yayıncılık: Ankara. 2002. s. 154.

⁶² "(...) İnsan hakları Evrensel Beyannamesi'nin 3., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2., Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 6 ve Anayasamızın 17. maddesinde belirtildiği üzere, her insanın doğuştan gelen yaşama hakkına sahip olduğu ve bu hakkın yasalarla korunmasının gerektiği, insan hakları içinde değer sırası bakımından ilk sırada yer alan ve en temel insan hakkı olarak kabul edilen yaşama hakkının diğer tüm hakların varlık sebebi olduğu ve bu hakların kullanımının yaşama hakkına bağlı olduğu, bu bakımdan bu hakkın kullanımı için devletin yalnızca insan yaşamına saygı gösterme anlamında negatif bir yükümlülük altında olmadığı, aynı zamanda insan yaşamını etkin olarak korumak için gerekli adımları atmak, bu kapsamda bireyleri diğer kişilerin yaşamsal tehlike yaratan eylemlerinden korumak için uygun önlemleri almak, yaşama kasteden eylemleri caydırıcı ve etkin şekilde cezalandırmak için kanunlarında gerekli yaptırımlara yer vermek, bu hükümlerin ihlal edilmesini önlemeye ve cezalandırmaya yönelik ceza kovuşturmasını etkili şekilde organize etmek ve kişinin bizzat kendi yaşamına son vermesinin önüne geçmek için gerekli tedbirleri almak gibi pozitif yükümlülüklerinin de olduğu..." Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 2013/5470 Esas, 2014/10912 Karar, 13.11.2014 tarihli Kararı.

⁶³ "(...) Her ne nedenle ve hangi biçimde olursa olsun, çocukların kaçırılmaları, satılmaları veya fuhuşa konu olmalarını önlemek için ulusal düzeyde devletler her türlü önlemleri alır. Esenliğe herhangi bir biçimde zarar verebilecek her türlü sömürüye karşı çocuğu korurlar... 15 yaşından küçük çocukların çatışmalara doğrudan katılmaması için uygun önlemler alınır... Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere, Sözleşme'yle çocukların temel yaşama hakkının sağlanması her türlü müdahale, saldırılara ve sömürüye karşı korunması, özellikle 15 yaşından küçük çocukların çatışmalara doğrudan katılmasının engellenmesi için devletlere pozitif yükümlülük atfedilmiştir." Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 2016/5731 Esas, 2016/4926 Karar, 28.09.2016 tarihli Kararı.

mevzuatı ile oluşturmak, ihlalleri caydırmak, önlemek ve cezalandırmak için oluşturulmuş bir uygulama gerçekleştirmek suretiyle yaşama hakkını güvence altına almaktır.⁶⁴ Yalnızca cezai nitelikli başvurular için değil söz konusu sorumlu görevlilerin sorumluluklarının tespiti bakımından tazminat ödenmesi ve kararın neşri gibi elverişli her türlü yaptırımın elde edilmesi olanağı ile yaşam hakkının sona erdirilmesi sonrasında mağdurların zararının incelemeye alınması da yine pozitif yükümlülük kapsamı içindedir.⁶⁵

Sözleşme'nin 3. maddesinde, “ışkence yasağı” düzenlenmiştir. Buna göre, “hiç kimse ışkenceye, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ve cezaya tabi tutulamaz”. Burada Sözleşme, esasında devlete pozitif yükümlülük yüklemiştir yani devlet, vatandaşının bu eylemlere maruz kalmaması doğrultusunda bir kısım önlemler alacaktır. Söz gelimi kolluk birimlerinde bu türden ışkence davranışları olduğunda bu eyleme maruz kalan kişinin haklarının korunması gerektiği gibi aynı zamanda yeterli, uygulanabilir mevzuat kabul edilecek, pratikte ise olayın faillerini tespit edip tüm birimlerini buna göre eğiterek ve tüm koruyucu önlemleri alarak ışkenceyi en az seviyeye getirecektir. Tüm bu hususlar devletin pozitif yükümlülüğüyle ilgilidir.

AİHS'nin 5. maddesinde “kişi özgürlüğü ve güvenliği” hakkı düzenlenmiştir. Maddeye göre herkes kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahiptir. Kişinin belli hâller dışında özgürlüğünden mahrum edilemeyeceği belirtilmiştir. Maddenin 4. bendinde, yakalama veya tutukluluk durumunda özgürlüğünden yoksun kılınan kişinin en kısa süre içinde mahkemeye başvurma hakkının bulunduğu belirtilmiştir. Bu durum karşısında, Taraf Devletlere kişi özgürlüğü ve güvenliğini sağlama pozitif yükümlülüğü getirilmiştir.

Sözleşme'nin 6. maddesiyle “adil yargılanma hakkı” getirilmiştir. Adil yargılanma hakkı kapsamına, “yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız mahkemede hakkaniyete uygun, makul sürede yargılanma hakkı” ve “aleniyet ilkesi” girer. Sözleşme'nin 6. maddesindeki güvenceleri yerine getirmek için Taraf Devletler gerekli önlemleri almak zorundadırlar. Taraf Devletler Sözleşme'nin diğer maddelerinde olduğu gibi bu maddeye ilişkin olarak önlemlerin şekli ve niteliği açısından bir takdir alanına sahip iseler de öngörülen önlemlerin güdülen amacı gerçekleştirmeye yeterli olup olmadığı konusunda Mahkeme karar verebilmektedir.⁶⁶ Ulus üstü Mahkeme, Sözleşme'ye taraf devletin idari veya yargı organlarının atalet hâlinde kalarak hak arama taleplerine kayıtsız kalmasını hak ihlali olarak görmektedir.⁶⁷ Bu durum adil yargılanma hakkı kapsamında devletin etkin bir rol üstlenmesi gerektiğini göstermektedir. Son dönemlerde Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarında “usul hakkı” olarak kavramsallaştırılan bu hâle örnek olarak, Yargıtay 4. Ceza Dairesinin kararına konu olan bir dava dosyasında, 5271 sayılı CMK'nın 238. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca duruşma sırasında şikâyeti olduğunu belirten ifadesi üzerine suçtan zarar görenden davaya katılmak isteyip

⁶⁴ Osman / Birleşik Krallık Kararı, 28 Ekim 1998, Mahmut Kaya / Türkiye No. 22535/93, Kılıç / Türkiye No. 22492/93 ve Opuz / Türkiye No. 33401/02.

⁶⁵ Yaşaroğlu / Türkiye Davası, No. 45900/99.

⁶⁶ Sibel Inceoğlu. Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği, *Council of Europe*. Ankara. 2007. s. 12.

⁶⁷ Bu kapsamda örnek olarak Veznedaroğlu / Türkiye Kararı gösterilebilir. 11.04.2000 tarihli Karar.

istemediğinin sorulmasının pozitif bir yükümlülük olduğunu belirtmesi örnek olarak gösterilebilir.⁶⁸

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Dink Kararı'nda da belirttiği üzere, devlet, bireyin yaşamına kasteden her türlü tehlikeye dönük tedbirleri almakla yükümlü değildir. Ancak Karar'da atıfta bulunulan Keenan / Birleşik Krallık (Başvuru No. 27229/95), sözü edilen Opuz ve Gongadze / Ukrayna (Başvuru No. 34056/02) kararlarında da belirtildiği üzere, pozitif yükümlülüğün söz konusu olması için yetkililerin şahıs veya şahısların yaşamlarının üçüncü kişilerin suç fiilleri nedeniyle gerçek ve yakın bir tehdit altında bulunduğunu bildikleri veya bilmeleri gerektiği ve makul bir açıdan bakıldığında yetkileri dâhilinde söz konusu tehlikeyi bertaraf etmek için kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde önlem almadıkları ortaya konulmalıdır. Bu durumda devletin pozitif yükümlülüğünün gereğini yerine getirmediği kabul edilir.

Bu kapsamda değinilmesi gerekli son düzenleme ise Sözleşme'nin 17. maddesinde yer alan "hakkın kötüye kullanılması yasağı"dır. Buna göre, *"bu Sözleşme'deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme'de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmasını amaçlayan bir etkinliğe girişme veya eylemde bulunma hakkı verdiği şekilde yorumlanamaz"*. Taraf Devlet organları Sözleşme'nin amacına ters bir şekilde hakkı kullanmaya engel eylem ve tasarruflarda bulunamazlar. Hakkın kötüye kullanılması yasağı, hak güvenlik dengesi bakımından hakkın özünü ortadan kaldıracak kamusal tedbirlerin meşruluğunu denetleyen katalizör görev üstlenmektedir.

VI) İfade Özgürlüğü ve Pozitif Yükümlülükler

İfade özgürlüğü en temel insan haklarından biridir. Bu özgürlük olmadan demokratik bir toplumun gereği yerine getirilmiş sayılamaz zira demokrasi, her türlü inanç, fikir ve düşüncenin açığa vurularak serbest bir tartışma ortamı yaratılması esası üzerine kuruludur. Bu kapsamda, yalnızca kabul edilebilir, toplumun genelince benimsenir düşünceler değil, aynı zamanda, devleti veya halkın bir kesimini incitici, sarsıcı veya rahatsız eden düşünceler için de bu özgürlük geçerlidir.⁶⁹ Ancak bu hakkın da birçoğu gibi kullanımı sınırsız değildir yani bu hak gerek ulusal üstü gerekse ulusal organlarca bir kısım sınırlandırmalara tabi tutulmuştur. Genel olarak ifade özgürlüğü iki tür sınırlama ile karşı karşıyadır: İlki bireyi korumaya yönelik sınırlamadır. Burada haysiyet, onur, özel yaşamın gizliliğinin, güvenliğin ve benzeri değerlerin korunması nedeniyle sınırlama yapılır. Diğeri ise devleti ve toplumu korumaya ilişkindir.⁷⁰ Ancak AİHS'nin 10/2. maddesindeki sınırlandırmalar, Sözleşme'nin 17. maddesinde düzenlenen hakkın kötüye kullanılması ile birlikte düşünülerek hakkın özünü ortadan kaldıracak şekilde yorumlanmamalıdır yani istisnalar dar ve ikna edici değerlendirmeye

⁶⁸ Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 2012/28125 Esas, 2013/15954 Karar sayılı, 23.05.2013 tarihli Kararı.

⁶⁹ Handyside / Birleşik Devletler Kararı, 07.12.1976, Sunday Times / İngiltere Kararı, 16.04.1979.

⁷⁰ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*. Seçkin Yayınları: Ankara. 2002. s. 308-309.

alınmalıdır.⁷¹ Bu nedenle Taraf Devletler bu hakkın kullanımını engelleyici mevzuat düzenlemeleri ve faaliyetlerde bulunamayacakları gibi, aynı zamanda bu hakkın kullanılmasını sağlayacak, hak önündeki engelleri kaldıracak tedbirleri de almak zorundadırlar.

A) Mahkeme uygulamalarıyla birlikte ifade özgürlüğünde pozitif yükümlülük kısıtları

1) Devletin olumlu bir tutumla ifade özgürlüğünü sağlamak için gerekli koşulları hazırlaması gerekir:

Devletin yalnızca yasal bir çerçevede ifade özgürlüğünün kullanım ve sınırlarını çizmesi, bu hakkın korunması için yeterli değildir. Aynı zamanda devletin, olumlu bir tutum içine girerek, bu özgürlüğün bireyden bireye veya bireyden kitleye yöneltilmesi, özellikle de kitle iletişim araçlarının sözcülük rolünü gerektiği gibi sağlaması için uygun koşulları hazırlaması gerekir⁷² yani devlet, ifade özgürlüğü ile korunması gereken diğer çatışan haklar arasındaki dengeyi sağlamalıdır.⁷³ Özellikle Dink / Türkiye Kararı'nda AİHM, devletlerin yazar ve gazeteciler için etkin bir koruma sistemi oluşturarak ilgili tüm şahısların görüş ve düşüncelerini, bunlar çoğunluk kesimi tarafından benimsenmese, kışkırtıcı yahut incitici bulunsu bile korkusuzca açıklamalarına imkân veren, bunların kamu tartışmalarına katılımını kolaylaştıran bir ortam yaratmalarını gerekli kılar. Mahkeme, Dink Davası'nda, özellikle *Agos* gazetesi yazarı Hrant Dink'in bir kısım açıklamaları sırasında kendisine yöneltilen saldırılar ve hiçbir zorlayıcı sosyal gereksinim olmadan yargılama kurullarınca verilen suçluluk hükümlerini birlikte değerlendirdiğinde bu durumun Taraf Devlet'in ifade özgürlüğü konusunda pozitif yükümlülüğü bakımından kusur oluşturduğunu belirtmiştir. Kamu makamları, demokratik toplum ve çoğulculuk görevlerine uygun biçimde ifade sahibinin meşru tüm vasıtalarla görüşlerini açıklamasını temin etmek için tüm fiilî ve hukuki ortamı sağlamak zorundadır.

2) Devletin pozitif yükümlülüğü, bireyi, ifade özgürlüğüne yönelik saldırı riskine karşı da korumayı gerektirir:

İfade özgürlüğünün demokratik toplum gereklerine uygun bir şekilde kullanılabilmesi, yalnızca devletin haklı koşullar içermeyen gerekçelerle müdahale etmemesini değil aynı zamanda bireyler arasındaki ilişkilerde de pozitif yükümlülüğünün gereğini yerine getirmesini zaruri kılar. AİHM, nasıl ki devletin *Agos*

⁷¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2006/9-16 Esas, 2006/184 Karar sayılı, 11.07.2006 tarihli Kararı.

⁷² Cevdet Perin. *Tarih Boyunca Düşünce ve Basın Özgürlüğü*. Remzi Kitabevi: İstanbul. 1973. s. 123.

⁷³ “(...) Gerek Anayasa gerekse Sözleşme hükümlerine uygun davranılmaması, devletin pozitif ve negatif yükümlülüklerine aykırı hareket etmesi anlamına gelebilecektir. Zira negatif yükümlülük kapsamında yetkili makamlar, zorunlu olmadıkça ifadenin açıklanmasını ve yayılmasını yasaklamamalı ve yaptırımlara tabi tutmamalı; pozitif yükümlülük kapsamında ise ifade özgürlüğünün gerçek ve etkili korunması için gereken tedbiri almalı ve denge unsurunu korumalıdır...” Yargıtay 18. Ceza Dairesinin 2015/34046 Esas, 2016/18082 Karar sayılı, 23.11.2016 tarihli Kararı.

isimli azınlıklara hitap eden bir gazetede kimi toplum kesimlerinden ayrıştı düşüncelere sahip Hrant Dink'in sürekli bireysel saldırıya uğrama riski altında olması ile bu hususta yazarın korunma başvurularına kamu idaresinin kayıtsız kalmasını devletin koruma yükümlülüğüne aykırı davranış olarak kabul etmişse buna benzer şekilde *Özgür Gündem* Kararı'nda da bu gazete ve gazete ile bağlantılı kişilerin şiddet içeren bir dizi uygulamaya maruz kaldıklarını ve gazetenin basılması ve dağıtılması hususlarında gazete yetkililerinin bir kısım kişilerce hedef alındığının farkında olunmasına rağmen, gazete yetkililerinin korunma taleplerine bir cevap verilmediğini vurgulamıştır. Bu korumanın gereği yerine getirilmediği için de AİHM, *Özgür Gündem* gazetesinin ifade özgürlüğünü koruma altına alan sorumluluğunu devletin yerine getirmediği kanaatine varmıştır.

3) Bireyin kimliği ve cinsiyeti ile ilgili çoğunluktan farklı olması hâlinde devletin pozitif yükümlülüğü daha da artar:

Devletin pozitif yükümlülüğü uyarınca farklı veya toplumun bir kesimince benimsenmeyen görüşlerin korunması gerekmele birlikte, aynı zamanda devletin farklı kimlik veya cinsiyet, kültür içerisindeki kişilere yönelik de pozitif yükümlülüğü artar. Pozitif yükümlülük Taraf Devletlere birtakım takdir yetkisi tanıır ancak somut veriler değerlendirildiğinde bu takdir yetkisi keyfî olamaz. Bazı konularda devletin takdir yetkisi gittikçe daraltılır. Bu kapsamda, bireyin varlığı veya kimliği ile ilgili önemli bir husus söz konusu ise devlete tanınan takdir yetkisi daraltılır.⁷⁴ Bu kapsamda trans, eş cinsel, biseksüel gibi toplumun genel yapısından farklı bir cinsel eğilim içerisinde olan bireyler, çoğunluğun nefret söylemlerine muhatap olan yabancı uyruklu, mülteci, sığınmacı gibi kişiler ile farklı din, dil, kültür değerlerine sahip olanlara yönelik devletin koruma ve pozitif yükümlülükler içinde olma hâli daha da artar.

4) İdari uygulamadan kaynaklı ifade özgürlüğüne karşı yapılan hukuka aykırı ihlallerin hemen kaldırılması devletin pozitif yükümlülüklerindendir:

Hukuk düzeninde kanunun somut uygulayıcıları olan idari mercilerin bir kısım hukuka aykırı işlemlerinin tesisinde, yalnızca ihlalin tespiti çoğu kez hakkın kullanımına dair engellerin kaldırılması için yeterli değildir. Bunun yanında hukuka aykırı tasarrufun acilen denetlenmesi, bu durumun tespit edilmesi hâlinde ise sınırlamanın derhâl kaldırılması gerekir. Bu belirlemeler doğrultusunda söylenenleri açıklayıcı en önemli yargısal içtihat, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru yoluyla aldığı Yaman Akdeniz ve diğerleri Kararı'dır.⁷⁵ Bu Karar'a konu olayda başvurucular kullanıcısı oldukları "twitter.com" isimli internet sitesine erişimin engellenmesine dair Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) işlemi nedeniyle Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 26, 27, 40 ve 67. maddelerinin ihlal edildiğini ve anılan işleme karşı etkili bir yargı yolu bulunmadığını ileri sürmüşlerdir. Talep konusunda karar veren Anayasa Mahkemesi ifade özgürlüğü konusunda devletin pozitif ve negatif yükümlülüklerinin bulunduğunu, pozitif yükümlülük kapsamında ifade özgürlüğünün gerçek ve etkin korunması için

⁷⁴ X ve Y / Hollanda, yukarıda adı geçen Karar, §§ 24 ve 27; Christine Goodwin / Birleşik Krallık [BD] Kararları.

⁷⁵ Anayasa Mahkemesi İkinci Bölüm, Başvuru No. 2014/3986, Karar tarihi: 02.04.2014.

gereken tedbirleri alması gerektiğini belirtmiştir. Bu kapsamda Mahkeme, “(...) Ülkemizde milyonlarca kullanıcısı olan bir sosyal paylaşım sitesine erişimin engellenmesinin bu kişilerin demokratik toplumun temellerinden olan ifade özgürlüğünü sınırlayıcı etkisi dikkate alındığında, bu tür sınırlamaların hukuka uygunluğunun acilen denetlenmesi ve hukuka aykırılık tespiti hâlinde sınırlamanın hemen kaldırılması demokratik toplum ilkesinden kaynaklanan bir zorunluluktur.” şeklinde karar vererek sınırlamaya ilişkin devletin pozitif yükümlülüğünü hatırlatmıştır.

5) Devletin pozitif yükümlülüğü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 13. maddesi ile birlikte değerlendirilmelidir:

İfade özgürlüğüne yönelik hukuka uygun olmayan müdahalelerde devletin öncelikli olarak hukuka aykırı durumu tespit etmesi ve hakkın kullanımını engelleyen her türlü hukuk dışı müdahaleyi gidermesi gerekir ancak çoğu kez bu ihlalin bizatihi ihlale maruz kalan kişi tarafından hukuk mercilerine bildirildiği görülmektedir. Yapılan bu başvuruların etkili ve yetkin olabilmesi için başvuru mekanizmalarının hemen sonuç alıcı niteliğinin olması gerekir. 1982 Anayasası’nın 36. maddesinde “hak arama hürriyeti”nden bahsedilmektedir. Buna göre, herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Ancak Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın bu maddesi yine Anayasa’nın 90. maddesinde yer alan “milletlerarası antlaşmaları uygun bulma” başlığı altında bulunan düzenleme uyarınca temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalardan olan AİHS ile birlikte değerlendirildiğinde hukuk devletine uygun işleve sahip olur. Türkiye’nin taraf olduğu AİHS’nin 13. maddesinde yer alan etkili başvurma hakkı başlıklı düzenlemeye göre, “*bu Sözleşme’de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, söz konusu ihlal resmî bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, ulusal merci önünde etkili bir başvurma hakkına sahiptir*”. Bu kapsamda ifade özgürlüğü konusunda devletin pozitif yükümlülüğü ancak devletin AİHS’ye uygun şekilde gerekli hukuki etkili başvuru yollarını sağlaması ile pratik bir anlama kavuşur. Bu hususta özellikle Bekir Coşkun başvurusunda⁷⁶ Anayasa Mahkemesi “*kamu makamları negatif yükümlülük kapsamında zorunlu olmadıkça düşüncenin açıklanmasını ve yayılmasını yasaklamamalı ve yaptırımlara tabi tutmamalı, pozitif yükümlülük kapsamında ise ifade özgürlüğünün gerçek ve etkili korunması için gereken tedbirleri almalıdır*” şeklinde belirlemede bulunarak devletin pozitif yükümlülüğü hususunda etkili başvurunun önemini belirtmiştir.⁷⁷

⁷⁶ Anayasa Mahkemesi Genel Kurul, Başvuru No. 2014/12151, Karar tarihi: 04.06.2015.

⁷⁷ Benzer şekilde Nilgün Halloran başvurusu, Anayasa Mahkemesi İkinci Bölüm, Başvuru No. 2012/1184, Karar tarihi: 16.07.2014.

Sonuç

Devlet, tarihsel süreçte öncelikle toplumsal birliği sağlayan, çatışmaları giderici bir güç olarak tasarlanmıştır ancak hukuk ve demokrasi düşüncesinin gelişimi ile birlikte devlete ilişkin hakkın korunması temelli yaklaşımlar da önemsenerek tartışma bu eksene doğru kaymıştır. Devletin ağırlıklı liberal düşünceler doğrultusunda yalnızca haklara müdahale etmeme şeklindeki yükümlülüklerinin hakları koruyamayacağı düşüncesi baskın geldiğinden özellikle üçüncü kuşak haklar kapsamında pozitif yükümlülüklerine dair düşünceler de gelişmeye başlamıştır. Bu kapsamda çalışmamızda konu edinilen ifade özgürlüğüne yönelik devletin pozitif yükümlülüğünün bulunması, yalnızca bu hakka dönük devletin hukuka uygun olmayan müdahalede bulunmama şeklinde kayıtsız bir davranış içinde kalmasını değil aynı zamanda aktif olarak haksız müdahaleleri giderecek tasarruflarda bulunmasını da gerektirmektedir. Bu bakımdan kamu organları, hakka dönük yapılan yersiz müdahaleyi gidermek bakımından uygun koşulları yaratmalı, haksız müdahalenin ortadan kaldırılmasını sağlamalıdır. Bu hakkın gerçek manada uygulanabilmesi için ifade özgürlüğü ihlal edilen başvurucunun etkili başvuru yollarına sahip olması, devletin bu kanalları olabildiğince etkili kullanmaya imkân tanınması zorunludur. Bu ise ancak devletin uluslararası hukuktan kaynaklanan sorumluluklarını tam anlamıyla yerine getirmesi ile mümkün olacaktır.

Kaynakça

- Ağaoğulları, Mehmet Ali. *Kral-Devlet ya da Ölümlü Tanrı*. İmge Kitabevi: Ankara. 2004. s. 194.
- Akarsu, Bedia. *Felsefe Terimleri Sözlüğü*. İnkılâp Kitabevi: İstanbul. 1994.
- Algan, Bülent. *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*. Seçkin Yayınevi: Ankara. 2007.
- Aktaş, Sururi. *Prosedürel Doğal Hukuk, Lon L. Fuller'in Hukuk Kavramı, XII Levha*. İstanbul. 2011.
- Atalay, Esra. *Yargısal Temel Haklar, Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu'na Armağan*. DEÜHFY. İzmir 1997.
- Atar, Yavuz. *Türk Anayasa Hukuku*. Mimoza Yayınevi: Konya. 2002.
- Başbuğ, Aydın. *Sosyal Hukuk-Hukukun Toplumsal Temelleri*. A kitap: Ankara. 2010.
- Beşe, Ertan. *Terörizm, Avrupa Birliği ve İnsan Hakları*. Seçkin Yayıncılık: Ankara. 2002.
- Coşkun, Vahap. *İnsan Hakları-Liberal Açından Bir Tahlil*. Liberte Yayınları: Ankara. 2006.
- D'Alembert, Jean Le Rond. *Yasaların Ruhunun Çözümlemesi*. Fransızcadan çeviren: Yakup Şahan. *Felsefe Dergisi*, 89/1.
- Descamps, Christian. *Fransa'da Felsefenin Kırk Yılı - Sartre'dan Deleuze'e Tekil Düşünce*. Türkçesi: Ender Keskin. Bağlam Yayınları: İstanbul. 2015.
- Donnelly, Jack. *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları*. Çeviren: Mustafa Erdoğan, Levent Korkut. Yetkin Yayınevi: Ankara. 1995.
- Furtun, Ayşen. *Hukuk Felsefesi Dersleri*. Beta Yayınları: İstanbul. 2014.
- Giritli, İsmet. 2001 Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Özgürlüklere Yansıması. *Anayasa Yargısı Dergisi*, 19. Cilt. 2002.
- Gökpinar, Mahmut. Bir Kavram Olarak İnsan Hakları ve Çeşitli Açılardan Sınıflandırılması. *TBB Dergisi*, (120). 2015.
- Gündüzöz, İlker. Yeni Kuşak İnsan Hakları Çerçevesinde Türkiye'de Mülki İdare Amirliğine Analitik Bir Yaklaşım. *İnsan Hakları Yıllığı*, Cilt: 33.
- Hegel. *Tüze Felsefesi*. Çeviri: Aziz Yarımlı. İdea Yayınları: İstanbul. 2006.

Heimsoeth, Heinz. *Kant'ın Felsefesi*. Çeviren: Takiyettin Mengüşoğlu. Doğu Batı: Ankara. 2016.

İba, Şeref. *Anayasa Hukuku ve Siyasal Kurumlar*. Turhan Kitabevi: Ankara. 2008.

İnceoğlu, Sibel. Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği. *Council of Europe*. Ankara 2007.

Jellinek, Georg / Droit, L'Etat Moderne Et son / Partie, Deuxième (Théorie Juridique de L'Etat, Trad: George Fardis). Paris. 1913.

Joad, C. E. M., *Dünyanın Büyük Felsefecileri*. Çeviren: Semih Umar. Remzi Kitabevi: İstanbul. 1985.

Kalabalık, Halil. *İnsan Hakları Hukuku*. Değişim Yayınları: İstanbul. 2004.

Kapani, Münci. *Kamu Hürriyetleri*. Yetkin Yayınları: Ankara. 1993.

Kaya, Kâmuran. *Hukukta Yabancılaşmaya Tepki: Jean Paul Sartre ve Varoluşçu Hukuk*. Adalet Yayınevi: Ankara. 2014.

Kayhan, Aslı. Aydınlanma ve Jean-Jacques Rousseau. *Toplumbilim Aydınlanma Özel Sayısı, Sayı: 11, Yıl: 2000*.

Kombe-Akandji, Jean François. *İnsan Hakları El Kitapları, No. 7, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler*. Avrupa Konseyi Yayınları. Brüksel 2008.

Kuzu, Burhan. Düşünceyi Açıklama Hürriyeti ve Ülkenin Bölünmez Bütünlüğü, 21. Asıra Girerken Çağdaşlaşma Demokrasi ve İnsan Hakları, Aydınlar Ocağı Yayını, Açık Oturumlar Dizisi No. 16. İstanbul. 1996.

Labêrenne Paul, Maublanc René, Friedmann Georges, Baby Jean, *Diyalektik Yöntem ve Materyalizm*, Evrensel Basım Yayın, Çeviren: Barkın Asal, İstanbul, 2016.

Lecercle, J. L. Rousseau, Jean Jacques, Hayatı ve Eserleri. *Bilim ve Gelecek Dergisi*. Eylül. 2012.

Marks, Karl., Engels, Friedrich. *Felsefe Metinleri*. Yayına Hazırlayan: Muzaffer Erdost. Sol Yayınları: Ankara. 2009.

Ömeroğlu Ömer. *Ceza Hukuku Açısından Hukuksal İlişki Kavramının İncelenmesi (Özneler Arası İlişkiler Boyutuyla Ceza Hukuku)*. Yetkin Yayınevi: Ankara. 2010.

Raz, Joseph. *Kelsen'in Temel Hukuk Kuramı*. Çeviren: Şule Şahin Ceylan. A. Ü. H. F. D, 62, (4). 2013.

Sarıca, Murat. *100 Soruda Fransız İhtilali*. Gerçek Yayınevi: İstanbul. 1970.

Saygılı, Abdurrahman. *Kutsal Canavar Devlet*. İmaj Yayınevi: Ankara. 2015.

Silier, Yıldız. Marx ve Rousseau: Eşitsizlik ve Özgürlük. *Doğu Batı Dergisi*, Yıl:14, Sayı: 55. Aralık-Ocak 2010-11.

Sunay, Reyhan. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Türk Anayasası'nda İfade Hürriyetinin Korunması. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Milenyum Armağanı, C:8, S:1-2. Konya. 2000.

Sungurbey, İsmet. Hak Nedir? *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları I, Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri*.

Suslakav, B. I., Yakovleva, L. A. *Felsefe El Kitabı*. Çeviri: Serkan Mutlu. Yordam Kitap: İstanbul. 2013.

Şenol Cem. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü (CMK m. 172/3)*. XII Levha: İstanbul. 2013.

Tepe, Harun. İnsan Hakları: Kavram, Kapsam ve Ölçüt. İçinde: *Disiplinlerarası Yaklaşımla İnsan Hakları*. Derleyen: Selda Çağlar. Beta Yayınları: İstanbul. 2010, s. 2.

Tezcan, Durmuş., Erdem, Mustafa Ruhan., Sancakdar, Oğuz., Önok, Rıfat Murat. *İnsan Hakları El Kitabı*. Seçkin Yayınevi: Ankara. 2006. s. 58.

Tezcan, Durmuş., Erdem, Mustafa Ruhan., Sancakdar, Oğuz. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*. Seçkin Yayınları: Ankara. 2002. s. 308-309.

Timuçin, Afşar. *Gençler İçin Felsefe Tarihi*. Bulut Yayınları. Ekim 2011. İstanbul.

Tokatlı, Attila. *Çağdaş Diyalektiğin Kaynağı: Hegel*. YAZKO: İstanbul. 1981.

Torun, Yıldırım. *Hugo Grotius'un Hukuk ve Siyaset Felsefesi*. Kaknüs: İstanbul. 2005.

Turhan, Aydın. İnsan Hakkı Kuşakları Arasındaki Tamamlayıcılık İlkesi. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:4, Sayı: 2, Yıl: 2013.

Wacks, Raymond. *Hukuk Kuramını Anlamak-Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramına Giriş*. Çeviri: Fatma Süzgün, Şahin Ünver, Serdar Ünver. Astana Yayınları: Ankara. 2016.

Wacks, Raymond. *Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş*. Çeviren. Engin Arıkan. Tekin Yayınları: İstanbul. 2015.

Weber, Alfred. *Felsefe Tarihi*. Çeviren: H. Vehbi Eralp. Pulhan Matbası: İstanbul. 1949.

T.C. Anayasa Mahkemesinin İfade Özgürlüğü Konusunda Verdiği Kararların Özeti. Hazırlayanlar: Murat Şen, Dr. Recep Kaplan. s. 27-30.

Siyasetçi Hakkındaki Haberler Bakımından Basın Özgürlüğü

Mehmet Taştan

Ankara Cumhuriyet Savcısı

Özet

Demokratik rejimlerde siyasi iktidar, yalnız siyasal ve yargısal denetime değil aynı zamanda kamu denetimine de tabidir. Bu görevi, toplum adına kamunun bekçisi rolünü üstlenmiş olan basın yerine getirir; ancak devletin basın hürriyetini koruma yükümlülüğü yanında, bireyin manevi varlığını korumak gibi bir görevi de vardır. Az veya çok kamuyu ilgilendiren konulara ilişkin ifadelerde basın hürriyetinin korunması ile birey olarak siyasetçinin manevi varlığının korunması meselesi birlikte gündeme gelmektedir. Bu durumda, birbiriyle yarışan bu haklardan hangisi üstün tutulacaktır? AİHM bu soruya şöyle cevap vermektedir: *Hükümet üyeleri başta olmak üzere tüm siyasetçilerin, eleştiriler ve olgusal temele dayalı olumsuz değer yargıları karşısında diğer tanınmış kişilerden bile daha esnek bir yaklaşım tarzı göstermeleri gerekir. Basının, bilhassa başkalarının itibarı ve haklarının korunması ve gizli bilginin ifşa edilmemesi konusunda birtakım sınırları aşmaması gerekmeyle birlikte, yine de kamu yararına giren tüm konularda bilgi ve fikirleri -taşıdığı yükümlülük ve sorumluluklara uygun bir şekilde- yayma ödevi bulunmaktadır. İfade özgürlüğünün gazetecilere tanıdığı güvence, gazetecilerin iyi niyet çerçevesinde hareket ederek doğru olgusal temellere dayanmaları ve gazetecilik etiğine uygun biçimde "güvenilir ve kesin bilgiler" sunmaları şartına bağlıdır.*

Anahtar kelimeler: ifade hürriyeti, basın özgürlüğü, siyasetçiler, Anayasa, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.

Abstract

Political power in democratic regimes is not only subject to political and judicial review, but also subject to public scrutiny. This duty is fulfilled by the press, as the public watchdog. In addition to obligation of protecting freedom of press, the State also has the duty of protecting immaterial existence of the individual. Protection of freedom of press in the expressions that are more or less related to public is brought to the agenda together with the protection of immaterial existence of the politician as an individual. In this case, which one of these competing rights will be superior? The ECHR responds to this question as follows: All politicians, especially the members of the government, should show a more flexible approach to criticism and negative value judgments based on facts even than other famous persons. Although the press should not overcome certain limits particularly on the protection of reputation and rights of others and disclosure of confidential information, it has still the duty of disseminating information and ideas in all matters of public interest, in accordance with their obligations and responsibilities. The assurance provided by freedom of expression for the journalists depends on the fact that journalists must act in good faith, relying on accurate factual bases and providing "reliable and precise information" in accordance with journalistic ethics.

Keywords: freedom of expression, press freedom, politicians, Constitution, European Convention on Human Rights.

*Behey Yunus sana söyleme derler,
Ya ben öleyim mi söylemeyince?*

Yunus Emre

A. Düşünceli Bir Başlangıç

İnsanı diğer canlılardan ayıran en temel özelliklerden biri düşünen bir varlık olmasıdır. O yüzden olsa gerek, birbirinden farklı yüzyıllarda yaşamış, değişik kültürlerle mensup bilgiler, “İnsan düşünceden ibarettir, geriye kalan et ve kemiktir.” (Mevlâna), “Düşünüyorum öyleyse varım.” (Descartes) şeklindeki sözlerle, düşünmeyi insan olmanın ontolojik temeli saymışlardır.

Kuşkusuz bir düşüncenin varlığından haberdar olunabilmesi, onun beyin hapsinden kurtulup dış dünyaya yansmasıyla mümkündür. “Ruhun kendi kendiyile konuşması”¹ şeklindeki düşüncelere, *-hukuk dışı yöntemlere başvurulmadıkça-* kimsenin nüfuz etme şansı olmayacağına göre, uygulamada “düşünce” diye tanımladığımız şey aslında, söz, yazı, resim veya başka yollarla dış dünyaya yansımış ifadedir. “İfade”, yalnızca düşünceyi bilinir hâle getirmekle kalmaz aynı zamanda onun başka düşüncelerle yüzleşmesini, kendini dayanıklılık veya kalite testine tabi tutmasını, yanlış veya köhne olduğu anlaşılan düşüncelerin silinip gitmesini, böylece toplumun ilerlemesini, bireyin gelişip güçlenmesini sağlar. Buradan hareketle denebilir ki ifade özgürlüğü, düşünce özgürlüğünün kuvveden fiile geçmiş hâlidir ve düşüncenin varlığının teminatıdır. Bu iki kavram arasındaki iç içelik nedeniyledir ki uygulamada bunlardan birinin diğerinin yerine ikame edilerek rahatlıkla kullanılabildiği görülmektedir.

Bilimi, ona ihtiyacı olan üretir. Her hukuk kuralı da onu doğuran şartların habercisidir. Düşünmeyi insanın varlık temeli sayan felsefi yaklaşımlar; “Kucağında doğduğu toplumun anarşist kabul ettiği fikirler olmasaydı, insanlık hâlâ taş devrini yaşıyor olacaktı.” veya “Bugünkü medeniyet seviyesini geçmişte yaşanan sakıncalı fikirlere borçluyuz.” biçimindeki vecizeler gerçeğin bizatihi kendisi olsa da insanlığın, “düşünce hürriyeti”ni ve onun ete kemiğe bürünmüş hâli olan “ifade özgürlüğü”nü, üzerinde ittifak edilen bir hukuki güvenceye kavuşturması yüzyıllar boyunca ödenen ağır bedeller sonucu olmuştur.

Tarihsel süreçte, dünyanın birçok yerinde düşüncelerinden dolayı gadre uğramış sayısız insan bulmak mümkündür. Engizisyon hâkiminin, “Eğer dünyanın dönmediğini ve düz olduğunu söylersen giyotinden kurtulacaksın.” teklifine, “Ben dönmüyor desem de dünya dönüyor.” şeklinde verdiği cevabıyla cellatlarından uzun ömürlü olmayı seçen Galileo (1564-1642) en bilinen örnektir.

¹ Eflatun

Bu trajik vakıa ve Engizisyonun peşine düştüğü kişilerin ellerindeki “sakıncalı” görülen yazılı malzemeleri, âleme ibret için insanların gözü önünde yakması Orta Çağ karanlığının skolastik düşünce tarzına bağlanabilir. Ancak, Fransız Devrimi (1789) sonrasında, ünlü kimyager Lavoisier’nin (1743-1794) uğradığı akıbet, düşüncenin suç sayılmasına ilişkin vahim örneklerin, Orta Çağ’la sınırlı olmadığını göstermektedir. Havada oksijenin varlığını ve yanmanın bir oksidasyon olayı olduğunu keşfeden bilgin, “ıslatınca, tütün ağırlaşır” tespitinde bulunduğu için, tütüncülerin vergi kaçakçılığı suçuna iştirak ettiğinden bahisle suçlu bulunmuştur. Mahkeme başkanının, “İhtilalin bilginlere ihtiyacı yoktur.” diyerek ölüme gönderdiği Lavoisier, “giyotine giderken kitabına ayaç koyan adam” olarak tarihe geçmiştir. Ölümünden iki yıl sonra yeniden yargılanıp beraat etmiş; itibarı iade olunmuştur. Bu olay, Albay Dreyfus Davası’nın, yargılamanın iadesi yolunun ilk örneği olmadığını göstermesi bakımından da dikkat çekicidir.

Ne yazık ki bu örnekler, belli bir coğrafyayla sınırlı değildir. Kutsal kitabında, “Onlar sözü dinlerler sonra da en güzeline uyarlar.”² hükmü bulunan toplumlarda da düşüncelerinden dolayı haksızlığa uğramış insanların var olduğunu görüyoruz.

Türk bilgin Serahsî (1009-1090), Karahanlılar’ın vergi politikalarını eleştirdiği ve olumsuz yönde fetvalar verdiği için Özkend şehrindeki kale zindanının kuyusuna atılmıştır. On beş yıl kaldığı kuyudan yukarıda toplanan öğrencilerine anlatmak suretiyle 30 ciltlik *El Mebsut* adlı eserini tamamlamıştır. Onu kuyuya atanların kim olduğu bilinmezken o günümüz Türkçesine de kazandırılan eserleriyle aramızda yaşamaktadır.

Lodoslu bir havada, kollarına kuş kanatlarına benzer araçlar takarak Galata Kulesi’nden Üsküdar Doğançılar’a uçan Hezârfen Ahmed Çelebi (1609-1640) de yaratıcı zekâsının talihsizliğine uğramıştır. Bu başarısından dolayı IV. Murat tarafından kese kese altınlarla taltif edilmiş ancak bu korkutucu adamın bekası caiz görülmediğinden Cezayir’e sürülmüş, orada vefat etmiştir.

Şüphesiz ki geçmiş, bu vahim örneklerden ibaret değildir. Farklı inançlara, değişik düşüncelere hoşgörüyle yaklaşılabilirdi dönemler de olmuştur. İyinin ve kötünün iki ucuna tanıklık ederek yol alan insanlık, 20. yüzyılın ortalarında, tarihinin en büyük iki trajedisini bir arada yaşamıştır: Nazi soykırımı ve II. Dünya Savaşı. 1946’ya, “batık bir gemiden arta kalan enkaz” olarak çıkan insanlık, böylesi felaketlerin bir daha yaşanmaması için; temel amacı, insan haklarını korumak, insanın güvenli ve haysiyetli bir şekilde yaşamasını sağlamak olan “hukuk”u yeniden hatırlamıştır. Bu hatırlayış, insanı merkez alan, yeni ulusal ve uluslararası hukuki metinlerin doğmasına yol açmıştır.

Genellikle anayasaların ilk maddelerinde devletin yapısına, niteliklerine ilişkin hükümler yer alırken Nazi felaketini yaşayan Almanya’nın, 1949 tarihli Anayasa’sının 1. maddesinde, “İnsanın onur ve haysiyeti dokunulmazdır. Tüm devlet erki ona saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür.” şeklindeki hükme yer vermesi, geçmişten ders çıkarma arzusunun yasal delilidir. Bu düzenleme, 13. yüzyılın sonunda, kurucu

² Zümer Suresi, 39/18. ayet

devlet başkanına, “İnsanı yaşat ki devlet yaşasın.” diyen Şeyh Edebalı’nın (1206-1326) vizyonunu göstermesi bakımından da çok anlamlıdır.

Sırf, Yahudi, Polonyalı, Çingene, özürlü, eş cinsel oldukları için Naziler tarafından öldürülen on milyon civarında insan, yalnız Alman Anayasası’nın değil 1950 doğumlu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin de hem doğuş sebebi hem de kırmızı çizgisi oluvermiştir. Bu nedenledir ki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Nazi soykırımının (Holokost) olmadığına veya abartıldığına ilişkin hiçbir söyleme; toplum içerisinde savunmasız bir hâlde bulunan bir gruba yönelik ayrımcı bir dile mûsamaha göstermemektedir; ilkinin tarihî gerçekleri inkâr,³ ikincisini nefret söylemi⁴ olarak nitelemektedir.

Savaş felaketlerinin bir daha yaşanmaması için dünya barışını koruma amacıyla kurulan Birleşmiş Milletler Genel Kurulu ise 1948’de İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’ni ilan etmiştir. Bunu, 1976 tarihinde yürürlüğe giren Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi takip etmiştir.

Böylece, ifade özgürlüğünü de içeren temel insan hakları, millî mevzuatların yanında -en azından teorik anlamda- uluslararası bir hukuki güvenceye de kavuşmuştur.

Türkiye de her üç belgeyi imzalamak suretiyle insan hakları ve insanın doğal haklarından olan ifade özgürlüğü konusundaki duyarlılığını uluslararası hukuki metinlerle tahkim etmiştir.

B. İfade Özgürlüğünü Koruyucu Metinler ve AİHM

“İnsan haklarına saygılı, demokratik bir hukuk devleti” (Anayasa m. 2) olmayı temel nitelikleri arasında sayan Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, genelden özele doğru giden bir bütünlük içinde, ifade ve basın özgürlüğünü de kapsayacak şekilde temel hak ve hürriyetleri güvence altına almıştır. Buna göre; herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir (Anayasa m. 12/1). Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz (Anayasa m. 25). Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak yahut vermek serbestliğini de kapsar (Anayasa m. 26/1). Basın hürdür, sansür edilemez. Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır (Anayasa m. 28/1-2).

³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 65831 başvuru numaralı ve 24.06.2003 tarihli Garaudy / Fransa kabul edilemezlik kararı.

⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 59745 başvuru numaralı ve 13.11.2003 tarihli Gündüz / Türkiye kabul edilemezlik kararı.

Türkiye Cumhuriyeti, bu Anayasal düzenlemelerle birlikte, imzaladığı üç uluslararası belgeyle ifade özgürlüğüne sağladığı hukuki güvenceyi güçlendirmiştir. Kabul ediliş tarihlerine göre aşağıda sıralanmış bu metinlerde, ifade özgürlüğünün tanım ve kapsamı şu şekilde belirlenmiştir:

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin (İHEB) 19. maddesinin 1. fıkrasına göre, “Herkesin görüş sahibi olma ve anlatım özgürlüğü hakkı vardır. Bu hak, müdahale edilmeksizin görüş edinme ve herhangi bir yoldan ve hangi ülkede olursa olsun bilgi ve düşünceleri arama, alma ve yayma özgürlüğünü de içerir.”.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 10. maddesinin 1. fıkrasına göre, “Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve verme özgürlüğünü de kapsar.”.

Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin (MSHS) 19. maddesine göre, “Herkesin, bir müdahale ile karşılaşmaksızın fikir sahibi olma hakkı vardır. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir; bu hak bir kimsenin ülke hudutlarıyla sınırlanmaksızın sözlü, yazılı veya basılı yahut sanatsal ürün şeklinde veya kendi tercih ettiği başka bir iletişim şekli vasıtasıyla her türlü bilgi ve düşüncüyü arama, edinme ve ulaştırma özgürlüğünü de içerir.”.⁵

Birbirine benzer nitelikteki bu düzenlemeler, ifade özgürlüğü konusunda bireye, kanaat sahibi olma, başkalarına ait bilgi ve görüşlere ulaşma, kendi bilgi ve düşüncelerini başkalarıyla paylaşma haklarını sunar. Maddelerde geçen “herkes” ibaresi, ifade hürriyetinin vatandaşlık, ırk, cinsiyet gibi ayrımlar yapmaksızın o düzenlemenin kapsama alanındaki yerlerde yaşayan tüm insanlar için geçerli olduğunu göstermektedir. Özelden genele doğru gidersek Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın sağladığı ifade özgürlüğü Türkiye'nin her yerinde; AİHS, Avrupa Konseyine üye 47 ülkenin tamamında; MSHS, bu Sözleşme'ye taraf 167 ülkede; İHEB ise Birleşmiş Milletlere üye 192 ülkede prensip olarak⁶ hiçbir ayrıma yer vermeksizin korunan bir haktır.

Bu düzenlemelerin bir başka ortak özelliği de ifade özgürlüğünün mutlak bir hak değil beraberinde birtakım ödev ve sorumluluklar getiren nispi bir hak olarak nitelendirilmesi ve diğer hakların bir bileşeni olarak sayılmasıdır. Buna göre, doğal haklardan kabul edilen ifade hürriyetine sahip olan birey, bu hakkını kullanırken, başkalarının kişilik haklarını ve itibarını, kamu düzenini ve millî güvenliği gözetmek zorundadır. İfade hürriyetinin üç unsurundan biri olan “kanaat hürriyeti” ise mutlak anlamda koruma altındadır. Bu hakka getirilecek kısıtlama demokratik bir toplumun

⁵ İnsan hakları ile ilgili en etkili uluslararası belgeler bu üç belge olmakla birlikte, bu içerikte başka belgeler de mevcuttur: Avrupa Birliği İnsan Hakları Şartı (OJ C 364, 18.12.2000), İslam İşbirliği Teşkilatı, İslam Evrensel Hakları Beyannamesi (1981) bunlardan ikisidir.

⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 9006/80 başvuru numaralı ve 08.07.1986 tarihli Lithgow – Birleşik Krallık Kararı.

doğası ile çelişeceğinden, devlet vatandaşlarını endoktrinasyona maruz tutmamalı, tek yanlı bilgi yaymamalı ve belirli fikirlere sahip bireyleri ötekilere karşı kayırmamalıdır.⁷

Ana belirleyicileri ve sınırlama sebepleri birbiriyle benzeşen bu düzenlemelerin, iç hukuktaki hiyerarşik konumları ve uygulamadaki etki güçleri ise birbirinden farklıdır. Elbette ki bir devletin, hukuki anlamdaki temel belirleyicisi Kelsen Piramidi'nin tepesinde yer alan anayasasıdır.

Uluslararası metinler içinde yer alan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi -adından da anlaşılacağı üzere- sözleşme değil, bir bildirgedir. Bu nedenle TBMM'nin onayından geçmemiş, 27 Mayıs 1949 tarih ve 7217 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanan Bakanlar Kurulu Kararı'yla, kanundan düşük bir norm olarak iç hukukumuzun bir parçası olmuştur. Bu Beyanname, dünyadaki yaygın insan hakları ihlalleriyle birlikte okunduğunda teorideki gücünü pratiğe aktarmadığı veya aktaramadığı anlaşılmaktadır.

MSHS ile AİHS, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90/5. fıkrası gereğince kanun değerinde metinlerdir. Temel hak ve hürriyetlere ilişkin oldukları için, bu sözleşmelerle kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda sözleşme hükümleri esas alınır. Ancak, MSHS hükümlerine uyulup uyulmadığını denetleyecek uluslararası bir mahkeme bulunmadığından denetlenebilirliği her zaman tartışmalıdır. Kuşkusuz bu sorun, sadece MSHS açısından değil, Milletlerarası Genel Kamu Hukuku kapsamında kalan diğer sözleşmeler için de varlığını sürdürmektedir.

AİHS ise uygulamanın denetlenebilirliği açısından, taraf olduğumuz uluslararası metinler içinde farklı bir yere oturmuştur zira AİHS'nin 19. maddesi gereğince, "Taraf Devletlerin Sözleşme ile üstlendikleri taahhütleri yerine getirmelerini güvence altına almak için" kurulmuş olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) bulunmaktadır. Türkiye'nin 1989 yılında zorunlu yargı yetkisini kabul ettiği bu Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni, "Avrupa kamu düzeninin anayasal aracı" olarak tanımlamaktadır.⁸ Başka bir kararında Mahkeme, "1. madde, ilgili kural veya önlemin türüyle ilgili herhangi bir ayırım yapmaz ve AİHS kapsamında Sözleşmecî Devletlerin 'yetki alanının' hiçbir kısmını denetim dışı bırakamaz." demektedir.⁹ Böylece, Sözleşme kapsamındaki tüm konularda ve bunun doğal sonucu olarak "ifade özgürlüğü" konusunda temel belirleyicinin kendisi olduğunu vurgulamaktadır.

Elbette ki Sözleşmecî Devletlerden birinin, uluslararası sonuçları göze almak kaydıyla, AİHS'ye taraf olmaktan çıkma hakkı her zaman vardır. Ayrıca Üye Devletlerin, AİHM'nin hükmettiği tazminatları ödeme pahasına iç hukuklarında veya uygulamalarında değişikliğe gitmediği durumlar da olabilir. Kıbrıs'taki demokratik anayasal düzeni ortadan kaldıran 15 Temmuz 1974 tarihli Sampson Darbesi'ni¹⁰

⁷ Macovei, Monica. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*. Avrupa Konseyi yayını: Strazburg 2001. s. 9.

⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 55721/07 başvuru numaralı ve 07.07.2011 tarihli Al-Skeini ve diğerleri / Birleşik Krallık Kararı.

⁹ Avrupa Konseyi. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*. Ankara. 2007. s. 26.

¹⁰ Önalp, Ertuğrul. *Geçmişten Günümüze Kıbrıs*. Ankara. 2010. s 186.

görmezden gelerek Kıbrıs Rum Yönetimi'ni Ada'nın tek meşru temsilcisi, Kıbrıs'ın kuzey kesimini Türk birlikleri tarafından işgal edilmiş bölge olarak nitelediği Loizidio / Türkiye Kararı'nda¹¹ olduğu gibi, AİHM'nin kendisini çok tartışmalı hâle getirdiği kararları da mevcuttur.

Bu hususlar dikkate alındığında Sözleşme hükümlerini Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'yla mukayese etmeye kalkışmak tabii ki mümkün değildir. Ancak, kullandığı kavramlarla, yaptığı yorumlarla AİHM'nin, Üye Devletlerin anayasaları da dâhil olmak üzere, ulusal mevzuat ve içtihatları yönlendiren pratikler ürettiğini söylemek herhâlde yanlış olmaz.

Esasen Anayasa'nın 15. maddesinin 1. fıkrası bu yorumu haklı kılmaktadır. Anılan fıkra aynen şöyledir: “Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hâllerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.” Bu düzenleme, maddede belirtilen olağan dış durumlarda sözleşmelerle hatta beyannamelerle tanınan temel haklara, Anayasa'nın üzerinde bir güvence sağlandığını göstermektedir.¹²

1982 Anayasası'nın 13. maddesinde başından beri var olan “demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk” kavramı, AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrasından alınmıştır. 2001 yılında Anayasa'nın 13, 14 ve 15. maddelerinde yapılan değişiklikler özellikle AİHS'ye uyum sağlanması için büyük ölçüde çaba gösterildiğini ortaya koymaktadır¹³ ki bu maddeler, ifade özgürlüğünün çerçevesini ve zorunlu hâllerde ifade hürriyetine yapılacak müdahalenin sınırını belirlemektedirler.

Anayasa'daki bu düzenlemelerin doğal sonucu olarak, ifade özgürlüğüne müdahaleyi azaltmak için, suç ve suçluyu övmek (TCK 215), halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılamak (TCK 216/1) fiillerinin cezalandırılabilmesi, “kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması” şartına bağlanmıştır. Bu kavram, AİHM'nin, ABD Yüksek Mahkemesinden ilham alarak içselleştirdiği bir kriterdir. Düşüncüyü açıklama özgürlüğünün kullanımına ilişkin standartları belirleme yolunda ilk önemli inceleme, Amerikan Yüksek Mahkemesinin 1919 tarihli Schenck v. US Kararı ile gerçekleştirilmiştir. Bu davada, “düşüncelerin serbest piyasası” argümanının mucidi olan Yargıç Holmes “açık ve mevcut tehlike” ölçütünü ilk defa yazmıştır.¹⁴ Bu şekilde hukuk literatürüne giren “açık ve mevcut tehlike” kıstası, AİHM tarafından “müdahaleyi

¹¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 40/1993/435/514 dava numaralı ve 18.12.1996 tarihli Loizidou / Türkiye Kararı.

¹² Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukuna Giriş*. Bursa. 2010. s. 153.

¹³ Fendoğlu, Hasan Tahsin. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 2016, Sayı 25. s. 1.

¹⁴ Özsoy, Şule. “ABD Hukukunda Düşüncüyü Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 56, Yıl 2005. s. 35.

haklı kılacak toplumsal ihtiyaç baskısı” adıyla uygulanmış; Gül / Türkiye Kararı’nda ise doğrudan “kesin ve yakın bir tehlike”¹⁵ biçiminde kullanılmıştır.

Kanun koyucunun iradesine uygun olarak, Anayasa Mahkemesi iptal davalarında AIHS’yi “destek ölçü norm” olarak kullanırken bireysel başvurularda AIHM içtihatlarını “doğrudan ölçü norm” olarak kullanma eğilimine girmiştir. Esasen böyle bir eğilim, 2010 yılında Anayasa’nın 148. maddesinde değişiklik yapan Anayasa koyucunun iradesiyle tamamen uyumludur. Çünkü Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkı tanıyan bu değişiklik, ülkemiz aleyhine AIHM’ye yapılan başvuruları azaltmak ve insan hakları ihlali iddialarını ulusal zeminde çözmek için yapılmıştır.

AIHM sistematik hâle getirdiği üç aşamalı test yöntemiyle meşru amaca ilişkin araç denetimi yaparken, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeni bakımından gerekli olup olmadığına, gerekliyse getirilen sınırlamanın amaca uygun ve orantılı olup olmadığına bakmaktadır.¹⁶ Anayasa Mahkemesi, “Cumhurbaşkanına hakaret” suçunun Anayasa’ya aykırılığı iddiasıyla iki yerel mahkemenin yaptığı iptal başvurusu üzerine 2017 yılında verdiği red kararında kullandığı şu ifadelerle AIHM kriterlerini benimsediğini bir kez daha göstermiştir: “Kanun koyucu, düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle de bağlıdır. Bu ilke ise ‘elverişlilik’, ‘gereklilik’ ve ‘orantılılık’ olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. ‘Elverişlilik’, getirilen kuralın ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, ‘gereklilik’, getirilen kuralın ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, ‘orantılılık’ ise getirilen kural ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir kuralda öngörülen düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç arasında da ‘ölçülülük ilkesi’ gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur.”¹⁷

Belirtmek gerekir ki AIHS, yalnız Türkiye’yi değil diğer Üye Devletleri de etkileyerek hukuk algılarını dönüşüme uğratmaktadır. Mesela, Birleşik Krallık Yüksek Mahkeme Başkanı Lord Neuberger bu etkiyle ilgili olarak şunları söylemektedir: “Bir de tabii İnsan Hakları Hukuku vardır ki Sözleşme’nin İngiliz hukukuna geçirilmesi ile muazzam bir etki meydana getirmiştir. Elbette, Avrupa Birliği ve İnsan Hakları Hukuku’nun bizim düşüncelerimiz üzerinde dolaylı bir etkisi olmuştur. Örneğin, hâkimlerin davalara ilişkin kararlarını verirken emsalden ziyade ilkelere dayalı bir yaklaşımı benimsemelerine yol açmıştır.”¹⁸

Üye Devletler üzerinde böylesine güçlü bir etkiye sahip olan AIHS, giriş kısmında demokratik bir siyasal rejimi, insan hakları konusunda ortak bir anlayış geliştirmeyi ve

¹⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 4870/02 başvuru numaralı ve 08.06.2010 tarihli Gül ve Diğerleri / Türkiye Kararı.

¹⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 6538/74 başvuru numaralı ve 26.04.1979 tarihli Sunday Times / Birleşik Krallık Kararı.

¹⁷ Anayasa Mahkemesinin 14.12.2016 tarih ve 2016/25-186 sayılı Kararı için bk. 03.01.2017 tarihli ve 29937 sayılı Resmi Gazete.

¹⁸ Neuberger Lord. Meleklerin Ayak Basmaya Korktuğu Yer. *İfade Özgürlüğü* kitap bölümü. Ankara 2012. s. 187.

temel özgürlüklere derin bağlılığı esas aldığını belirtmiştir. “İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin, açıkladığı hakların evrensel ve etkin olarak tanınmalarını ve uygulanmalarını sağlamayı hedef aldığını” söyleyerek Beyanname hükümlerini de Anayasa’nın 90. maddesi gereğince kanun değerine taşımıştır. Sözleşme’nin giriş kısmındaki bu atıftan yola çıkan AİHM, 2013 tarihli bir kararında “Bütün kişilerin kanun önünde eşitlik hakkı ve ayrımcılığa karşı korunması, bütün Üye Devletlerin imzacısı olduğu İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi ve İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi tarafından kabul edilen evrensel bir hak oluşturur.” şeklindeki cümlelerin başına İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’ni koymak suretiyle Beyanname’ye, insan haklarına ilişkin sözleşmelerden daha fazla itibar ettiğini ve onu güçlü bir gerekçe olarak kullandığını göstermiştir.¹⁹

Ek protokollerle insan hakları konusunda yeni kurallar koyan veya var olan kurallara eklemeler yapan Sözleşme’yi, AİHM içtihatları güncel ve dinamik kılmaktadır. Üniter bir teorisi bulunmayan ifade özgürlüğü de bu içtihatlar yoluyla, Avrupa Konseyine üye 47 ülkede ortak bir anlayışa doğru yürümekte, gelişen yeni sorunlara çareler aramaktadır.

C. Basın Mensubu ile Siyasetçi Bağlamında Yarışan Haklar

Demokrasi, günümüz modern toplumunu oluşturan ırksal, dinsel, düşünsel ve kültürel grupların çoğulculuğuna dayanan, bütün bireyleri ve grupları kendi özelliği ile eşit şekilde kabul ve muamele eden bir siyasal rejimdir.²⁰ Demokrasiyi ve hukukun üstünlüğünü teşvik eden Avrupa İnsan Hakları Hukuku, Avrupa kamu düzeninin özü ve esasını oluşturur. İfade özgürlüğü olmadan işleyen bir demokrasinin varlığından söz etmek mümkün değildir.

Bilgi ve kanaatlerin açıklanması özgürlüğü, bir ülkenin siyasi hayatı ve demokratik yapılanması açısından çok büyük önem taşır. Bu özgürlüğün yokluğunda, anlamlı serbest seçimlerin düzenlenmesi mümkün değildir. Ayrıca, bilgi ve kanaat açıklama özgürlüğünün tam olarak kullanımı, özgür ve demokratik bir devlet sisteminin temel göstergesi olan hükûmetin serbestçe eleştirilmesini de mümkün kılar.²¹

Demokratik rejimlerde siyasi iktidar, yalnız siyasal ve yargısal denetime değil aynı zamanda kamu denetimine de tabidir. Bu görevi, toplum adına kamunun bekçisi rolünü

¹⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 2330/09 başvuru numaralı ve 09.07.2013 tarihli *Sindicatul “Păstorul cel Bun” / Romanya Kararı*.

²⁰ Gözlüğü, Sadi Vakkas. “Avrupa Kamu Düzeninin Bir Parçası Olarak Çoğulcu Demokrasinin Gerekleri”. *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2013, Cilt 3, Sayı 2*, s. 61.

²¹ Macovei, Monica. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 10. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*. Strazburg. 2001. s. 9.

üstlenmiş olan basın yerine getirir. Basının, kamu otoritesini elinde bulunduran siyasi iktidara karşı toplum adına, etkin bir kamu denetimi yapabilmesi ve kamu duyarlılığı oluşturabilmesi için hiçbir caydırıcı etkiye maruz kalmadan görevini ifa edebilmesi gerekir. İşte bu özel görevi nedeniyle, işleyen demokrasilerde, güçler dengesi ve kuvvetler ayrılığı ilkesine göre şekillenmiş olan yasama, yürütme, yargı organları yanında sisteme dördüncü güç olarak basın dâhil edilmiştir.

Bütün demokratik ülkelerde, hiçbir baskıya ve endişeye kapılmadan ülke meselelerine ilişkin görüşlerini dile getirmelerini sağlamak için milletvekillerine kürsü dokunulmazlığı getirilmiştir. Hukuk ve hakkaniyete uygun kararlar vermesini sağlamak için yargı bağımsız ve tarafsız kılınmıştır. Aynı mantıkla, demokratik bir toplumun esaslı temellerinden birini oluşturan basının, kamu bekçiliği görevini layıkıyla yerine getirebilmesi için kendisine tanınması gereken güvencelerin özel bir önem arz ettiği kabul edilmiştir. Ancak bu ayrıcalıklı rolü bahane edilerek başkalarının özel hayatına müdahale edilir veya basın aletleri hakaret yahut iftira aracı olarak kullanılırsa ne olacaktır?

İşte bu ihtimali göz önünde bulunduran Anayasa'nın 26/2. fıkrası, ifade hürriyetinin “başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının korunması amacıyla sınırlandırılabilceğini” öngörmüştür. AİHS de benzer bir bakış açısıyla 10/2. fıkrasında, ifade hürriyetinin “başkalarının şöhret ve haklarının korunması için sınırlandırılabilceğini” kabul etmiştir.

Bu düzenlemelerle, “ifade özgürlüğünün başkalarının şöhret ve haklarının” korunması amacıyla sınırlandırılabilceği belirtilmekle birlikte sınırlandırma konusunda emredici bir dil kullanılmamış; Anayasa, kanun koyucuya; Sözleşme ise ulus devlete “takdir hakkı” tanımıştır. Diğer yandan, ifade özgürlüğünü düzenleyen metinlerde, kişinin özel hayatının (AİHS m. 8) ve manevi varlığının korunması da (Anayasa m. 18) temel insan hakları arasında sayılmıştır. Bu korumanın etkili bir şekilde yerine getirilebilmesi için yasalarla, cevap ve düzeltme, erişimin engellenmesi, zararın tazmini gibi yollar getirilmiş; özel hayatın gizliliğini ihlal, hakaret ve iftira gibi suçlar ihdas edilmiştir. Bireyin manevi varlığını korumayı (Anayasa m.17/1) güvence altına almayı amaçlayan bu düzenlemeler az veya çok kamuyu ilgilendiren konulara ilişkin sözlerde ifade hürriyetinin korunması (Anayasa m. 26/1) meselesiyle birlikte gündeme gelmektedir.

Bu durumda, birbirleriyle yarışan bu haklardan hangisi üstün tutulacaktır? Kamunun bekçisi olma rolünü üstlenen basın mı yoksa siyasetçinin kişilik hakları mı? Bu konuyla ilgili tüm soruları cevaplayacak düzenleyici bir ilke bulunmadığından, konunun içtihatlar ışığında irdelenip somut duruma uyan prensipler çerçevesinde sonuca gidilmesi gerekmektedir.

D. İchtihatların Belirlediği İlkeler

Kuşkusuz, kişilik haklarının korunması gibi, demokratik süreçte, toplumun ilerlemesinde ve bireylerin gelişmesinde, ifade hürriyetinin korunması da hayati önem taşımaktadır. Anayasa'nın 2, 12, 25 ve 26. maddelerinde belirttiği üzere Türkiye

Cumhuriyeti'nin ruhu, insan haklarına saygılı, hukukun üstünlüğüne bağlı, demokrasi ile beslenen çok sesliliklidir. Bunun vücut bulması ise birden çok düşüncenin varlığı ve bunların açılanması ile mümkündür.

1. Yüksek yargı kararları

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvurular üzerine verdiği kararında ifade özgürlüğünü şu şekilde tanımlamaktadır: “İfade özgürlüğü, demokratik toplumun temellerinden biri olup toplumun gelişmesi ve bireyin kendini geliştirmesi ve gerçekleştirmesi için vazgeçilmez şartlar arasında yer alır. Hakikat ışığı farklı fikirlerin çarpışmasından doğar. Bu bağlamda toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır. Aynı şekilde birey özgün kişiliğini düşüncelerini serbestçe ifade edebildiği ve tartışabildiği bir ortamda gerçekleştirebilir. İfade özgürlüğü, kendimizi ve başkalarını tanımlamada, anlamada ve algılamada, bu çerçevede başkalarıyla ilişkilerimizi belirlemede ihtiyaç duyduğumuz bir değerdir.”²² Bir başka kararında, “Yargılamaya konu ifadenin içinde geçtiği konuşmaların bütünü ile birlikte ve söylendiği bağlamdan kopartılmaksızın olayın bütünselliği içerisinde değerlendirilmesi gerekir.”²³ biçimindeki ölçüye yer vererek konuşmanın veya yazının içinde geçen ve olumsuz anlam içeren kelimelerin kanaat oluşturmak için tek başına yeterli olamayacağına vurgulamaktadır.

Yargıtay da soruşturma konusu sözlere bütünü ve bağlamı içinde bakmak gerektiğini,²⁴ olayın bütünlüğü değerlendirme dışı bırakılarak sonuca varılamayacağını²⁵ belirtmektedir. Basın hürriyetinin sınırlarını belirlemede ise şu kıstaslara yer vermektedir: “Bir haberin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilebilmesi için, haberin gerçek ve güncel olması, verilişinde kamu ilgi ve yararının bulunması, olay ile olayın anlatımı arasında fikrî bağ bulunması gerekir. Bu unsurlardan birinin dahi gerçekleşmemesi haber verme ve eleştiri hakkını ortadan kaldırır ve fiili hukuka aykırı kılar.”²⁶

2. AİHM kararları

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, erken dönemlerden itibaren geliştirip istikrar kazandırdığı ilkelerle ifade hürriyetini şu şekilde yorumlamaktadır: “İfade özgürlüğü, demokratik bir toplumun temellerinden, ilerlemesinin ve kişilerin gelişiminin temel esaslarından birini oluşturmaktadır. Bu özgürlük, sadece, iyi algılanan veya zedeleyici olmayan bilgi ve düşünceler için değil, aynı zamanda, çatışan, şaşırtan veya endişelendiren bilgi ve düşünceler için de geçerlidir. Olmamaları hâlinde demokratik toplumun olamayacağı, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik bunu gerektirmektedir. 10.

²² Anayasa Mahkemesinin 23/01/2014 tarih ve 2013/3602 başvuru numaralı Kararı.

²³ Anayasa Mahkemesinin 11/03/2015 tarih ve 2013/8396 başvuru numaralı Kararı.

²⁴ Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 02.07.2012 gün ve 2010/14736-2012/8551 sayılı Kararı.

²⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 24.04.1985 gün ve 9/63-165 sayılı Kararı.

²⁶ Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 18.09.2006 tarih ve 2005/7706 Esas, 2006/14025 sayılı Kararı.

maddenin öngördüğü gibi, bu özgürlüğün, dar bir yorumu gerektiren istisnaları vardır ve kısıtlama gerekliliğinin, ikna edici şekilde ortaya konması gerekmektedir.”²⁷

Bir ders kitabının ulusal makamlarca müstehcen içerikli bulunması nedeniyle işletilen yargı süreci sonunda AİHM’nin verdiği bu karar, ifade özgürlüğünün özel bir görünümü olan basın hürriyeti bakımından da temel ilkeleri belirlemede çok önemli bir kilometre taşı olmuştur. Avustralya’da yaşayan emekli bir İngiliz istihbarat teşkilatı mensubunun anılarının gazetelerde yayımlanmasına, ulusal güvenliği tehlikeye düşürdüğü gerekçesiyle müdahale edilmesiyle başlayan yargısal süreçte AİHM şu ilkelere yer vermiştir:

“İfade özgürlüğü demokratik bir toplumun temellerinden birini oluşturmaktadır. Sadece lehte algılanan, zararsız veya önemsiz görülen bilgi ve fikirler değil, incitici, sarsıcı veya rahatsızlık uyandırıcı olanlar bakımından da geçerlidir. Sözleşme’nin 10. maddesinde belirtildiği üzere, bu özgürlük, dar biçimde yorumlanması gereken istisnalara tabidir. Her türlü istisnanın gerekliliği ikna edici bir şekilde ispatlanmak durumundadır.

Bu ilkeler basın açısından özel öneme sahiptir. ‘Millî güvenlik yararı’ veya ‘yargı yetkisini koruma’ amacıyla konulan sınırların aşılmaması gerekse de kamu yararına giren konularda bilgi ve fikirleri yaymak basına düşen bir vazifedir. Sadece basının bu tür bilgi ve fikirleri yayma görevi bulunmamaktadır halkın da bilgi edinme hakkı vardır. Aksi hâlde basının hayati önem taşıyan ‘kamu bekçiliği’ rolünü oynaması mümkün olmayacaktır.”²⁸

Bir milletvekilini çıplak ve seksüel eylemler içinde gösteren karikatürden dolayı getirilen sınırlama üzerine yapılan başvuruda AİHM şu tespitlerde bulunmuştur: “Tabloda ilgili kişilerin sadece başları kullanılmış ve gözleri siyah şeritlerle kapatılmış ve vücutları gerçek olmayan ve abartılı bir tutumla resmedilmiştir. Yerel mahkemeler tablonun şüphesiz gerçeği yansıtmaya amacı taşımadığı ortak anlayışındadır. Hükûmet aksini iddia etmemiştir. Mahkeme tasvirde kişinin hiciv unsurları içerecek şekilde karikatürleştirildiğini düşünmektedir. Mahkeme, hicvi, yapısal özellikleri abartma ve gerçeğin çarpıtılması olan ve doğal olarak sataşma ve tahrik etmeyi amaçlayan, sanatsal ifadenin ve sosyal yorumlamanın bir biçimi olarak görmektedir. Dolayısıyla sanatçının ifade etme hakkına söz konusu olan herhangi bir müdahale özel ihtimamla gözden geçirilmelidir.”²⁹

²⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 5493/72 başvuru numaralı ve 07.12.1976 tarihli Handyside / Birleşik Krallık Kararı.

²⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 13585/88 başvuru numaralı ve 26.11.1991 tarihli Observer ve Guardian / Birleşik Krallık Kararı.

²⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 68354/01 başvuru numaralı ve 25.01.2007 tarihli Künstler / Avusturya Kararı.

“Özel hayatın gizliliği hakkının ifade özgürlüğü hakkı ile dengelenmesini gerektiren davalarda, prensip olarak bu haklar eşit bir saygıyı hak etmektedir.”³⁰ şeklindeki prensibi benimseyen AIHM, hükümet üyesinin bir telefon görüşmesinin radyoda yayımlanmasına ilişkin olayda kamu yararı kavramına ağırlık vermiştir: “Demokratik bir sistemde hükümetin eylemleri veya ihmalleri sadece yasama ve yargının denetiminde değil aynı zamanda medya ve kamunun da denetimine tabidir. Belli bir bilgi konusunda kamu yararı, bazen kanunun dayattığı gizlilik yükümlülüğünden de üstün olabilir.”³¹

AIHM, bir sigorta şirketinde yaşanan yolsuzlukları kamuya duyurmak amacıyla - sigortacıyla müşteri gibi görüşüp gizlice çekilen kayıtları, o kişinin yüzünü gizlemek ve sesini değiştirmek suretiyle yayımlayarak- yapılan haberle ilgili davada şöyle bir değerlendirme yapmıştır: “İfade özgürlüğü ile özel hayatın gizliliği hakkının dengelendiği hâllerde haberin, kamu yararı taşıyan tartışmaya sağladığı katkı, habere konu kişinin tanınmışlık seviyesi, haberin konusu, söz konusu şahsın daha önceki davranışları, habere ilişkin bilgi edinme ve doğrulama yöntemleri, yayının içeriği, biçimi ve neticeleri ile uygulanan yaptırımın ağırlığı birlikte göz önünde bulundurulmalıdır.”³²

Birçok kararında siyasi tartışma özgürlüğünün önemini vurgulayan AIHM, olgusal temele dayalı değer yargıları bakımından ifade özgürlüğünü olabildiğince koruyucu bir yorum tarzı geliştirmiştir: “Başvurucunun beyanı son derece siyasi bir ortamda alenen gerçekleşmiştir. Ayrıca bu beyan Slovakya’nın ilerlemesi için önemlidir. Sert kelimeler içermektedir ancak olgusal dayanaktan yoksun değildir. İyi niyet taşımadığını ve başvurucunun vatandaşı olduğu yeni kurulmuş devletin demokratik gelişimini korumak meşru amacını gütmeyeceğini ima edecek hiçbir unsur bulunmamaktadır.”

Mahkeme başvurucunun beyanının, doğruluğunun ispatlanması mümkün olmayan bir değer yargısı olduğunu düşünmektedir. Beyan, kamu yararı taşıyan bir konuya yani ülkenin tarihî geçmişi ışığında Slovakya’nın siyasi gelişimine dair özgür tartışma bağlamında yapılmıştır. Beyan, kabul edilebilir eleştiri sınırları sıradan bir bireyden daha esnek olan hükümetin bir bakanını, kamuya mal olmuş bir kişiyi ilgilendirmektedir.”³³

“Kamunun bekçisi” olarak tanımladığı basının demokratik bir toplumdaki ayrıcalıklı rolüne düzenli ve sürekli şekilde işaret eden AIHM, gizli bilgilerin ifşası ve siyasetçilerin eleştiriler karşısındaki tahammül sınırına ilişkin konularda şu temel ilkeleri benimsemiştir:

³⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 40454/07 başvuru numaralı ve 10.11.2015 tarihli *Associés / Fransa* Kararı.

³¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 62202/00 başvuru numaralı ve 19.12.2006 tarihli *Radio Twist / Slovakya* Kararı.

³² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 21830/09 başvuru numaralı ve 24.02.2015 tarihli *Haldimann ve diğerleri / İsviçre* Kararı.

³³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 29032/95 başvuru numaralı ve 12.07.2001 tarihli *Feldek / Slovakya* Kararı.

“Her ne kadar basın, özellikle de itibarın korunmasıyla ilgili olarak, bazı sınırları aşmaması gerekse de görev ve sorumluluklarının bilincinde olarak kamu yararını ilgilendiren her bilgi ve düşüncüyü iletme görevi bulunmaktadır. Dolayısıyla bilgi verme görevi mutlaka ‘görev ve sorumluluk’ içermekle birlikte aynı zamanda basının da kendisinin getireceği sınırlar olacaktır. Sadece basının bu tür bilgi ve fikirleri yayma görevi bulunmamaktadır halkın da bunları edinme hakkı bulunmaktadır. Aksi hâlde basının hayati önemdeki ‘kamu bekliliği’ rolünü oynaması mümkün olmayacaktır.”³⁴

“Basın, demokratik toplumda vazgeçilmez bir görev yerine getirmektedir. Basının, bilhassa başkalarının itibarı ve haklarının korunması ve gizli bilginin ifşa edilmemesi konusunda birtakım sınırları aşmaması gerekmeyle birlikte, yine de kamu yararına giren tüm konularda bilgi ve fikirleri -taşıdığı yükümlülük ve sorumluluklara uygun bir şekilde- yayma ödevi bulunmaktadır. Genel kamu yararı arz eden konularla ilgili olarak yapılan haberler bakımından 10. maddenin gazetecilere tanıdığı güvence, gazetecilerin iyi niyet çerçevesinde hareket ederek, doğru olgusal temellere dayanmaları ve gazetecilik etiğine uygun biçimde ‘güvenilir ve kesin bilgiler’ sunmaları şartına bağlıdır. Sözleşme’nin 10. maddesi kapsamında koruma altına alınan mesleki bir faaliyet olarak sorumlu gazetecilik kavramı, basın ve yayın yoluyla elde edilen ve / veya yayılan bilgilerin içeriğiyle sınırlı değildir. Sorumlu gazeteciliğin tespitinde -belirleyici olmasa da- davranışlarının hukuka uygunluğu ve bu bağlamda kanunu ihlal etmiş olması dikkate alınmalıdır.”³⁵

“Haber dayanıksız bir emtiadır. Kısa bir dönem için bile olsa, yayımlanmasının geciktirilmesi, haberi bütün değerinden ve etkisinden yoksun bırakabilir.”³⁶

“İfade özgürlüğü gazeteciler de dâhil olmak üzere bu hakkı kullanan herkese, ‘görev ve sorumluluklar’ yüklemektedir. Bu görev ve sorumlulukların kapsamı ilgilinin durumuna ve kullanılan yöntemeye bağlı olmaktadır. Sözleşme’nin 10. maddesinin kamu yararı sorunlarına ilişkin raporlar ile ilgili olarak gazetecilere sağladığı güvence, ilgililerin doğru olaylara dayanarak iyi niyetle hareket etmeleri ve gazetecilik etiğine riayet ederek ‘güvenilir ve doğru’ bilgiler sunmaları koşuluna bağlıdır.”³⁷

“Kabul edilebilir eleştirinin sınırları kamusal sıfatıyla hareket eden bir siyasetçi için özel bir şahsa göre daha geniştir. Siyasetçi, kaçınılmaz ve bilinçli olarak kendisini her kelimesi ve icraatı ile hem gazetecilerin hem de geniş anlamda halkın yakın incelemesine maruz bırakır ve özellikle kendisi, eleştiriye açık kamu nezdinde açıklamalar yaptığında daha büyük ölçüde hoşgörü sergilemelidir.

³⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 40454/07 başvuru numaralı ve 10.11.2015 tarihli *Associés / Fransa* Kararı.

³⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 56925/08 başvuru numaralı ve 29.03.2016 tarihli *Bédat / İsviçre* Kararı.

³⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 38224/03 başvuru numaralı ve 14.09.2010 tarihli *Sanoma Uitgevers B. V. / Hollanda* Kararı.

³⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 49085/07 başvuru numaralı ve 19.01.2016 tarihli *Görmüş ve Diğerleri / Türkiye* Kararı.

Politikacı şahsi sıfatıyla hareket etmediğinde bile itibarının korunması hakkına kesinlikle sahiptir. Ancak ifade özgürlüğüne yönelik istisnaların daraltılarak yorumlanması gerektiğinden, bu korumanın şartlarının siyasi konuların açık şekilde tartışılması çıkarlarına karşı dengelenmesi gerekir.”³⁸

“Demokratik bir toplumda basın, vazgeçilmez bir görev ifa eder. Basının, bilhassa başkalarının itibarı ve haklarının korunması ve gizli bilginin ifşa edilmemesi konusunda birtakım sınırları aşmaması gerekmele birlikte, yine de kamu yararına giren tüm konularda bilgi ve fikirleri -taşıdığı yükümlülük ve sorumluluklara uygun bir şekilde- yayma ödevi bulunmaktadır. Ayrıca, gazetecilik kapsamındaki abartılar ve hatta provokasyonlara müsaade edilmektedir. Bu tür davalarda, ulusal takdir yetkisi, basının kamuyu ilgilendiren önemli konularda bilgi vererek ‘kamu bekçiliği’ görevini yerini getirmesini sağlamaya yönelik demokratik toplum yararı ile sınırlandırılmaktadır.”³⁹

“ ‘Devlet terörü’ ve ‘katliam’ kelimelerinin kullanılmasının da gösterdiği gibi, ülkenin ilgili bölgelerinde Türk yetkililerinin fiilleri hakkındaki eleştiri sert, kullanılan dil ise keskindir. Buna rağmen Mahkeme, Sözleşme’nin 10. maddesinin 2. paragrafı bağlamında, siyasi söylem veya kamu çıkarı ile ilgili konulardaki kısıtlamanın dar olduğunu hatırlatmıştır. Ayrıca hükümet ile ilgili olarak yapılmasına müsaade edilen eleştirinin sınırı, bireyler veya siyasetçiler hakkında yapılan eleştiriye oranla daha büyüktür. Demokratik bir sistemde, hükûmetin fiilleri ve ihmalleri sadece yasama ve yargı otoritelerinin değil aynı zamanda kamunun da incelemesine açık olmalıdır. Ayrıca, hükûmetin güçlü pozisyonu, özellikle düşmanların eleştirilerine ve haksız saldırılarına başka yöntemlerle karşılık vermenin mümkün olduğu hâllerde, ceza davası başlatma konusunda çekimser davranmasını gerekli kılmaktadır. Bununla beraber, kamu düzeninin güvencesi olan devlet yetkililerinin, bu tür durumlara karşı aşırıya gitmeden ve uygun bir şekilde tepki vermeyi amaçlayan tedbirleri -ceza hukuku bağlamında bile olsa- benimsemesi mümkündür. Sonuç olarak, bu tür durumların bir bireye, kamu personeline veya nüfusun bir kesimine karşı şiddet kullanmayı tahrik ettiği hâllerde, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin gerekli olup olmadığı incelenirken devlet yetkilileri daha kapsamlı bir takdir sınırından faydalanırlar.”⁴⁰

E. Değerlendirme

Bu içtihatlar ışığında okunduğunda, toplumda hâkim olan, genel kabul gören, hoş giden, herkesçe benimsenip alkışlanan düşüncelerin dillendirilmesinde yasal veya sosyal bir engel, toplumsal bir baskı olmayacağı göz önüne alındığında, iç hukukta ve uluslararası mevzuatta tanımlanan ifade özgürlüğünün, o toplum açısından, yerleşik

³⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 11662/85 başvuru numaralı ve 23.05.1991 tarihli Oberschlick / Avusturya Kararı.

³⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 21980/93 başvuru numaralı ve 20.05.1999 tarihli Bladet Tromso ve Stensaas / Norveç Kararı.

⁴⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 23556/94 başvuru numaralı ve 08.07.1999 tarihli Ceylan / Türkiye Kararı.

kabullere aykırı, yeni, farklı, uç, can sıkıcı, rahatsız edici düşüncelerin açıklanmasını korumayı amaçladığı anlaşılmaktadır. Bu türde olanlar da dâhil olmak üzere, her türlü bilgi ve fikir bakımından asıl olan ifade hürriyetinin varlığıdır.

Her türlü bilgi ve düşüncenin özgür bir şekilde ifade edilebilmesi, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik esaslarıyla var olan demokrasinin gereğidir. Eleştiri de kaynağını ve meşruiyetini demokrasiye hayat veren bu ilkelerden alır. Kamu yararı bulunan konularda bilgi ve fikirleri yaymak basına düşen bir görevdir. Sadece basının bu tür bilgi ve fikirleri yayma görevi yoktur aynı zamanda halkın da bu bilgi ve fikirleri alma hakkı vardır.

Basın hürriyeti, halka siyasal liderlerin düşünce ve davranışlarını tanıma ve onlar hakkında kanaat oluşturma imkânı verir. Siyasi tartışma özgürlüğü, Sözleşme'nin her noktasına egemen olan demokratik toplum kavramının tam da merkezinde yer alır. O hâlde, bir siyasetçiye yönelik eleştirilerin kabul edilebilir sınırları, özel bir şahsa yönelik eleştiri sınırına göre daha geniştir. Bir siyasetçi, özel şahıstan farklı olarak, her sözünü ve eylemini bilerek ve kaçınılmaz bir biçimde, gazetecilerin ve halkın yakın denetimine açar. Bu nedenle daha geniş bir hoşgörü göstermek zorundadır.

Demokratik bir sistemde hükûmetin eylemleri veya ihmalleri sadece yasama ve yargının denetimine değil aynı zamanda medya ve kamunun da denetimine tabidir. Siyasetçi, kaçınılmaz ve bilinçli olarak, kendisini her kelimesi ve icraatı ile hem gazetecilerin hem de geniş anlamda halkın yakın incelemesine maruz bırakır ve özellikle kendisi, eleştiriye açık kamuyu ilgilendiren açıklamalar yaptığında daha büyük ölçüde hoşgörü sergilemelidir. Hükûmete dair yapılmasına müsaade edilen eleştirinin sınırı, bireyler veya siyasetçiler hakkında yapılan eleştiriye oranla daha geniştir.

Siyasi söylem, eleştiri ve olgusal temele dayalı değer yargıları belli bir ölçüde abartı ve kışkırtma içerebilir. Olumsuz anlam içeren sözler tek başına değil, olayın bağlam ve bütünlüğü içinde ele alınmalıdır.

Başkalarının itibar ve haklarına zarar veren ve gizli bilgileri ifşa eden yayınlarda, ifade özgürlüğünün gazetecilere tanıdığı güvence, gazetecilerin iyi niyet çerçevesinde hareket ederek doğru olgusal temellere dayanmaları ve gazetecilik etiğine uygun biçimde “güvenilir ve kesin bilgiler” sunmaları şartına bağlıdır. Fotoğraf ve görüntüler fikir değil, bilgi değeri taşır. Bilgi içeren ifadelerin tabi olduğu kurallarla değerlendirilir.

Bir haberin, ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilebilmesi için haberin gerçek ve güncel olması, verilisinde kamu ilgi ve kamu yararının olması, olay ile olayın anlatımı arasında fikrî bağ bulunması gerekir. Bu unsurlardan birinin dahi gerçekleşmemesi haber verme ve eleştiri hakkını ortadan kaldırır. Fiili, hukuka aykırı kılar.⁴¹ Gerçek olmayan, tamamen düzmece niteliğindeki haber veya yorumlar hukuka uygunluk sınırı içinde değerlendirilemez. Buradaki gerçeklik, mutlak gerçeklik değildir. Gazetecilik mesleğinin gerektirdiği makul araştırmayla ulaşılan görünür gerçeklik de

⁴¹ Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 18.09.2006 tarihli ve 2005/7706 Esas, 2006/14025 sayılı Kararı.

yeterlidir.⁴² Özel hayata müdahale oluşturan durumlarda, habere yönelik kamu ilgisinin merak veya eğlence saikinden değil kamu yararından kaynaklanması gerekir.⁴³ Diğer kişilerden farklı olarak, siyasi liderlerin hataları her zaman günceldir, bunlar gazetecilik mesleği bakımından haber değeri taşımakta, merak ve eğlence saikiyle bile olsa kamu nezdinde ilgi uyandırmaktadır.⁴⁴ Ancak hukuka uygunluk sebebinin varlığından söz edebilmek için güncellik ve kamu ilgisinin yanında haberin, en azından görünür gerçeğe uygun olması ve verilişinde mutlaka kamu yararı bulunması, olayla olayın anlatımı arasındaki fikrî bağın da koparılmamış olması gerekmektedir.

İfade hürriyetinin genelinde olduğu gibi basın hürriyeti de yalnız muhtevayı değil biçimi de korur. Dolayısıyla hangi haber tekniğinin kullanılması gerektiği konusundaki takdir hakkı da basına aittir. Ancak, özgürlük sınırının aşılması bir suçun işlenmiş olması hâlinde, suçun etkisinin belirlenmesi anlamında kullanılan araç ve yöntemin etki gücü, ifade özgürlüğüne yapılacak müdahalenin tür ve ağırlığını belirleme noktasında dikkate alınır.⁴⁵

İçtihatlarla belirlenmiş bütün bu ilkeler, siyasetçilerin sırf maddi olayın anlatımına ilişkin bilgi içeren ifadeler bakımından değilse bile, olgusal temele dayalı değer yargıları ve eleştiriler karşısında, diğer tanınmış kişilerin de üstünde bir tahammül yükümlülüğü bulunduğunu ortaya koymaktadır. Siyasetçiler içinde ise hükümet üyelerinin üstün konumda bulunmaları, her türlü kitlesel haber araçlarını kullanarak cevap verme imkânına sahip olmaları nedeniyle eleştiriler karşısında daha da esnek olmaları gerektiği dile getirilmektedir. Ancak ifade özgürlüğüne sağlanan bu koruma da sınırsız değildir. Ahlakî ve dinî çerçeve içerisindeki kişisel yargıları aşağılamaya dönük eylemler ile kin ve nefret güden, yıkıcı, saldırgan ifadeler, tamamen düzmece anlatımlar bu korumanın dışında kalır.

Böylesi durumlarda, Anayasa'nın 26/2 ve AİHS'nin 10/2 fıkrasında belirtilen “başkalarının şöhret ve haklarını korumaya” ilişkin meşru amaç gündeme gelir. Bu meşru amacın gerçekleştirilmesi için hangi aracın kullanılması gerektiği hususunda Strazburg Mahkemesince yerleşik bir yöntem geliştirilmiştir. “Üç aşamalı test” adı verilen bu yöntemle göre, ifade özgürlüğüne müdahalenin yapılacağı durumlarda sistematik bir şekilde şu hususların göz önünde bulundurulması gerekmektedir: kanaat, bilgi ve fikir alma. Bilgi ve fikirleri başkasıyla paylaşma unsurlarından oluşan ifade özgürlüğünün hangi ögesine müdahale edildiği somut anlamda belirtilmelidir. Müdahalenin erişilebilir, anlaşılabilir ve keyfi uygulamalara geçit vermeyecek türde bir yasal dayanağı olmalıdır. Müdahale, acil bir toplumsal ihtiyacı karşılamak için, istisnai

⁴² Gökcan, Hasan Tahsin., Yaşar, Osman., Artuç, Mustafa. *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt 5. Ankara. 2014. s. 6604.

⁴³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 40660/08 başvuru numaralı ve 07.02.2012 tarihli Von Hannover / Almanya Kararı.

⁴⁴ Apiş, Özge., Bayındır, Sinan. Bir Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Haber Verme Hakkının Yazılı Basın Yoluyla İşlenen Hakaret Suçları Açısından Değerlendirilmesi. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl 2010, Sayı 91. s. 95.

⁴⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 56925/08 başvuru numaralı ve 29.03.2016 tarihli Bédát / İsviçre Kararı ile aynı Mahkemenin 37428/06 başvuru numaralı ve 13.10.2015 tarihli Bremner / Türkiye Kararı.

hâllerde, ilgili ve yeterli gerekçe gösterilerek başvuru son çare olmalıdır. Getirilecek sınırlamanın, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olması, yani ifade hürriyetinin özüne dokunmaması, etkisiz kılmaması, amacı gerçekleştirmeye elverişli, gerekli ve ölçülü bir araç olması gerekmektedir. Bir başka anlatımla demokratik toplum düzeninin temeli olan siyasi tartışma özgürlüğüne zarar vermemeli; kamu yararı bulunan konularda, söz konusu kişi veya diğer basın mensupları üzerinde meslek etiğine uygun şekilde haber yapmaktan caydırıcı bir etkisi olmamalıdır.

Sonuç

İnsan haklarını koruyan metinleri, içtihat hukukundan bağımsız olarak okumak mümkün değildir zira soyut nitelikteki Anayasa ve Sözleşme hükümleri, içtihatlar yoluyla somutlaşmakta, değişik durumlara ve yeni sorunlara cevap verebilir hâle gelmektedir. Türkiye'nin 1989 yılında zorunlu yargı yetkisini kabul ettiği AİHM, 1979 tarihli Handyside / İngiltere Kararı'yla başlayıp kırk yılda oluşturduğu kavram ve ilkelerle zengin bir içtihat külliyyatının doğmasına yol açmıştır. Bu ilkeler, emsal anlamında değilse bile ilkesel bazda Türk hukukuna güçlü bir ivme kazandırmıştır. Öyle ki Handyside Kararı'nda geçen, “ifade özgürlüğü, sadece, iyi algılanan veya zedeleyici olmayan bilgi ve düşünceler için değil, aynı zamanda, çatışan, şaşırtan veya endişelendiren bilgi ve düşünceler için de geçerlidir” şeklindeki cümle, ifade özgürlüğüne ilişkin davalarda Türk yargısının demirbaş gerekçesi olmuştur. Yine, ifade hürriyetinin kullanılmasında basının ayrıcalıklı rolü, siyasetçinin eleştiri eşliğinin tanınmamış kişilere göre daha yukarıda olması, çatışan haklar arasında adil denge kurulması gibi kavramlar iç hukukumuzla bütünleşmiştir.

Aynı durumu yüksek mahkeme kararlarında görmek ve hatta Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurularda AİHM kararlarını ölçü norm olarak kullanma eğiliminde olduğunu söylemek mümkündür.

İfade özgürlüğünü diğer hakların bir bileşeni olarak gören AİHM, siyasi tartışma özgürlüğünü demokratik toplumun merkezinde görür. Bu nedenle, siyasi söylem, eleştiri ve olgusal temele dayalı değer yargılarının belli bir ölçüde abartı ve kısırtma içermesini “doğal” kabul eder. Ahlakî ve dinî çerçeve içerisindeki kişisel yargıları aşağılamaya dönük eylemler ile kin ve nefret güden, hiçbir olgusal temele dayanmayan yıkıcı ve saldırgan ifadeler, tamamen düzmece haberler bu korumanın dışında kalır. Başkalarının itibar ve haklarına zarar veren ve gizli bilgileri ifşa eden yayınlarda, ifade özgürlüğünün gazetecilere tanıdığı güvence, gazetecilerin iyi niyet çerçevesinde hareket ederek doğru olgusal temellere dayanmaları ve gazetecilik etiğine uygun biçimde “güvenilir ve kesin bilgiler” sunmaları şartına bağlıdır. Kuşkusuz, tamamen yalan bilgiler içeren haberin özelliğine göre, ifade özgürlüğüne yapılacak müdahale de cevap ve düzeltme, erişimin engellenmesi, tazminat talebi ve istisnai hâllerde ise ceza soruşturması açılması şeklinde tezahür edebilir. Basın mensuplarının siyasiler hakkındaki bilgi veya fikir içeren ifadelerine meşru sebeplerle yapılan müdahaleye olabildiğince en az caydırıcı olandan başlanması, cevap ve düzeltmenin ilk tercih, ceza mahkûmiyetinin ise son tercih olarak kullanılması istenmektedir. Demokrasi örtüsü altında demokrasiyi tahrip amaçlı

söylemler dışındaki tüm fikirlerin ve ana belirleyicisi kamu yararı olan tüm bilgilerin hiçbir müdahaleye maruz kalmadan toplum önünde serbestçe tartışılması hedeflenmektedir.

Bu hedef, Hürriyet Kasidesi Şairi'nin 19. asırda söylediği, “Barika-i hakikat müsâdeme-i efkârdan doğar.”⁴⁶ sözüyle oldukça uyumludur.

⁴⁶ Namık Kemal'e ait olan, günümüz Türkçesiyle “hakikat ışığı, farklı fikirlerin çarpışmasından doğar” anlamına gelen bu söz, Anayasa Mahkemesinin 23/01/2014 tarih ve 2013/3602 başvuru numaralı Kararı'nda gerekçe olarak kullanılmıştır.

Kaynakça

Avrupa Konseyi. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*. Ankara. 2007. s. 26.

Avrupa Konseyi. *T.C. Anayasa Mahkemesinin İfade Özgürlüğü Konusunda Verdiği Kararların Özeti*. Ankara. 2015.

Apiş, Özge., Bayındır, Sinan. Bir Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Haber Verme Hakkının Yazılı Basın Yoluyla İşlenen Hakaret Suçları Açısından Değerlendirilmesi. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl 2010, Sayı 91*, s. 67-109.

Doğru, Osman., Nalbant, Halil. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi - Açıklama ve Önemli Kararlar*. Ankara. 2012. (<http://www.insanhaklarihukuku.com/wp-content/uploads/2016/01/İHAS-Açıklama-ve-Önemli-Kararlar-cilt-1-Doğru-Nalbant.pdf>).

Fendoğlu, Hasan Tahsin. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 2016, Sayı 25*. s. 1-20.

Gözler Kemal. *Anayasa Hukukuna Giriş*. Bursa. 2010. s. 153.

Gözlügöl, Sadi Vakkas. Avrupa Kamu Düzeninin Bir Parçası Olarak Çoğulcu Demokrasinin Gerekleri. *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2013, Cilt 3, Sayı 2*, s. 61-74.

Gürbüz, Yaşar. *Anayasalar*. İstanbul. 1981.

Gökcan, Hasan Tahsin., Yaşar, Osman., Artuç, Mustafa. *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt 5*. Ankara. 2014.

İfade Özgürlüğü ile İlgili AIHM Kararları Kaynakçası. AB-AK Ortak Projesi: Ankara 2017.

Macovei, Monica. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz (Avrupa Konseyi yayını). Strazburg. 2001.

Neuberger, Lord. Meleklerin Ayak Basmaya Korktuğu Yer. *İfade Özgürlüğü* kitap bölümü. Ankara. 2012.

Önalp, Ertuğrul. *Geçmişten Günümüze Kıbrıs*. Ankara. 2010.

Özsoy, Şule. ABD Hukukunda Düşüncüyü Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 56, Yıl 2005*. s. 35.

Türk Edebiyat Vakfı. *Devler Konuşuyor, "Cemil Meriç"*. İstanbul. 2008.

Yazır, Elmalılı Muhammed Hamdi. *Kur'an-ı Kerim ve Türkçe Meali*. Ankara. 2013.

**İfade Özgürlüğü Kapsamında
Medyanın Özen Gösterme Yükümlülüğü**

Cemalettin Şimşek

Ankara Cumhuriyet Savcısı

*Okumaktan murat ne
Kişi Hak'kı bilmektir
Çün okudun bilmezsin
Ha bir kuru emektir*

Yunus Emre

Özet

Basın özgürlüğü, demokrasilerin sağlıklı işlemlerini sağlayan vazgeçilmez bir şarttır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de (AİHM), basını “kamunun bekçisi” olarak tanımlamakta ve görevini ise halkın karar alma sürecine katılmasını sağlayarak kamu yararına katkıda bulunacak konulardan halkın haberdar olmasını sağlamak olarak tanımlamaktadır. AİHM bu bakımdan basın özgürlüğüne ayrı bir değer vermek suretiyle halkın bilgi edinme hakkı çerçevesinde görevini ifa ederken belirli bir ölçüde abartılı hatta tahrik edici bir üslup kullanmasının mümkün olduğunu tespit etmiştir.

AİHM kararlarına bakıldığında basının hareket alanı, siyasetçileri ve hükûmeti eleştirmesi, kamu yararına olduğu müddetçe oldukça geniş yorumlanmıştır. Diğer bir deyişle siyasetçiler siyasete girmekle kendilerini basın ve kamunun tartışmasına açarlar.

İfade özgürlüğünün en önemli alanı olan basın özgürlüğü, demokratik bir toplumun temel ögesi olmakla birlikte bu hakkın da sınırları bulunmaktadır. AİHM; basın tarafından yapılan şiddete teşvik, ırkçı söylemler, kişilik haklarına saldırı, özel hayatın ihlali gibi durumlar söz konusu olduğunda basın özgürlüğünün sınırlanabileceğini kabul etmektedir. Ancak Mahkeme, basının demokrasilerdeki kamu bekçiliği görevi ile bireylerin kişilik haklarının çatışması durumunda ifade özgürlüğü ile itibar hakkı arasında adil bir denge kurulması gerektiği görüşünü içtihat hâline getirmiştir. Basına uygulanacak müeyyidelerin, basına biçilen değer ve önem nedeni ile orantılı olmasının yanı sıra caydırıcı etki oluşturmamasını da öngörmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS), ifade özgürlüğünün tanımının yapıldığı 10. maddesinde “görev ve sorumlulukları” dâhilinde olduğu belirtilerek hem devletlere hem de bu hakkı kullananlara birtakım ödevler yüklediğini görmekteyiz. Bu hakkı kullanan basına yüklenen en önemli sorumluluklar ise iyi niyetli davranmak, etik kurallara uygun olarak güvenilir ve doğru haber vermektir. Hatta bireylerin özel hayatı ve itibar hakkı söz konusu olduğunda basının daha hassas ve daha dikkatli ve sorumlu davranması gerekmektedir. Basının özen gösterme yükümlülüğü çerçevesinde yayımladığı haber ve bilgilerin doğruluğunu teyit amacı ile kamuya sunmadan önce kontrol etme yükümlülüğünün de bulunduğunu söylemek mümkündür.

Abstract

Freedom of press is an indispensable condition for the well-functioning of democracies. The European Court of Human Rights identifies the press as a public watchdog. The task of the press is to inform the public about the issues that concern their interest by ensuring their participation in decision-making processes. On the other hand, while performing its duties within the scope of public's right to information, it is possible that the press sometimes uses an exaggerated even a provocative tone up to a certain extent.

The ECHR interprets freedom of press in a very broad manner as long as criticism against the politicians and government is for the public interest. In other words, politicians by entering into politics expose themselves to the debate of the press and the public.

While freedom of press, the most important element of freedom of expression, is essential for a democratic society; it contains restrictions. The ECHR agrees that freedom of press can be restricted in case of incitement to violence, racist speech, attack on personal rights, violation of private life etc. However, the ECHR also stipulates that the press should make a balance between freedom of expression and right to reputation, and foresees proportionality in the penalties.

Article 10 of ECHR on right to freedom of expression, which also defines duties and responsibilities, suggests that press should act in good will and ethically in providing accurate information for public especially when it is about right to private life and right to reputation. Therefore, it is possible to suggest that the press is subject to verify the information before publication and broadcasting.

Giriş

İfade özgürlüğünün en önemli alanı basın özgürlüğüdür. Basın, kamu nezdinde dördüncü kuvvet olarak adlandırılmış ve modern hayatın bir parçası hâline gelmiştir zira her gün basın yayın organlarının sunduğu birçok eser ile karşı karşıya bulunmaktayız. Gündem âdeta basın tarafından belirlenmektedir. Tartışma konumuz, dinleyeceğimiz müzik, izleyeceğimiz film gibi uzayıp giden ve günlük hayatta gerçekleştirdiğimiz birçok aktiviteyi artık basın belirlemektedir. Bu derecede yaşantımıza dâhil olan basın başıboş bırakılabilir mi? Basın özgürlüğünün bazen kanunla sınırlandırıldığı durumlar söz konusu olsa bile medyanın bu sınırlamalar dışında uyması gereken birtakım kurallar, yükümlülükler ve sorumlulukları var mıdır? Biz bu makalede basın özgürlüğünün nispi bir hak olması nedeni ile çeşitli sebeplerle sınırlandırılmasının kabul edilmesinin yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve Anayasa Mahkemesi içtihatları ile tespit edilen basın ve medya mensuplarına has yükümlülükleri ve işte bu bağlamda basının özen yükümlülüğünü incelemeye çalıştık.

1- İfade ve Basın Özgürlüğü

The Times gazetesinin 19/04/2012 tarihli baskısında bulunan başyazının manşeti “Avrupa’nın Saray Soyтарыları” cümlesidir. Bu manşetle başlayan haberin altında yer alan “İçişleri Bakanlığının tarihleri karıştırması üzerine Ebu Katada tekrar kazanınca Britanya, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinden çıkma tehdidinde bulundu.” şeklindeki bilgi okuyucularla paylaşılmıştı. Haberde, Mahkeme hâkimlerinden bazılarının görüldüğü kocaman bir fotoğraf bulunmakta, fotoğrafın altında ise Mahkeme Başkanının bir konferanstaki sözünden yapılan alıntıya yer verilmektedir.

The Times, gazete haber ve yorumlarında AİHM yargıçlarına geniş bir yer ayırmış, AİHM hâkimlerini bu şekilde eleştirmişti. Aynı gazetenin ikinci sayfasında, başyazarlar tarafından manşet konusu ayrıntılı olarak ele alınmakta ve bu yazılardan birinde, “Geciken adalet, AİHM adaleti çoğu zaman frenliyor, Britanya’nın bu otoriteye saygı göstermesine devam etmesi isteniyorsa Mahkemenin çalışmasını hızlandıracak acil bir reforma ihtiyacı bulunuyor.” şeklinde bir yoruma yer verilmektedir.

Gazetede bu yazılarla AİHM yargıçları eleştirilirken bir taraftan da Mahkeme başkanlığı yapan Nicolas Bratza’nın kısa öz geçmişi hakkındaki yazıda “Yaş 67, AİHM’nin İngiliz Başkanı, Londra’ya 1. Dünya Savaşı’ndan sonra gelmiş, Sırp bir konser kemancısının oğludur. Yüksek Mahkeme yargıçlarından daha yetkili bir konumda olan Bratza, İngiltere’de hiçbir zaman üst düzey bir yargıç makamına sahip olmamıştır.” şeklindeki görüşler kamunun dikkatine sunulmuştur.

AİHM yargıçlarından “Avrupa’nın Saray Soyтарыları”¹ olarak bahseden haberi yorumlayan AİHM Yargıcı Egbert Myjer, ifade özgürlüğü ve özellikle gazetecilerin

¹ Yazar, yukarıda bahsedilen makalesinde Saray Soyтарыlarına ilişkin bir de açıklamaya yer vermiştir. Bu açıklamaya göre; edebiyatta saray soyтары sağduyunun ve dürüstlüğün sembolüdür. Shakespeare’in *Kral Lear* adlı eserinde saray soyтары, krala karşı açık yüreklilikle konuşabilen ve alaycı davranabilme yetkisinden faydalanarak her türlü eleştirel gözlemde bulunabilen bilge bir karakterdir. Gerçekleri

ödev ve sorumluluklarını incelediği makalesinde² şu görüşlere yer vermiştir: “Ne yalan söyleyeyim, ‘The Times’teki haberi görünce ilk başta ne düşüneceğimi bilemedim. İlk tepkim kendimi incinmiş, sarsılmış ve rahatsız hissetmek oldu fakat sonra mantıklı düşünmeye başladım. Bu haber benim Hollandalı biri olarak hiçbir zaman tam olarak anlayamayacağım tipik İngiliz mizah anlayışının örneği idi. Avrupa’nın Saray Soytarıları lafı olumlu bir anlamda yani Uluslararası Hükümlülükler hakkında açık yüreklilikle bir şeyler söylemeye, faydalı eleştirel gözlem ve değerlendirmelere cesaret edebilen tek bilge Avrupalı karaktere atıfta bulunur bir tarzda kullanılmış olabilir miydi yoksa benim hiç farkında olmadığım bir İngiliz gazetecilik geleneğinden mi kaynaklanıyordu bu haber? İngiliz gazeteleri Mahkemeyi tahkir konusundaki geleneksel hukuk kavramıyla bağlı olmadığında yargıçlar hakkında sürekli böyle haberler mi yapıyorlardı? Mahkemeyi kendi silahıyla mı vuruyorlardı veya Hollandaca da bizim dediğimiz gibi, kendi hamurunda yoğrulmuş bisküvi mi veriyorlardı?”

AIHM Yargıcı Egbert Myjer bu haberin kendisini şok ettiğini ama olumlu bir yanının da olduğunu söylemiş; haberin Mahkemeyi ve yargıçları tahkir yani alay konusu etmesinden ziyade faydalı bir eleştiri olup olmadığı konusunda ikilemde kaldığını belirtmiştir.

Bu ikilemi ortadan kaldırmak için sorulacak ilk soru, “The Times gazetesinde yer alan bu haber ve yorumlar basın özgürlüğü çerçevesinde mi yayımlanmıştır?” sorusu olacaktır. Basın mensuplarının, bu haberde olduğu gibi, yargı organının otoritesi, kişilerin itibarı, özel hayatı konularında veya toplumsal çatışma ve şiddetin söz konusu olduğu dönemlerde üstlenmeleri gereken görev ve sorumlulukları var mıdır? Varsa gazeteciler bu durumlarda haber ve bilgi verirken, yorum yaparken nelere dikkat etmelidirler?

İfade özgürlüğü zor bir konudur. Aynı anlamda kullanılan düşünce hürriyeti tabiri Anayasamızda kullanılmıştır. İfade özgürlüğü, kanaat sahibi olmak ve kanaatleri başkalarına özgürce aktarmak ve başkalarının düşüncelerine serbestçe ulaşmaktır. İfade özgürlüğünün birçok tanımı yapılmış ise de zikrettiğimiz bu üç unsura mutlaka yer verilmiştir.

İfade özgürlüğünün en önemli alanlarından biri basın özgürlüğüdür. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 10. maddesi açıkça basın özgürlüğünden bahsetmemekle birlikte, maddede yer alan özgürlüklerden yararlanmak konusunda basına özel bir statü tanıyan bir dizi ilke ve kural getiren kapsamlı bir içtihat geliştirmiş bulunmaktadır. Basının siyasetin denetçisi (bekçisi) olma rolü Mahkeme tarafından ilk kez Lingens / Avusturya Kararı’nda (Başvuru No. 9815/82, Karar tarihi: 08/07/1986) vurgulanmıştır.

genellikle paragrafların, bilmecelerin ve şarkıların içerisinde dile getirir. Krala karşı açık yüreklilikle konuşmaya cesaret eden diğer herkes gibi soytarının başı da ciddi anlamda derde girebilmekte, Kral Lear’in kendi sözlerinden anlaşılabileceği üzere bazen soytarı da cezaya çarptırılabilir. Ancak ve ancak sarayın en aşağı kademesindeki soytarı kralın en faydalı danışmanı olabilir. Soytarının acı gerçekleri dile getirme özgürlüğü daha fazlaydı. Çünkü insanlar onun konuşmalarını ciddiye almıyordu. Dile getirdiği gerçeklere şakaymış gibi gülünüp geçilebiliyordu.

² Avrupa Konseyi Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirmesi AB-AK Ortak Projesi. Baskı Matbam Ajans Reklam Tanıtım. Eylül 2012. Sayfa 103.

Demokratik toplumlarda basının en önemli görevi, kamu yararını ilgilendiren olay ve konularda haber ve bilgi vermek, açıklamalar yapmak, eleştiri ve değer yargıları sunmak suretiyle toplumu aydınlatmak ve kamuoyu oluşturmaktır.

Anayasa Mahkemesi (AYM) de Erdem Gül ve Can Dündar (Başvuru Numarası: 2015/18567) Kararı'nda basın özgürlüğü konusunda benzer bir görüş ortaya koymuştur. Karar şöyledir:

“85. Anayasa Mahkemesinin birçok kararında ifade ve basın özgürlüklerine ilişkin temel ilkeler ayrıntılı olarak belirtilmiştir (Fatih Taş [GK], B. No. 2013/1461, 12/11/2014, §§ 57-67, 80, 94; Bekir Coşkun [GK], B. No. 2014/12151, 04/06/2015, §§ 30-38; Ali Rıza Üçer (2) [GK], B. No. 2013/8598, 02/07/2015, §§ 30-33; Ergün Poyraz (2) [GK], B. No. 2013/8503, 27/10/2015, §§ 33-39; Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret AŞ [GK], B. No. 2013/2623, 11/11/2015, § 44).

86. İfade özgürlüğü demokratik bir toplumun temel taşlarından ve toplumun ilerlemesinin ve bireylerin gelişmesinin temel şartlarından biridir. İfade özgürlüğü sadece hoş giden veya insanları incitmeyen veya önemsenmeyen ‘bilgi’ ve ‘düşünceler’ için değil, devleti veya toplumun herhangi bir kesimini inciten, sarsan veya rahatsız eden bilgi ve düşünceler için de geçerlidir. Demokratik toplumun olmazsa olmaz koşullarını oluşturan çoğulculuk, hoşgörü ve açık görüşlülük bunu gerektirmektedir (Handyside / Birleşik Krallık, B. No. 5493/72, 24/09/1976, § 49). Toplumsal ve siyasal çoğulculuğun varlığı, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifade edilebilmesine bağlıdır (Emin Aydın, B. No. 2013/2602, 23/01/2014, § 41).

87. İfade özgürlüğünün özel bir görünümü olan basın özgürlüğü ise sadece basının haber verme ve yayma hakkını koruyan bir özgürlük değildir. Basın özgürlüğü demokratik çoğulculuğun sağlanabilmesi açısından halkın haber ve fikirlere ulaşma özgürlüğüyle de doğrudan ilgilidir. Özellikle halkın kendisini ilgilendiren tartışmalar kapsamındaki haber ve fikirlere ulaşmasına imkân tanınarak bu tür tartışmalara katılımının sağlanması demokratik çoğulculuk için vazgeçilmez niteliktedir. Bu bağlamda basının -gazetecilik etiği çerçevesinde- kamunun ‘gözetleyicisi’ olarak haber ve kanaatleri yayabilmesi demokratik bir devlette şeffaflık ve hesap verilebilirliğin sağlanmasına da katkıda bulunur (benzer yönde AIHM kararları için bk. Von Hannover / Almanya [No. 2] [BD], B. No. 40660/08 ve 60641/08, 07/02/2012, § 102; Bladet Tromsø ve Stensaas / Norveç [BD], B. No. 21980/93, 20/05/1999, §§ 59, 62; Pedersen ve Baadsgaard / Danimarka [BD], B. No. 49017/99, 17/12/2004, § 71). Sağlıklı bir demokrasi, kamu makamlarının yalnızca yasama organı veya yargı organları tarafından değil sivil toplum örgütleri ve basın veya siyasi partiler gibi siyasal alanda yer alan diğer aktörlerce de denetlenmesini gerektirir [Ali Rıza Üçer (2), § 55].”

Mahkeme bir başka kararında ise şu görüşleri ortaya koymuştur:

“Anayasa’nın 26. maddesinde ifade özgürlüğünün kullanımında başvurulabilecek araçlar ‘söz, yazı, resim veya başka yollar’ olarak ifade edilmiş ve ‘başka yollar’ ifadesiyle her türlü ifade aracının Anayasal koruma altında olduğu gösterilmiştir (Emin

Aydın [GK], B. No. 2013/2602, 23/01/2014, § 43). İfade özgürlüğü, Anayasa'da yer alan diğer hak ve özgürlüklerin önemli bir kısmını doğrudan etkiler. Gerçekten de gazete, dergi veya kitap biçiminde basın yayın yoluyla düşüncenin yayılmasının başlıca aracı olan basın da ifade özgürlüğünün kullanılma biçimlerinden biridir (Abdullah Öcalan [GK], B. No. 2013/409, 25/06/2014, § 73).

31. Anayasa'da basın özgürlüğüne ilişkin olarak daha ayrıntılı düzenlemeler de yer almıştır. Basın özgürlüğü alanındaki temel düzenleme Anayasa'nın 28. maddesinde yer almaktadır. Anayasa'nın 28. maddesine ilave olarak 29. maddede süreli ve süresiz yayın hakkına, 30. maddede basın araçlarının korunmasına yer verilmiştir. Anayasa'nın 31. maddesinde ise kamu tüzel kişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkı düzenlenmiştir.

32. Anayasa'nın 28. maddesinin birinci fıkrasında basının hür olduğu ve sansür edilemeyeceği, üçüncü fıkrasında basın ve haber alma özgürlüğü bakımından devletin pozitif yükümlülüklerinin bulunduğu belirtilmiştir. Anayasa'nın 28. maddesinin dördüncü fıkrasında ise basın özgürlüğünün sınırlandırılmasında Anayasa'nın 26 ve 27. maddeleri hükümlerinin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Düşünce ve kanaatlerin özel bir ifade biçimini koruyan basın özgürlüğüne ilişkin bireysel başvuruların bu konuyu özel olarak düzenleyen Anayasa'nın 28. maddesi kapsamında incelenmesi gerekmele birlikte Anayasa'nın bütünlüğü ilkesi uyarınca konuya ilişkin diğer maddeler de bu inceleme kapsamında gözetilmelidir. Bu çerçevede 28. madde ile Anayasa'nın ifade özgürlüğüne ilişkin 26. maddesinin somut başvuru yönünden birlikte dikkate alınması gerekmektedir. İfade özgürlüğü ile basın özgürlüğü arasındaki sıkı ilişki dolayısıyla, mevcut başvuruda, basın yayın yoluyla düşüncenin yayılmasına yapılan müdahale iddialarının incelenmesinde basın özgürlüğünü de kapsayan 'ifade özgürlüğü' kavramı esas alınmıştır.

33. Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrasında vurgulandığı üzere ifade özgürlüğü, herkesin söz, yazı, resim veya başka yollarla düşünce ve kanaatlerini açıklama ve yayma hakkını ve buna bağlı olarak haber veya görüş alma ve verme özgürlüklerini kapsamaktadır. Bu çerçevede ifade özgürlüğü, kişinin haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine serbestçe ulaşabilmesi, düşünce ve kanaatlerinden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir.

34. Basın özgürlüğünü kapsayan ifade özgürlüğü; gazete, dergi, kitap gibi araçlar ile düşünce ve kanaatleri açıklama, yorumlama, bilgi, haber ve eleştirilerin yayın ve dağıtım haklarını kapsar. İfade özgürlüğü düşüncenin iletilmesini ve dolaşımını gerçekleştirerek bireyin ve toplumun bilgilenmesini sağlar. Çoğunluğa muhalif olanlar da dâhil olmak üzere düşüncelerin her türlü araçla açıklanması, açıklanan düşünceye paydaş sağlanması, düşüncüyü gerçekleştirme ve gerçekleştirme konusunda başkalarını ikna etme çabaları çoğulcu demokratik düzenin gereklerindendir. Bu itibarla düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğü ile basın özgürlüğü demokrasinin işleyişi için yaşamsal önemdedir (bk. Abdullah Öcalan, § 74).

35. Bu bağlamda toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır. Aynı şekilde birey, özgün kişiliğini düşüncelerini serbestçe ifade edebildiği ve tartışabildiği bir ortamda gerçekleştirebilir. İfade özgürlüğü, kendimizi ve başkalarını tanımlamada, anlamada ve algılamada, bu çerçevede başkalarıyla ilişkilerimizi belirlemede ihtiyaç duyduğumuz bir değerdir (Emin Aydın, § 41).

36. Anayasa'nın 26 ve 28. maddelerinin birinci fıkraları, ifade özgürlüğüne içerik bakımından bir sınırlama getirmemiştir. Başka bir deyişle hem gerçek hem de tüzel kişiler için geçerli olan ifade özgürlüğü siyasi, sanatsal, akademik veya ticari düşünce ve kanaat açıklamaları gibi her türlü ifadeyi kapsamına almaktadır. Açıklanan ve yayılan bir düşüncenin, içeriğinden hareketle kişiler ve toplum açısından 'değerli-değersiz' veya 'yararlı-yararsız' biçiminde ayrıştırılması subjektif unsurlar ihtiva eder. Bu değerlendirmelerden hareketle ifade özgürlüğünün alanının belirlenmeye çalışılması bu özgürlüğün keyfî biçimde sınırlandırılması sonucunu doğurabilecektir. İfade özgürlüğü, başkaları açısından 'değersiz' veya 'yararsız' görülen düşüncelerin açıklanması ve yayılması özgürlüğünü de içermektedir.”

AYM'nin yukarıdaki kararında görüldüğü gibi basının icra ettiği bu görev nedeniyle kendisine bazı ayrıcalıklı haklar tanınmıştır. Birincisi, “haber verme hakkı ve görevi” diğeri ise “denetim ve eleştirme” görevidir. Basın özgürce haber toplamalı, bunları yorumlamak suretiyle eleştirebilmeli ve bu düşüncelerini haber, eleştiri ve yorum olarak basabilmeli ve yayabilmelidir. Basın, toplumu ilgilendiren olaylar hakkında vatandaşları objektif ve gerçekleri yansıtacak biçimde aydınlatmakla yükümlü olup bireyleri, içinde yaşadıkları toplumun ve tüm insanlığın sorunları hakkında bilinçlendirmekle görevlidir. Basının bir başka görevi de yöneticileri eleştirmek ve uyarmak, halkı düşünceye sevk edecek şekilde tartışmalar açmaktır. Basının, olayları haber verme hakkı yanında, denetim ve eleştiri hakkı ve ödevi de vardır. Bu nedenle bilgiye rahatça ulaşması gerekir.

AİHM de basına verdiği önem nedeni ile basına birtakım ayrıcalıklar tanımakta ve kararlarında bu hususlara değinmektedir. Örneğin, AİHS'nin 10. maddesi kapsamındaki haber alma özgürlüğü hakkı esasen, hükümetleri, bir kişinin, başkalarının vermek istediği veya isteyebileceği bilgileri almasını kısıtlamaktan men etmek olarak yorumlanmaktadır. AİHM ayrıca gazetecilerin bilgiye erişim hakkının önemini de teslim ederek şu tespitlerde bulunmuştur:

a) Bilgi toplama gazetecilikte önemli bir aşamadır ve basın özgürlüğünün doğasında olan, korumalı bir parçasıdır.

b) Kamu yararına olan bilgilere erişime mâni olmak amacıyla koyulan engeller, medyada veya ilgili alanlarda çalışanları söz konusu mevzuları takip etmekten caydırabilir. Bunun sonucu olarak, son derece önemli olan “kamu bekçiliği” rollerini daha fazla üstlenemeyebilirler veya doğru ve güvenilir bilgi sağlama yetileri olumsuz yönde etkilenebilir.

c) Yetkililerin bilgi toplamanın önüne engeller çıkarması hâlinde kanunlar, bir nevi dolaylı sansür hâline gelebilecek keyfî kısıtlamalara izin veremez (Társasága Szabadságjogokért / Macaristan Kararı, Başvuru No. 37374/05).

AIHM belki de biraz daha ileri giderek medya mensuplarının gizli kamera kullanabileceklerini kabul etmiştir.

Gazeteciler, devlet tarafından hukuki bir sonuç yaratılmaksızın, gizli kamera kullanarak bilgi toplayabilmelidir. Gizli kamera kullanarak bir röportajı kaydeden ve yayımlayan dört gazetecinin tutuklanmasına ilişkin Haldimann ve diğerleri / İsviçre Davası'nda (Başvuru No. 21830/09), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi altıya bir oyla İsviçre makamlarının, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ifade özgürlüğüne ilişkin 10. maddesi çerçevesinde korunan gazeteci haklarını ihlal ettikleri sonucuna varmıştır.

Mahkeme, gazeteciler tarafından gizli kamera kullanımının kamuya genel bir konu hakkında bilgi vermeyi hedeflediğini, kaydedilen kişinin hiçbir şekilde kişisel olarak değil profesyonel bir aracı olarak hedef alındığını vurgulamıştır. Mahkemeye göre aracının özel hayatına yapılan müdahale, sigorta aracılığı alanındaki kötü uygulamaların ortaya çıkarılmasına ilişkin bilgilerdeki kamu menfaatini açacak derecede ciddi düzeyde değildir.

Gazetecilik kaynaklarının korunması, bazı Sözleşme'ye Taraf Devletlerdeki kanun ve meslek etiği kurallarında yansıtıldığı ve gazetecilerin özgürlüğüne ilişkin çeşitli uluslararası belgelerde vurgulandığı üzere basın özgürlüğünün temel koşullarından birisidir (Shapovalov / Ukrayna Kararı, Başvuru No. 45835/05). Gazetecilerin kendi kaynaklarını koruma hakları Sözleşme'nin 10. maddesi ile koruma altına alınan "kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın bilgi ve görüşlerin alınması ve açıklanması" özgürlüğünün bir parçasıdır. Bu hak, basın özgürlüğünün mihenk taşıdır ve o olmadan bilgi kaynakları, kamuyu ilgilendiren konularda bilgilendirme yapmak konusunda basına yardımcı olmaktan vazgeçebilmektedir (Sanoma Uitgevers B. V. / Hollanda, Başvuru No. 38224/03).

Gazeteci kaynaklarının açıklanmasını gerektiren emirler, kamu yararına yönelik her şeyin üstündedir. Sanoma Uitgevers B. V. / Hollanda Davası'nda (Başvuru No. 38224/03) Büyük Daire, gazeteciler tarafından, başvuru sahibi şirketin sahip olduğu bir araba dergisi için çekilen yasa dışı sokak yarışı fotoğraflarını içeren bir CD-ROM'a polis tarafından el konulmasını değerlendirmiştir. El koymanın gerekçesi Ceza Muhakemesi Kanunu olmuştur. Fakat iç hukuk düzenlemesi, özgürlüğe müdahale olup olmadığını test etmek için mahkeme tarafından uygulanan üç aşamalı testin ilk sorusu olan "kanunda öngörülmüş" olma testini geçecek kadar yeterli görülmemiştir. Mahkeme, gazetecilerin haber kaynaklarını ifşa etmelerini gerektiren mahkeme emirlerinin bir hâkim veya başka bir bağımsız ve tarafsız karar verici makam tarafından incelenme garantisine tabi olması gerektiğini vurgulamıştır.

Böylesi bir inceleme için şu gereklilikler söz konusudur:

a) Söz konusu inceleme, yürütmeden ve ilgili taraflardan ayrı bir organ tarafından yapılmalıdır; bu organ, ilgili bilginin verilmesinden önce gazetecilerin haber kaynaklarının korunması ilkesine ağır basan kamu menfaatine ilişkin bir gereklilik olup olmadığını karara bağlayabilmeli, böyle bir menfaat yoksa haber kaynağının kimliğini ortaya çıkarabilecek bilgiye gereksiz erişimi engelleyebilmelidir.

b) İncelemenin ancak, söz konusu kaynakları açığa çıkarabilecek malzemenin verilmesinin ardından yapılması, gizlilik hakkının özüne zarar verecektir.

c) Kaynağın ifşa edilmesini isteyen makamların argümanlarının düzgün bir şekilde değerlendirilebilmesi için, herhangi bir ifşada bulunmadan önce potansiyel riskler ve ilgili çıkarlar, ifşa edilmesi istenen materyaller göz önünde bulundurularak tartılmalıdır.

d) İnceleme, daha az müdahaleci bir tedbirin yeterli olup olmayacağı hususu da dâhil olmak üzere, açık ve net kriterler doğrultusunda yürütülmelidir.

e) Hâkim veya başka bir yetkilinin, haber kaynaklarının, elde tutulan materyalde spesifik olarak isimleri geçsin veya geçmesin, söz konusu materyalin bildirilmesinin gazetecilerin kaynaklarının kimliğini tehlikeye atma yönünde ciddi bir risk oluşturması gerekçesiyle, açığa çıkmaktan korunması için, ifşa emri vermeyi reddetmesi yahut sınırlı veya nitelikli bir emir verebilmesi mümkün olmalıdır ve acil durumlarda, ilgili materyalin yetkililer tarafından kullanılmasından önce, kaynakların tanınmasına neden olabilecek bilgilerin, bu türden bir risk taşımayan bilgilerden ayırt edilmesi ve ayrı tutulmasına ilişkin bir prosedür olmalıdır.

Mahkeme bir içtihadında, haber kaynaklarının belirlenmesinin bunlar üzerinde bir “caydırıcı etki” yaratabileceğine dikkat çekmektedir. Hiç kimse, soruşturmacılar tarafından kimliğinin ortaya çıkarılabileceğini bile bile muhbir veya usulsüzlüğü açığa çıkaran kişi olmak istemeyecektir (Financial Times Ltd ve diğerleri / Birleşik Krallık Davası (Başvuru No. 821/03).

Gazetecilik amaçlı iletişimlerin izlenmesi tehlikesi mevcut ise gazetecilik kaynaklarının ifşa edilmesi veya telefonla bilgi vermek istenmeyeceği anlamına geleceğinden devlet tarafından yapılan gizli takipler gazetecilerin ifade özgürlüğüne müdahaleye neden olabilmektedir. Verilerin başka yetkililere iletilmesi, yok edilmesi veya izleme tedbirlerinin gazeteciye bildirilmemesi neticesinde kaynakların gizliliği zarar görebilmektedir (Weber ve Saravia / Almanya (Başvuru No. 54934/00).

Arama ve el koyma işlemleri Sözleşme’nin 8. maddesine (özel ve aile hayatına saygı hakkı) uygun olmalıdır. Kaynakları koruma yükümlülüğünden dolayı, yayınevi içtihadta “konut” olarak kabul edilmiş ve Sözleşme’nin 8. maddesi çerçevesinde korunmuştur. Yayınevlerinde yapılacak aramalar gereklilik arz edip orantılı olmalı ve amacı bir yazının yazarının adını ortaya çıkarmak olmamalıdır (Saint-Paul Luxembourg S. A. / Lüksemburg (Başvuru No. 26419/10).

Devlet gösterilerde gazeteciler için özel bir koruma sağlamalıdır. Gösteri hakkında haber yapan gazeteciler özel bir yerde bulunmalıdır. Gazeteciler, kamu düzenini

korumakla görevli polisin kararlarına riayet etmelidir (Pentikainen / Finlandiya, Başvuru No. 11882/10). Uluslararası rehberlerde, özellikle AGİT Gazetecilerin Güvenliği Rehberi'nde öngörülen şekilde, gazeteciler³ kol bandı kullanarak gösterilerde görünür olmalıdır.

Gösterilerde gazetecilere karşı güç kullanımı ve gazetecilerin alıkonulması, AIHM içtihadında yasaklanmıştır (Najafli / Azerbaycan, Başvuru No. 2594/07).

2- Basın Özgürlüğünün Sınırlandırılması ve Özen Yükümlülüğü

A- Genel bir değerlendirme

İfade özgürlüğü ve dolayısıyla basın özgürlüğü mutlak haklar olmayıp sınırlanabilir niteliktedir. AIHS 10/2 maddesinde hangi hâllerde bu sınırlamaların yapılabileceği yer almıştır. Sözü edilen madde şöyledir:

“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.”

İfade özgürlüğüne getirilen sınırlamaları değerlendirirken AIHM gibi AYM de üç aşamalı bir test uygulamaktadır. İlk olarak Mahkeme, söz konusu müdahalenin kanunla yani Meclisin yapmış olduğu yasa ile öngörülmüş olup olmadığına karar vermektedir. İkinci olarak, özgürlüğün kısıtlanmasında meşru bir amacın varlığını incelemektedir. Üçüncü olarak ise Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadına atıfta bulunmak suretiyle demokratik gereklilik şartını uygulamaktadır. AYM, ifade özgürlüğünün, demokratik bir toplumun temel yapı taşlarından birisi olduğunu sürekli olarak vurgulamıştır. Bu nedenle, ifade özgürlüğünü sınırlandırmak için kamu idaresi, böyle bir sınırlandırmayı gerektiren zorunlu bir toplumsal ihtiyacın yani zorlayıcı sebeplerin mevcudiyetini kanıtlamak durumundadır.⁴

Anayasamızın ifade özgürlüğüne ilişkin 26. maddesinin ikinci fıkrasında sınırlama sebeplerine yer verilmiştir. Basın özgürlüğünün sınırlandırılmasında ise kural olarak 28. maddenin dördüncü fıkrası gereğince Anayasa'nın 26 ve 27. maddeleri hükümleri uygulanacaktır. Bundan başka basın özgürlüğünün sınırlandırılmasında 28. maddenin beşinci, yedinci ve dokuzuncu fıkralarında bazı özel sınırlama sebeplerine yer verilmiştir. Mevcut başvuruya benzer başvurularda Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan sınırlama sebepleri dikkate alınmalıdır. Bu sınırlandırmanın yanı sıra

³ Erişim için: <https://www.osce.org/fom/85777?download=true>

⁴ AYM Başkanı Prof. Dr. Zühtü Arslan'ın, İfade Özgürlüğüne İlişkin Avrupa Konseyi Konferansı katılımında yaptığı konuşma: (http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/etkinlikler/pdf/baskankonusma_16102015.pdf Erişim tarihi: 13.03.2017)

basının sorumluluk bilinci ile hareket etmesi gerektiği AİHM ve AYM tarafından ayrıca belirtilmiştir.

Kadir Sağdıç başvurusunda (B. No. 2013/6617, 08/04/2015) AYM şu gerekçelere yer vermiştir:

“53. Sosyal görevini yerine getirebilmesi için basın özgür olması kadar sorumluluk bilinci ile hareket etmesi de şarttır. Basın özgürlüğünde belli ölçüde abartıya ve hatta tahrik yoluna başvurmak mümkün olsa da (Prager ve Oberschlick / Avusturya, B. No. 15974/90, 26/04/1995, § 38) bu özgürlük aynı zamanda ilgililerin, meslek ahlakına saygı göstererek doğru ve güvenilir bilgi verecek şekilde ve iyi niyetli olarak hareket etmelerini de zorunlu kılmaktadır (Bladet Tromso ve Stensaas / Norveç [BD], B. No. 21980/93, 10/05/1999, § 65; bk. İlhan Cihaner, § 60).

54. Hakikaten kötü niyetli olarak gerçeğin çarpıtılması bazen kabul edilebilir eleştiri sınırlarını aşabilir. Gerçeğe uygun bir beyana, kamu nezdinde yanlış bir imaj oluşturabilecek vurgular, değer yargıları, varsayımlar hatta imalar eşlik edebilmektedir. Dolayısıyla haber verme görevi, zorunlu olarak ödev ve sorumluluklar ve basın kuruluşlarının kendiliğinden uymaları gereken sınırlar içermektedir. Bu durum özellikle basında yer alan söylemlerde isimleri zikredilen kişilerin ciddi şekilde itham edilmeleri hâllerinde geçerlidir (bk. İlhan Cihaner, § 61; AİHM kararı için bk. Mater / Türkiye, B. No. 54997/08, 16/07/2013, § 54-55).

55. Sınırlanabilir birer hak olan ifade özgürlüğü ile onu tamamlayan ve onun kullanılmasını sağlayan basın özgürlüğü, Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlükleri sınırlama rejimine tabidir. Anayasa’nın 28. maddesinin dördüncü fıkrasında basın özgürlüğünün sınırlanmasında 26 ve 27. madde hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Böylece basın özgürlüğü, ifade özgürlüğü ile ilgili genel hüküm niteliğindeki 26. maddedeki ve sanatsal ve akademik ifadelerle ilgili 27. maddedeki sınırlama rejimine tabi tutulmuştur. Basın özgürlüğüne yönelik diğer sınırlamalar ise 28. maddenin beşinci ve izleyen fıkralarında yer almıştır (Abdullah Öcalan, § 76). Basının, Anayasa’nın 26, 27 ve 28. maddelerinde sayılan sınırlandırmalardan biri olan ‘başkalarının şöhret veya haklarının, özel veya aile hayatlarının’ korunması için konmuş olan sınırlandırmalara uyması gerekir (bk. İlhan Cihaner, § 62).”

Konuyla ilgili olarak AİHM Yargıcı Egbert Myjer’in, *İfade Özgürlüğü* isimli kitapta yayımlanan makalesinde⁵ gazetecilerin görev ve sorumlulukları ile ilgili, Uluslararası Gazeteciler Federasyonu Eski Genel Sekreteri Aidan White’in bir yazısından yaptığı alıntı ilginç ve bir o kadar da yol göstericidir.

“Muhabirler ve editörler, hükümetin, şirketlerin hatta insan hakları savunucularının sözcüsü değildir. Kamu yararına gazetecilik diye adlandırabileceğimiz şeyin temel öğeleri olsa olsa gerçeğin anlatımına, doğruluğa ve hakkaniyete dayalı olarak hikâye anlatmak isteyen, hasarı en aza indirmeye çalışan ve hesap verilebilirliği olan gazetecilerle tarif edilmektedir.

⁵ Egbert Myjer. *İfade Özgürlüğü*. Avrupa Konseyi Yayınları. Sayfa 110

İyi gazetecilik neyin kabul edilebilir olup neyin olmadığına dair farkındalık uyandırır ve bizlere ahlaki sorumlulukları hatırlatabilir. Kabul edilebilir davranış standartlarına olan bağlılığımızı artırabilir ve bu anlamda demokrasi ve insan haklarının korunması için çabalayan herkesin mütefikidir.

Bizzat gazetecilerin başta İHEB (1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi) ve UMSHS (1966 tarihli Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi) 19. madde ve AIHS 10. madde kapsamında özgür ifade hakkı olmak üzere, yüksek insan hakları standartlarının korunması ve teşvik edilmesine müktesep bir hakkı bulunmaktadır.

Gazetecilik ve profesyonellik, gazetecilik misyonunun etik kurallarıyla çevrilidir: doğruyu söylemek, bağımsızlık ve başkalarına karşı sorumluluk. Etik gazetecilik özgür ifadeyle değil, kısıtlanmış ifadeyle ilgilidir. Başkalarına duydukları saygıdan ve etik prensiplere duydukları bağlılıktan ötürü kendi kendilerine sınır koyan meslek erbabıyla ilgilidir. Medya çalışanlarının kendi ortamlarını düzene sokmak için daha çok çaba harcaması gerekmektedir. Etik gazetecilik prensiplerine ve standartlarına ihanet edenleri işa edip dışlamaları ve gazeteciliği bir diyalog, tartışma ve demokratik çoğulculuk gücü olarak yeniden tesis etmeleri gerekmektedir. Bunu inanarak yapabilmek için gazetecilerin kendi işlerini inandırıcı bir şekilde düzenlemesi gerekmektedir. Her ne kadar bu işi yapan gazeteciler işlerini özgürce yapma hakkının güvence altına alınması için hukuka ihtiyaç duysa da etik haberciliğin yasal bir çerçeveye ihtiyacı bulunmamaktadır fakat toplumda güven oluşturabilmek ve inandırıcılık sağlayabilmek için gazetecilerin davranış kurallarına ve etik davranış normlarına bağlı kalması şarttır.

*Aidan White'a göre şu veya bu biçimde var olan 400'den fazla davranış kuralından çoğu; hakikate riayet, tarafsızlık ve editöryal bağımsızlık, adil eleştiri, başkalarına saygı ve hataların düzeltilmesi ilkelerine dayanan tutarlı bir ortak değerler bütünüdür.*⁶

Bu konudaki uluslararası belgelerden en önemlisi Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Tavsiye Kararı'dır.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin bu konuda birçok tavsiye karar ve bildirgesi olduğunu görmekteyiz. Gazetecilerin görev ve sorumlulukları bakımından ilgi arz eden tüm metinler arasından sadece Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere yönelik yeni bir medya kavramı hakkındaki CM/REC (2011) 7 sayılı Tavsiye Kararı'na değinmekte fayda görüyoruz.

Söz konusu Tavsiye Kararı'nda, "Medya ve Düzenleme" başlığı altında gazetecilerin ödev ve sorumluluklarıyla ilgili olarak şunlar söylenmektedir:

"Tüm Avrupa Konseyi Üye Devletleri, kendi yetki alanları dâhilinde bulunan herkes için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesi uyarınca temel ifade özgürlüğü ve bilgi edinme hakkını güvence altına almayı taahhüt etmiş bulunmaktadır. Bu hak mutlak olmayıp beraberinde ödev ve sorumluluklar da getirmekte, Sözleşme'nin 10. maddesi 2. paragrafı uyarınca sınırlamalara tabi tutulabilmektedir."

Tavsiye Kararı'nın altında yer alan Birinci Bölüm medya kriterleri ve göstergelerine ayrılmış ve bu konuda 6 (altı) kriter geliştirilmiştir; 6. kriter olarak

⁶ *İfade Özgürlüğü*. Avrupa Konseyi Yayınları. Sayfa 110.

toplumsal beklenti kriteri konulmuş ve bu kriter için; elverişlilik, çoğulculuk ve çeşitlilik, güvenilirlik, mesleki ve etik standartlara riayet, hesap verebilirlik ve şeffaflık göstergeleri belirlenmiştir. İkinci Bölüm'de ise yeni ekosistemde medya açısından geçerli standartlar ele alınıp 3 standart ayrıntılı bir biçimde incelenmektedir. Bunlardan sonuncu standart, medyanın sorumluluğu olup bu konuda Tavsiye Kararı'ndaki birkaç paragrafı aşağıda sunuyoruz:

“Bekçilik işlevi yani kamusal ve siyasi ilişkilerin, özel veya ticaretle ilgili olup da kamu yararı içeren meselelerin araştırılması, medyaya tanınan geniş özgürlüğün haklılığına katkıda bulunmaktadır. Ancak bu özgürlük, olgusal bilgilere ilişkin olarak daha da fazla titizlik göstermesi şartıyla dengelenmektedir. Söz konusu araştırma doğru, derin ve eleştirel habercilik içermelidir. Bu araştırmanın, insanların özel hayatının ve aile yaşamının temel haklarıyla bağdaşmayacak bir şekilde haksız biçimde didik didik edilerek ifşasını içeren gazetecilik uygulamalarından ayrı tutulması gerekmektedir. Medya belirli etnik veya dinî grupların üyeleri hakkındaki basmakalıp düşüncelere ve cinsiyetçi kalıplaşmış yargılara hizmet etmemek amacıyla özellikle dikkatli davranmalıdır. Tüm grupların temsilcilerine içeriğe katkı sunma, görüşlerini ifade etme ve olaylara ilişkin anlayışlarını açıklama fırsatı sunulmalıdır. Medya bu bağlamda proaktif bir yaklaşım benimsemeyi düşünmelidir. Bilginin doğruluğuna bağlı olarak kişinin onuruna ve itibarına saygı gösterilmesi hakkının sınırları, kamu yararıyla çizilmektedir. Profesyonellik bilgilerin doğrulanmasını ve güvenilirliğin tartışılmasını gerektirmektedir. Ancak kişinin kendisi hakkındaki bilgiler yayılmadan önce bu yöndeki niyet hususunda bilgilendirilmesi şartı bulunmamaktadır. Doğruluk zorunluluğu, abartıya da olanak tanıyan görüş, yorum ve eğlence söz konusu olduğunda daha az geçerlidir ancak medyanın bu tür ifade biçimlerini olgusal bilgilerden ayırt etmesi gerekmektedir.

Yukarıda dile getirilen şartlar, ilgili medya tarafından benimsenen editöryal politikalara ve süreçlere, bunların potansiyel erişim ve etki alanına ve ayrıca toplumun bu konudaki beklentilerine bağlı olarak derecelendirilmelidir. Medya içeriğini oluşturanlar, editörler ve dağıtıcılar da ayrımcılık ve kalıplaşmış yargılarla mücadele etmek ve toplumsal cinsiyet eşitliğini teşvik etmek üzere tasarlanmış olanlar da dâhil olmak üzere ilgili meslek standartlarına bağlı kalmak durumundadır. Azınlık ve kadın meselelerinin etnik yayınlar kapsamında ele alınmasını sağlamaya, azınlıkları ve kadınları haberlerin hazırlık, yayın ve dağıtım süreçleriyle bağlantılandırmaya özel olarak eğilinmelidir.”

Bu Tavsiye Kararı'nın ardından Mahkeme, basın özgürlüğüne ilişkin kararlarında - yukarıda da belirtildiği üzere- basının, görev ve sorumluluklarına sıklıkla vurgu yapmıştır. Basının sınırsız bir özgürlüğünün bulunmadığı açıktır. Özellikle başkalarının hakları söz konusu olduğunda ifade özgürlüğünün kullanımına özgü olarak gazetecilerin, gazetecilik etiğine uygun bir şekilde doğru ve güvenilir bilgiler sunmak için iyi niyet çerçevesinde hareket etmesini gerektiren görev ve sorumlulukları vardır.

B- Hakların kötüye kullanılması yasağı

AİHS 17. maddede yer alan ve “Sözleşme'deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya

bunların Sözleşme’de öngörölmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme veya eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz.” şeklindeki hüküm basın mensupları için de geçerlidir. Özen yükümlölüğü gösterilmesi gereken en önemli konulardan biri hakkın kötüye kullanılmasıdır. AİHM bu çerçevede, nefret söylemleri, tarihi inkâr ve şiddete teşvik durumlarında kabul edilemezlik kararı verebilmektedir.

AİHM, önüne gelen bir başvuruda bu hususu tartışma olanağı bulmuştur. Bir gazetenin sahibi ve editörü olan başvuran, kitle iletişim araçlarını kullanarak etnik, ırksal ve dinsel nefrete teşvikten mahkûm edilmiştir. Kendisi, Yahudileri sosyal yaşamdan dışlama yönünde çağrıda bulunarak Yahudileri Rusya’da kötölüğün kaynağı olarak tasvir eden bir dizi makale yazıp yayımlamıştır. Rus halkına karşı bir komplo planlayan etnik grubun tamamını suçlamış ve Yahudi liderine faşist ideolojiyi atfetmiştir. Duruşmada, hem yayınlarında hem de sözlü beyanlarında, kendisi Yahudilerin bir millet oluşturmadıklarını ileri sürerek sürekli olarak Yahudilerin ulusal onur hakkını reddetmiştir. Başvuran, özellikle ırksal nefrete teşvik sebebiyle kendisine verilen mahkûmiyetin haklı gerekçesi olmadığından şikâyetçidir. Mahkeme, başvurunun kabul edilemez olduğunu beyan etmiştir. Mahkemenin başvuranın görüşlerinin önemli derecede Yahudi aleyhtarı mahiyetinde olduğuna dair şüphesi yoktur ve yerel mahkemelerin, yayınları aracılığıyla Yahudi halkına karşı nefret uyandırmak istemesine yönelik değerlendirmesine katılmaktadır. Etnik bir gruba yöneltilen bu tür genel, şiddetli bir saldırı Sözleşme kapsamındaki değerlerin, özellikle hoşgörü, toplumsal barış ve ayırım gözetmeme gibi değerlerin karşısındadır. Sonuç olarak, Sözleşme’nin 17. maddesi (hakların kötüye kullanılması yasağı) sebebiyle, başvuran, Sözleşme’nin 10. maddesi (ifade özgürlüğü) tarafından sağlanan korumadan yararlanamayacaktır.⁷

C- Toplumsal çatışma ve gerilim zamanları

Medya mensuplarından özen beklenen bir diğer konu ise ülkede cereyan eden şiddet ve gerilim yüklü olayların yaşandığı günlerdir. Bu günlerde halka verilecek mesaj ve yapılan yayınlar son derece önem arz etmekte ve bu nedenle sorumlulukla hareket etmeyi gerektirmektedir.

AİHM, Şener / Türkiye Davası’nda (Başvuru No. 26680/95), medya tarafından kullanılan ifade özgürlüğü hakkının yanı sıra görev ve sorumlulukların da çatışma ve gerilim durumlarında çok önemli olduğunu vurgulamıştır. Devlete karşı şiddete tahrik eden düşüncelerin yayımlanması konusu özel bir dikkat gerektirmektedir. Aksi takdirde basın, şiddetin artırılması ve kin ve nefret duyguları ile dolu söylemlerin yayımı için bir araç hâline gelebilir. Aynı zamanda Mahkeme “bu tür düşüncelerin belirtilen şekilde nitelendirilemeyeceği durumlarda, sözleşen taraflar, toprak bütönlüğünün veya millî güvenliğin korunması veya suçun önlenmesi ve kamu düzeninin sağlanmasını referans alarak, medyaya ceza kanununun ağırlığını yüklemek suretiyle, halkı bilgilendirme hakkına sınırlama getiremez” (bk. Erdoğan İnce Kararı, [GC], No. 25067/94, para. 54, AİHK 1999-IV) şeklindeki görüşlere yer vermiştir.

⁷ Pavel Ivanov / Rusya, 20 Şubat 2007 (kabul edilebilirlik kararı)

Benzer konudaki bir diğer karar ise Jersild Kararı'dır (Başvuru No. 15890/89). Jersild Davası'nın en önemli özelliği, başvurucunun tartışma konusu ifadeleri sarf eden kişi olmaması fakat Danimarka Radyosunda haber programı hazırlayan bir televizyon gazetecisi olarak o beyanların yayılmasına yardım etmiş olmasıdır. Bu nedenle Mahkeme, başvurucunun mahkûm edilmesinin ve cezalandırılmasının "gerekli" olup olmadığını basının rolüyle ilgili yerleşik içtihatlarında ortaya çıkan ilkelerin ışığında değerlendirmiştir. Mahkemeye göre, bir gazetecinin "ödev ve sorumlulukları" göz önünde tutulurken, söz konusu basın organının potansiyel etkisi önemli bir faktör olup, görsel-işitsel basının yazılı basına göre çok daha hızlı ve güçlü bir etkiye sahip olduğu yaygın olarak kabul edilen bir durumdur. Ayrıca, objektif ve dengeli haber verme metotları, söz konusu basın organının niteliğine göre önemli ölçüde değişebilir. Mahkemeye göre, gazetecilerin hangi haber verme tekniğini benimsemeleri gerektiği konusunda basının görüşünün yerine kendi görüşlerini koymak, ne Mahkemeye ne de ulusal mahkemelere düşen bir iştir (§31). AİHM, davanın bütün koşullarını inceleyerek söz konusu röportajın, ırkçı görüş ve düşüncelerin propagandasını yapma amacı taşımadığı ve kamu nezdinde süregitmekte olan bir tartışmaya katkıda bulunmayı amaçladığı sonucuna varmıştır. Röportaj, bilgili izleyiciler için hazırlanmış ve Danimarka'da ciddi bir haber programının bir parçası olarak yayımlanmıştır. Ayrıca gazeteci, yayın sırasında ifade edilen aşırı görüşleri dengelemeye çalışmıştır.

D- Bilgilerin doğruluğunu veya gerçekliğini araştırma

Gazetecilerle ilgili mahkeme içtihatlarının birçoğu, gerçeğe saygı gösterilmesi, adil eleştiri ve başkalarına saygı, gazetecilik etiğine uygun bir şekilde doğru ve güvenilir bilgiler sunulması ile ilgilidir. Bu bağlamda Mahkeme, basının yayımladığı bilgilerin doğruluğu veya gerçekliğini teyit etmek için bağımsız bir araştırma yürütme gereğinin ölçüsünü de ele almıştır.⁸

Mahkeme, Lingsen⁹ davalarında olgu isnadı ile değer yargısı arasındaki farklara dikkat çekmiştir. Olguların varlığı kanıtlanabilirken değer yargılarının doğruluğu ispata açık değildir. Bir değer yargısının doğruluğunun kanıtlanması şartını yerine getirmek mümkün olmayıp bu durum 10. madde tarafından güvence altına alınan hakkın temel bir parçasını oluşturan düşünce özgürlüğünü bizzat ihlal etmektedir. Ancak Mahkeme, bir beyanın değer yargısı teşkil ettiği hâllerde dahi, bir müdahalenin orantılılığının, söz konusu beyana dair yeterli bir olgusal dayanak bulunup bulunmadığına bağlı olabileceğini zira destekleyici nitelikte olgusal bir dayanağı bulunmayan bir değer yargısının dahi aşırı olabileceği hâller bulunduğunu da hatırlatmaktadır. Olgu isnadı ile değer yargısını birbirinden ayırt etmek için, kamu yararı taşıyan meselelerle ilgili savların olgu isnadından çok değer yargısı oluşturabileceğini göz önünde bulundurarak davanın koşulları ve yorumların genel tonunu dikkate almak gereklidir.¹⁰

⁸ Jersild / Danimarka [Büyük Daire], Başvuru No. 15890/89, Karar tarihi: 23/09/1994.

⁹ Lingsen / Avusturya, 8 Temmuz 1986 ve Oberschlick / Avusturya (No. 1), 23 Mayıs 1991, § 63, Series A No. 204.

¹⁰ Morice / Fransa [Büyük Daire], Başvuru No. 29369/10, 23 Nisan 2015.

AİHM bazen gazetecinin yeterince sorumlu bir şekilde davranıp davranmadığına karar vermek için olayı ayrıntılı bir şekilde inceleme yoluna gitmiştir. Denge kurulurken dikkate alınacak ikinci etken, ifşa edilen bilginin gerçekliğidir. Devletin yetkili makamları, iftira niteliğindeki temelsiz veya kötü niyetli suçlamalara karşı uygun şekilde tepki verebilmek amacıyla tedbirler alabilirler (Castells, §46); dahası, ifade özgürlüğünün kullanılması bazı ödev ve sorumluluklar yüklediğinden bilgi ifşa etmeyi seçen herkes, koşulların izin verdiği ölçüde, bu bilgilerin kesin ve güvenilir olduklarını dikkatli bir şekilde teyit etmelidir (Morissens / Belçika, Başvuru No. 11389/85, Bladet Tromso ve Stensaas). Terazinin öbür tarafına, söz konusu ifşanın kamu kurumuna verdiği zarar konulmalı ve kamunun bu ifşadan elde edebileceği faydaya ağır gelip gelmeyeceğini tespit etmelidir (Hadjianastassiou, 12945/87, §45). Bu bağlamda, ifşanın konusu ve ilgili idari kurumun niteliği dikkate alınmalıdır (1941 karar tarihi).

Anayasa'nın 26 ve 28. maddeleri tamamen sınırsız bir ifade özgürlüğü garanti etmemektedir. Maddenin ikinci fıkrasında yer alan sınırlamalara uyma yükümlülüğü, ifade özgürlüğünün kullanımında basın için de geçerli olan bazı "görev ve sorumluluklar" getirmektedir (Erdem Gül ve Can Dundar [GK], B. No. 2015/18567, 22/02/2016, § 89; R. V. Y. AŞ, B. No. 2013/1429, 14/10/2015, § 35).

Bu görev ve sorumluluklar, "başkalarının şöhret ve hakları"na zarar gelme ihtimalinin bulunduğu ve özellikle adı verilen bir şahsın itibarının söz konusu olduğu durumlarda özel önem arz eder. Mevcut başvuruda olduğu gibi medyanın özel şahıslar hakkında hakaret nitelikli olgusal beyanların doğruluğunu soruşturma yükümlülüğünün derecesi tespit edilirken göz önüne alınması gereken koşullar şu şekilde sıralanabilir: Söz konusu hakaretin niteliği ve derecesi; haber kaynaklarının söz konusu iddialar bakımından makul olarak güvenilir olup olmadığı ve gazetecilerin doğru ve güvenilir bilgiler sunmak için iyi niyet çerçevesinde hareket edip etmedikleri.

Basın özgürlüğü ilgililerin meslek ahlakına saygı göstermelerini, doğru ve güvenilir bilgi verecek şekilde ve iyi niyetli olarak hareket etmelerini zorunlu kılmaktadır. Kötü niyetli bir şekilde gerçeğin çarpıtılması bazen kabul edilebilir eleştiri sınırlarını aşabilir. Dolayısıyla haber verme görevi, zorunlu olarak ödev ve sorumluluklar ile basın kuruluşlarının kendiliğinden uymaları gereken sınırlar içermektedir (Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret AŞ, §§ 42-43; Kadir Sağdıç [GK], B. No. 2013/6617, 08/04/2015, §§ 53-54; İlhan Cihaner (2), B. No. 2013/5574, 30/06/2014, §§ 60-61). Bu itibarla özel kişilere kara çalma niteliğindeki olgusal iddialar araştırılmamışsa ifade hürriyetinin izin verilen sınırlarının aşılmış olduğundan bahsedilebilir.

Gazetecilerden bir beyanın doğruluğunu kanıtlamakla yükümlü savcı gibi hareket etmelerini beklemek aşırı yüksek bir ispat külfeti getirir ve böyle bir mükellefiyet sanık veya davalı olarak yargılandıkları davalarda hakkaniyete uygun düşmeyen sonuçlara ulaşılmasına neden olabilir. Anayasa Mahkemesi bir kararında şu değerlendirmelerde bulunmuştur:

"39. Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasına göre ifade ve basın özgürlüklerinin sınırlandırılma nedenlerinden biri de 'başkalarının şöhret veya

haklarının' korunmasıdır. Bireyin itibarı, Anayasa'nın 17. maddesinde sözü edilen 'manevi varlık' kapsamında yer almaktadır. Devlet, bireyin manevi varlığının bir parçası olan kişisel şeref ve itibara keyfî olarak müdahale etmemek ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlüdür (Abdullah Doğtaş, B. No. 2013/1123, 02/10/2013, § 33). Şeref ve itibarı zedeleyen sözel saldırılar veya basın ve yayın yolu ile yapılan yayınlara karşı bireyin korunmaması hâlinde Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrası ihlal edilmiş olabilir (Kadir Sağdıç, § 36; İlhan Cihaner, B. No. 2013/5574, 30/06/2014, § 42).

40. Mevcut olaydaki gibi başvurularda, başvurunun sonucu, -prensip olarak- başvurunun ihtilaflı makale ve sözlerin sahibi tarafından Anayasa'nın 26. maddesine dayanılarak yapılmış olması ile bu makaleye veya sözlerle konu olan kişi tarafından Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasına dayanılarak yapılmış olmasına göre değişmez. Aksi hâlde Anayasa'nın anılan maddelerinde korunan hakların dengelenmesinde, benzer olaylarda çelişkili sonuçlar ortaya çıkabilir. Yargı mercilerinin bu iki maddede düzenlenen haklar arasında Anayasa Mahkemesi içtihadında ortaya konulan ölçütlere uygun bir şekilde denge kurmaları gerekir.

41. İfade ve basın özgürlüğü ile itibarın korunması hakkı arasında bir denge kurulmasıyla ilgili olarak mevcut olaya uygulanabilecek olan kriterler şu şekilde sayılabilir: Basında yer alan yazı veya ifadelerin kamuyu ilgilendiren genel yarara ilişkin bir tartışmaya sağladığı katkı, hedef alınan kişinin tanınımlık düzeyi ve konumu (siyasetçi, kamu görevlisi veya sıradan birey olup olmaması ve ünlülük derecesi gibi), haber veya makalenin konusu, ilgili kişinin önceki davranışları, bilginin elde edilme yöntemi ve doğruluğu, yayının içeriği, şekli ve sonuçları ile haber veya makalenin yayımlanma koşulları ve yaptırımın ağırlığı (bk. Nilgün Halloran, § 44; İlhan Cihaner, § 66-73; Kadir Sağdıç, §§ 58-66; Nihat Özdemir [GK], B. No. 2013/1997, 08/04/2015, §§ 54-61).

42. Anayasa Mahkemesi, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını, müdahalede bulunulurken hakkın özüne dokunulup dokunulmadığını, ölçülü davranılıp davranılmadığını ve ifade özgürlüğü ile başkalarının şeref ve itibarının korunması hakkının çatışması hâlinde adil bir dengenin kurulup kurulmadığını her olayın kendine has özelliklerine göre takdir edecektir.

(...)

48. Yargının işleyişine ilişkin meseleler, kamu yararına ilişkin tartışmalar alanındadır. Bu çerçevede yargı organlarının toplum adına üstlendiği özel görevi hesaba katmak gerekir. Hukuk devletinin temel değeri olan adaletin teminatı olarak yargı, vatandaşların güvenine sahip olmalıdır. Cumhuriyet savcılarının adalet sisteminin işlemesi için vazgeçilmez önemi ile hem ceza yargılamasındaki diğer dava sījelerine hem de genel olarak halka güven telkin etmesi gereken rolleri göz önüne alındığında hakaret içeren ve küçük düşürücü sözlerden korunmaları gerekir. Özellikle hâkim ve savcılarının konumları gereği bunlara cevap verememesi de dikkate alındığında bu husus önem kazanmaktadır (Morice / Fransa [BD], B. No. 29369/10, 23/04/2015, § 128)."

E- İtibar hakkı ve basın

AİHS'nin 10/2 maddesindeki sınırlama sebeplerinden biri olan “başkalarının şöhret ve haklarının korunması” ile gazetecilerin haber yapma ve kamuyu bilgilendirme görevleri arasında makul bir denge kurulması gerekmektedir.

Başka bir anlatımla, bir müdahalenin “başkalarının hak ve itibarının korunması” bakımından demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını incelemekte olan ulusal makamların, AİHS'nin güvence altına aldığı ve bazı olaylarda birbiri ile çelişen iki değeri (ifade özgürlüğü ve başkalarının hak ve itibarına saygı hakkı) koruma sırasında adil bir denge gözetmeleri gerekebilir.

AİHM, ifade özgürlüğü ile başkalarının itibarının çatışması hâlinde, çatışan menfaatler arasında adil bir denge kurulup kurulmadığını araştırırken dikkate alınması gereken kriterleri içtihat yolu ile belirlemiştir. Bu kriterler; basında yer alan yazı veya ifadelerin kamuyu ilgilendiren genel yarara (kamu yararı)¹¹ ilişkin bir tartışmaya sağladığı katkı, hedef alınan kişinin tanınmışlık düzeyi ve yazının amacı, ilgili kişinin yayından önceki davranışı, bilginin elde edilme yöntemi ve doğruluğu, yayının içeriği, biçimi ve sonuçları ile yaptırımın ağırlığı olarak ifade edilmiştir. Bu kriterler arasında özellikle “yazının hedef aldığı kişinin kimliği ve yazının amacı”nın özel önemi bulunmaktadır zira AİHM, başkalarının şöhret ve haklarının korunması kapsamında ifade özgürlüğüne müdahalenin demokratik toplumlarda gerekliliği konusunda sade vatandaşlarla, kamuya mal olmuş kişileri, kamu görevlileriyle siyasetçileri birbirlerinden ayırarak değerlendirmeler yapmaktadır. Bilhassa ifade özgürlüğü ile başkalarının hak ve itibar değerlerinin çatışması hâlinde eğer itibarı söz konusu olan kişi sade vatandaş ise korumayı üst düzeyde itibardan yana tutmakta, siyasetçinin itibarı söz konusu ise ilke olarak tercihini ifade özgürlüğünden yana kullanmaktadır. Başkalarının şöhret ve haklarının söz konusu olduğu durumlarda AİHM, “değer yargısı” ile “olaya dayalı bilgilendirme” arasında ayırım yapmaktadır. Bir olayın olup olmadığı kanıtlanabilir bir husus iken, bir değer yargısının doğruluğunun kanıtlanmasının istenmesi mümkün olmadığından bu durum kanaat özgürlüğüne müdahale anlamına gelecektir.

Oyuncular, medya önünde sürekli bulunan kişiler, kamuya mal olmuş kişi kategorisinde değerlendirilebilir. Ancak bu kişilerin kamu tarafından yaygın olarak tanınmaları, onlarla ilgili her bilginin, her tarzda ifşa edilebileceği gibi bir sonuca varılmasına yol açamaz. Bu kişiler de özel yaşama saygı hakkından yararlanırlar. Kamuya mal olmuş kişilerin özel yaşamı ile ilgili yapılan yayınlar konusunda Mahkeme, ifade özgürlüğü ile özel yaşama saygı hakları arasında çatışan menfaatlerin dengesinin bulunması gerektiğini vurgulamıştır.

¹¹ “Kamu yararı kavramı: Kamunun bilgilendirme hakkı. Bu bilgilendirme politik konular, çağdaş toplumu ilgilendiren konular, suçlar, spor, sahne sanatları, toplum yaşamını etkileyen konular, sosyal olgular, tarihî olaylar vb. üzerinedir; boş dedikodu, sadece başkalarının merakını giderme amaçlı, kamuya mal olmuş kişilerin tamamen özel hayatı ile ilgili boyutları ise kamu yararı kavramına dâhil değildir.” (Boglarko Benko, Macar İnsan Hakları Uzmanı. Kişisel Veri ve İfade Özgürlüğü Konulu Çalıştay’daki sunumundan)

Mahkemenin bu konuda temel ilkeleri belirlediği kararı, Axel Springer AG / Almanya Kararı'dır (Başvuru No. 39954/08). Bu davada, tanınan bir oyuncunun gözetimine alınması ve mahkûmiyetine ilişkin bir haberin yayımlanması söz konusudur. Eylül 2004'te Almanya'da yüksek tirajlı bir günlük gazete, Münih Bira Festivali sırasında kokain bulundurma suçundan gözetimine alınan tanınmış bir oyuncu hakkında ilk sayfada büyük puntolarla bir haber yayımlamıştır. Bu haber iç sayfalarda konu hakkında daha ayrıntılı bilgiler veren bir makale ve söz konusu oyuncunun üç adet fotoğrafı ile tamamlanmıştır. Bu oyuncunun talebi üzerine, söz konusu makalenin ve fotoğrafların yayımının engellenmesine ilişkin bir tedbir kararı alınmıştır. Kasım 2005'te gazeteyi yayımlayan şirket, hem para cezasına çarptırılmış hem makalenin yayımı durdurulmuştur. Aynı gazete bundan dört ay önce, oyuncunun yasa dışı uyuşturucu kullandığına ilişkin itirafları üzerine para cezasına çarptırılması hakkında bir haber yayımlamıştır. Bu haber konusunda da oyuncunun talebi üzerine hem yayın yasağı tedbir kararı verilmiş hem de gazete para cezasına mahkûm olmuştur. AİHM, Axel Springer AG Davası'nda söz konusu tedbir kararlarının ve mahkûmiyetlerin ifade özgürlüğü hakkına bir müdahale oluşturduğunu kabul etmiştir. Mahkemeye göre bu müdahale, başkalarının şöhretini koruma meşru amacını izlemiştir. Müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığı konusunda Mahkeme, bu davada ifade özgürlüğü ve özel yaşama saygı hakları arasında çatışan menfaatlerin dengesinin bulunması gerektiğini belirtmiştir. Bu çerçevede, Mahkeme konuyu altı ölçüt açısından incelemiştir:

- 1) Kamuyu ilgilendiren genel yarara ilişkin bir tartışmaya katkı
- 2) Hedef alınan kişinin tanınmışlık düzeyi ve yazının amacı
- 3) İlgili kişinin yayından önceki davranışı
- 4) Bilginin elde edilme yöntemi ve doğruluğu
- 5) Yayının içeriği, biçimi ve sonuçları
- 6) Yaptırımın ağırlığı

İlk ölçüt açısından Mahkeme, yazılarda kamu tarafından bilinebilecek yargısal olayların konu edildiğini belirtmiştir. Kamunun bu bilgiye ulaşmasında belirli bir yararı olduğu kabul edilmelidir. İkinci ölçüt açısından Mahkeme, oyuncunun halk tarafından önemli ölçüde tanınan bir kişi olduğunu ve bu nedenle “tanınmış bir kişi” veya “kamuya mal olmuş bir kişi” olarak nitelendirilebileceğini belirtmiştir. Üçüncü ölçüt açısından Mahkeme, bu oyuncunun kamuya açık bir yerde gözetimine alınmış ve yargısal prosedürlere ilişkin birçok ayrıntıyı kendisi ile yapılan röportajlarda kamu ile paylaşmış olduğuna dikkat çekmiştir. Bu nedenle, Mahkemeye göre, bu oyuncunun özel yaşamının korunmasına ilişkin “meşru beklentisi” kendiliğinden belirli bir sınırlamaya konu olmuştur. Dördüncü olarak Mahkeme, kamuya açıklanan bilginin nasıl elde edildiği ve güvenilirliği konusunu incelemiştir. Bu çerçevede Mahkeme, gazeteyi yayımlayan şirketin, oyuncunun adını gizli tutmayıp bu bilgileri kamuya paylaşma kararını verirken kötü niyetle hareket etmediğini belirtmiştir. Yazılara konu olan bilgiler doğrudur ve savcılıktan aktarılan verilere dayanmaktadır.

Yayımlanan makalenin içeriği, biçimi ve sonuçları açısından Mahkeme, yazıların oyuncunun özel yaşamına ilişkin ayrıntıları ifşa etmediğini ve sadece oyuncunun gözetimine alındığı süreçle ilgili bilgiler aktarmakla yetindiğini belirtmiştir. Yazılar

oyuncuya yönelik herhangi bir hakaretimiz ifade veya temelsiz iddia içermemektedir. Ayrıca bu yazıların oyuncu üzerinde ciddi sonuçlarının olduğu da ortaya konamamıştır. Altıncı ve son ölçüt açısından ise Mahkeme, her ne kadar yaptırım hafif olsa da yukarıdaki değerlendirmelerin ışığında bu yaptırımın caydırıcı bir etkisinin olacağını vurgulamıştır. Bu gerekçelerle Mahkeme, 10. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Anayasa Mahkemesinin bu konuda net kararları bulunmaktadır. Örneğin, Yıldız Oto Ağca başvurusu (Başvuru Numarası: 2013/5074) da iki hak arasında kurulacak adil dengeyi açık ve net bir biçimde ortaya koymaktadır.

“17. Anayasa Mahkemesi, başvurunun hukuki nitelendirmesi ile bağlı değildir. Yukarıda sıralanan sebeplerle başvurunun şikâyet ettiği koşullar ve şikâyetlerini dile getirme biçimi dikkate alınarak bu şikâyetlerin tümünün Anayasa’nın 17. maddesi bağlamında incelenmesi uygun görülmüştür.

18. Başvuru konusu olaya benzer olaylarda uygulanacak ilkeler ilk olarak İlhan Cihaner Kararı’nda (İlhan Cihaner, B. No. 2013/5574, 30/06/2014, §§ 42-74) ortaya konulmuştur. Daha sonra aynı ilkeler Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu tarafından benimsenmiş (bk. Kadir Sağdıç, B. No. 2013/6617, 08/04/2015 [GK], §§ 35-66; Nihat Özdemir, B. No. 2013/1997, 08/04/2015 [GK], §§ 29-61) ve Bölümler önlerine gelen şikâyetlerde sözü geçen ilkeleri uygulamışlardır (Ali Suat Ertosun, B. No. 2013/1047, 15/04/2015, §§ 21-52; Ali Suat Ertosun (2), B. No. 2013/1640, 15/04/2015, §§ 19-50).

19. Başvuruya konu sözler ve iddialar (§ 6, 8) nedeniyle başvurunun kişisel itibarının korunması hakkına müdahale edildiği kabul edilmelidir. Bu sebeple, mevcut davada başvurunun Anayasa’nın 17. maddesinin birinci fıkrasında koruma altına alınan kişisel itibarın korunmasını isteme hakkı ile ulusal günlük gazetesinin ve şikâyet konusu makalenin yazarı gazetecinin Anayasa’nın 28. maddesinde güvence altına alınan basın özgürlüğü ve bu özgürlükle bağlantılı olarak Anayasa’nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğü arasında bir denge kurulması gerekmektedir.

20. Bireyin kişisel şeref ve itibarı, Anayasa’nın 17. maddesinde sözü edilen ‘manevi varlık’ kapsamında yer almaktadır. Devlet, bireyin manevi varlığının bir parçası olan kişisel şeref ve itibara keyfi olarak müdahale etmemek ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlüdür (Abdullah Doğtaş, B. No. 2013/1123, 02/10/2013, § 33). Şeref ve itibarı zedeleyen sözel saldırılar veya basın ve yayın yolu ile yapılan yayınlara karşı bireyin korunmaması hâlinde Anayasa’nın 17. maddesinin birinci fıkrası ihlal edilmiş olabilir (Kadir Sağdıç, B. No. 2013/6617, 08/04/2015 [GK], § 36; İlhan Cihaner, B. No. 2013/5574, 30/06/2014, § 42). Anayasa Mahkemesi, -Anayasa’nın 17. maddesinin birinci fıkrasının olaya uygulanabilmesi için- kişinin itibarına yapılan saldırının, kişinin itibarına saygı gösterilmesini isteme hakkından başvurunun kişisel olarak yararlanmasına zarar verecek şekilde yapılmış olup olmadığını olayın şartlarına bakarak değerlendirir (bk. Kadir Sağdıç, B. No. 2013/6617, 08/04/2015 [GK], § 39; İlhan Cihaner, B. No. 2013/5574, 30/06/2014, § 45, 56).

21. Öte yandan ifade özgürlüğü demokratik toplumun temelini oluşturan ana unsurlardan ve toplumun ilerlemesi ve bireyin gelişmesi için gerekli temel şartlardan

birini oluşturmaktadır. Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrası saklı tutulmak üzere, ifade özgürlüğünün sadece toplum tarafından kabul gören veya zararsız yahut ilgisiz kabul edilen bilgi ve fikirler için değil incitici, sarsıcı veya rahatsız edici bilgi ve düşünceler için de geçerli olduğu yinelenmelidir. İfade özgürlüğü, yokluğu hâlinde 'demokratik bir toplum'dan söz edemeyeceğimiz çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin bir gereğidir ve bazı istisnalara tabi ise de bu istisnaların dar yorumlanması ve bu hakkın sınırlandırılmasının ikna edici gerekçelere bağlı olması gerekir (bk. Abdullah Öcalan, B. No. 2013/409, 25/06/2014 [GK], § 95; Kadir Sağdıç, B. No. 2013/6617, 08/04/2015 [GK], § 48; İlhan Cihaner, B. No. 2013/5574, 30/06/2014, § 55; başka kararlar yanında bk. Handyside / Birleşik Krallık, B. No. 5493/72, 07/12/1976, § 49).

22. Mevcut olaydaki gibi başvurularda, başvurunun sonucu, -prensipten olarak- başvurunun ihtilaflı sözlerin sahibi tarafından Anayasa'nın 26. maddesine dayanılarak yapılmış olması ile bu sözlerle konu olan kişi tarafından Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasına dayanılarak yapılmış olmasına göre değişmez. Aksi hâlde Anayasa'nın anılan maddelerinde korunan hakların dengelenmesinde, benzer olaylarda çelişkili sonuçlar ortaya çıkabilir. Yargı mercilerinin bu iki maddede düzenlenen haklar arasında Anayasa Mahkemesi içtihadında ortaya konulan ölçütlere uygun bir şekilde denge kurmaları gerekir.

23. Basın özgürlüğü ile itibarın korunması hakkı arasında bir denge kurulmasıyla ilgili olarak mevcut olaya uygulanabilecek olan kriterler şu şekilde sayılabilir: Kamuyu ilgilendiren genel yarara ilişkin bir tartışmaya sağladığı katkı, hedef alınan kişinin tanınırlık düzeyi ve konumu (siyasetçi, kamu görevlisi veya sıradan birey olup olmaması ve ünlülük derecesi gibi), haber veya makalenin konusu, ilgili kişinin önceki davranışları, bilginin elde edilme yöntemi ve doğruluğu, yayının içeriği, şekli ve sonuçları ile haber veya makalenin yayımlanma koşulları (bk. İlhan Cihaner, B. No. 2013/5574, 30/06/2014, § 66-73; Kadir Sağdıç, B. No. 2013/6617, 08/04/2015 [GK], §§ 58-66; Nihat Özdemir, B. No. 2013/1997, 08/04/2015 [GK], §§ 54-61; Ali Suat Ertosun, B. No. 2013/1047, 15/04/2015, §§ 44-52; Ali Suat Ertosun (2), B. No. 2013/1640, 15/04/2015, § 42-50).

(...)

27. Son olarak başvuruya konu sözlerde abartıya kaçılmadığı da söylenemez. Ne var ki basın özgürlüğünün kapsamının, demokrasi ile yakın ilişkisinin doğal sonucu olarak, bir dereceye kadar abartıya ve hatta kısıktırmaya izin verecek şekilde geniş yorumlanması gerektiği kabul edilmelidir (Kadir Sağdıç, B. No. 2013/6617, 08/04/2015 [GK], § 76; Radio France ve diğerleri / Fransa, B. No. 53984/00, 30/03/2004, § 37).

28. Anayasa Mahkemesi veya derece mahkemeleri, gazetecilik mesleğinin nasıl yapılması gerektiğini ve gazetecilerin haber verme tekniğini belirleyemezler zira bir düşüncenin en iyi hangi üslup ve biçimle aktarılacağına ancak bizzat düşünceyi dile getirenler karar verebilir. Bu bağlamda Anayasa'nın 26. maddesinin sadece ifade edilen haber ve fikirlerin içeriğini değil aynı zamanda bunların nakledilme biçimlerini de koruduğu hatırlanmalıdır (bk. Ali Suat Ertosun, B. No. 2013/1047, 15/04/2015, § 66; Oberschlick / Avusturya, B. No. 11662/85, 23/05/1991, § 57).

29. Somut olayda İlk Derece Mahkemesi, davalının basın özgürlüğü ve bu bağlamda ifade özgürlüğü ile başvurucunun şeref ve itibarının korunması hakları arasında bir denge kurma işlemi yapmıştır. İlk Derece Mahkemesi, söz konusu yazının, genel çıkarı ilgilendiren bir tartışmaya katkı sunup sunmadığı sorusuna özel bir önem vermiş, ayrıca haberin yapıldığı koşullar üzerine de eğilmiştir. İlk Derece Mahkemesi davaya konu yazıda geçen olayların gerçekliği meselesine eğilmiş ve yayınların yapıldığı tarihte meydana gelen olaylarla yayınların içeriği arasındaki öz-biçim ilişkisinin bozulmadığına ve başvuruya konu sözlerde bahsi geçen olayların 'gerçekliğe uygun' olduğuna karar vermiştir."

Örnek olarak sunulabilecek bir başka karar ise İlhan Cihaner başvurusudur (İlhan Cihaner Başvurusu – 3, Başvuru Numarası: 2013/5298).

"17. Öte yandan ifade özgürlüğü demokratik toplumun temelini oluşturan ana unsurlardan ve toplumun ilerlemesi ve bireyin gelişmesi için gerekli temel şartlardan birini oluşturmaktadır. Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrası saklı tutulmak üzere, ifade özgürlüğünün sadece toplum tarafından kabul gören veya zararsız yahut ilgisiz kabul edilen bilgi ve fikirler için değil incitici, sarsıcı veya rahatsız edici bilgi ve düşünceler için de geçerli olduğu yinelenmelidir. İfade özgürlüğü, yokluğu hâlinde 'demokratik bir toplum'dan söz edemeyeceğimiz çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin bir gereğidir ve bazı istisnalara tabi ise de bu istisnaların dar yorumlanması ve bu hakkın sınırlandırılmasının ikna edici gerekçelere bağlı olması gerekir (bk. Abdullah Öcalan, B. No. 2013/409, 25/06/2014 [GK], § 95; Kadir Sağdıç, B. No. 2013/6617, 08/04/2015 [GK], § 48; İlhan Cihaner, B. No. 2013/5574, 30/06/2014, § 55; başka kararlar yanında bk. Handyside / Birleşik Krallık, B. No. 5493/72, 07/12/1976, § 49).

18. Mevcut olaydaki gibi başvurularda, başvurunun sonucu, -prensip olarak- başvurunun ihtilaflı makale ve sözlerin sahibi tarafından Anayasa'nın 26. maddesine dayanılarak yapılmış olması ile bu ihtilaflı makale ve sözlerle konu olan kişi tarafından Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasına dayanılarak yapılmış olmasına göre değişmez. Aksi hâlde Anayasa'nın anılan maddelerinde korunan hakların dengelenmesinde, benzer olaylarda çelişkili sonuçlar ortaya çıkabilir. Yargı mercilerinin bu iki maddede düzenlenen haklar arasında Anayasa Mahkemesi içtihadında ortaya konulan ölçütlere uygun bir şekilde denge kurmaları gerekir.

19. Basın özgürlüğü ile itibarın korunması hakkı arasında bir denge kurulmasıyla ilgili olarak mevcut olaya uygulanabilecek olan kriterler şu şekilde sayılabilir: Kamuyu ilgilendiren genel yarara ilişkin bir tartışmaya sağladığı katkı, hedef alınan kişinin tanınırlık düzeyi ve konumu (siyasetçi, kamu görevlisi veya sıradan birey olup olmaması ve ünlülük derecesi gibi), haber veya makalenin konusu, ilgili kişinin önceki davranışları, bilginin elde edilme yöntemi ve doğruluğu, yayının içeriği, şekli ve sonuçları ile haber veya makalenin yayımlanma koşulları (bk. İlhan Cihaner, B. No. 2013/5574, 30/06/2014, § 66-73; Kadir Sağdıç, B. No. 2013/6617, 08/04/2015 [GK], §§ 58-66; Nihat Özdemir, B. No. 2013/1997, 08/04/2015 [GK], §§ 54-61; Ali Suat Ertosun, B. No. 2013/1047, 15/04/2015, §§ 44-52; Ali Suat Ertosun (2), B. No. 2013/1640, 15/04/2015, §§ 42-50).

20. Başvurucu, sözü geçen ulusal haftalık dergide yayımlanan haber ve yazının gerçeğe aykırı bir şekilde yapıldığını ve haberin bütünüünün kendisi hakkında suçlayıcı iddialara yer vermek suretiyle itibar ve kişilik haklarına zarar verdiğini ileri sürmüştür. Başvurucu, açtığı tazminat davasında İlk Derece Mahkemesinin ve Yargıtayın, itibarını korumadıklarından şikâyet etmiştir.

21. Başvurucunun bireysel başvuru dilekçesine eklediği bilgi ve belgelere göre, başvuru hakkında olayların geçtiği dönemde çok sayıda yayın organında haber yapılmış ve makale yazılmıştır. Başvurucunun bu dönemde yapılan haber ve makalelerle ilgili olarak Anayasa Mahkemesinde çok sayıda bireysel başvurusunun olduğu anlaşılmaktadır. Yine başvuru Anayasa Mahkemesine yaptığı bireysel başvurularda şablon dilekçeler verdiği anlaşılmaktadır. Mevcut başvuruda da başvuru, genel olarak söz konusu haberde yer alan bilgilerin doğru olmadığını belirtmekle yetinmiştir.

22. İlk Derece Mahkemesinde yapılan yargılamada başvuru, söz konusu haberde bahsi geçen olayların gerçek dışı olduğunu ileri sürmüş olmakla birlikte, haberde yer alan bilgilerin doğru olmadığını, bilginin elde edilme yönteminin kabul edilemez olduğunu gösterebilmiş değildir. Başvurucunun, söz konusu haberin kendisine yönelik karalama kampanyasının bir parçası olduğu yönündeki soyut değerlendirmelerine karşı davalı, söz konusu haberin gerçeklik, güncellik, kamu yararı, toplumsal ilgi ve konu ile ifadeler arasında düşünsel bağ kuralları çerçevesinde yayımlandığını ileri sürmüştür. Davalı, söz konusu haberde aşağılayıcı ifadeler kullanılmadığını ve kendilerinin esas olarak başvuru talimatı ile yürütülen soruşturmada teftiş kurulu başkanlığının hazırladığı raporda da yer alan usulsüzlükleri haberleştirdiklerini, haberin görünür gerçeğe uygun olduğunu ileri sürmüştür.

23. Başvurucunun, davalının makalede yer verilen hususları dile getirmesinin şahsiyet haklarına yönelik bir saldırı olduğu yönündeki değerlendirmelerine karşı davalı, söz konusu makaledeki bilgilerin gerçek ve güncel olduğunu ve hukuka aykırı bir yönünün de bulunmadığını ileri sürmüştür. İlk Derece Mahkemesi de başvuru talebini, söz konusu makalenin bir bütün olarak görünür gerçeğe uygun olduğu ve öyle biçim arasındaki dengenin bozulmadığı gerekçesi ile reddetmiştir.

24. İlk olarak, davalının başvuruya konu makalede dile getirdiği düşüncelerin olgular temelinde gelişen bir tartışmaya katkı sunup sunmadığı ve içeriğinin kamunun merakını giderme isteğinin ötesine geçip geçmediği sorularına cevap verilmelidir. Bu bağlamda, bir haber veya yazının kamuyu bilgilendirme değeri ne kadar yüksek ise kişinin söz konusu haber veya makalenin yayımlanmasına o kadar çok katlanması gerekir. Aksine, yazının bilgilendirme değeri ne kadar düşüğe kişinin korunan çıkarına da o kadar çok üstünlük tanınması gerekir (İlhan Cihaner, B. No. 2013/5574, 30/06/2014, § 74). Basının genel yarar nitelikli bütün sorunlarla ilgili olarak bilgi ve fikir yayma işlevine, kamunun bu bilgi ve fikirleri alma hakkının eklendiği hatırlanmalıdır.

25. Şikâyet konusu dergi makalesinde bahsi geçen olayların meydana geldiği ve başvuru Erzincan Cumhuriyet Başsavcısı olduğu dönem, başvuru hakkında bazı soruşturmaların yapıldığı bir dönemdir. Şikâyet konusu makalede, Erzincan Cumhuriyet

Başsavcılığınca kamu nezdinde İsmailağa Cemaati olarak bilinen sivil oluşuma karşı başlatılan soruşturma konu edilmiştir. Davalı, söz konusu soruşturmanın Erzincan'da başlatılmakla birlikte 22 ili kapsayan, bir gazete sahibi, bir bakan ve pek çok siyasetçiyi dâhil eden bir soruşturmaya dönüştürüldüğünü, usulsüz bir şekilde 26 kişinin gözaltına alındığını, gözaltı koşullarının kötü olması nedeniyle hamile bir kadının çocuğunu düşürdüğünü iddia etmiştir. Söz konusu makalede o sırada Türkiye'de meydana gelen bazı başka olaylara değinilmiştir. Davalı genel olarak, Türk Silahlı Kuvvetleri ve yargı içerisinde bazı gurupların bazı cemaatlere yönelik hukuk dışı uygulamaları bulunduğunu iddia etmiş ve o sıralarda yargıya intikal etmiş bazı soruşturma ve kovuşturmalara değinmiştir. Bu bakımdan söz konusu makalede sarf edilen sözlerin, bir ölçüde, genel yarar nitelikli bir tartışmaya katkı sundukları kabul edilebilir.

26. Adalet sisteminin düzgün işlemesi için görev yapan kamu görevlileri olan hâkim ve savcılarla yüksek mahkeme üyeleri de diğer kamu görevlileri gibi kamunun güvenine sahip olmalıydılar (benzer bir karar için bk. *Saday / Türkiye*, B. No. 32458/96, 30/03/2006, § 33). Bu sebeple, adalet sisteminde görev alan hâkimler ve savcılarla birlikte diğer yargı çalışanlarını asılsız suçlamalardan korumak devletin görevlerindendir. Demokratik bir toplumda, bireylere, yargı sistemi ve ona dâhil olan kamu görevlilerini eleştirme ve onlar hakkında yorum yapma hakkı tanınmış olmakla birlikte bu eleştirilerin kişilerin şeref ve itibarlarının korunmasını isteme haklarını ihlal eder boyuta ulaşmaması gerekir (benzer değerlendirmeler için bk. *İlhan Cihaner*, B. No. 2013/5574, 30/06/2014, § 85).

27. Buna karşın kamu adına soruşturmaları yürüten Cumhuriyet savcılarının her türlü eleştirinin dışında olduğu da iddia edilemez. Başvurucunun olayların geçtiği zaman diliminde Türkiye kamu nezdinde oldukça tanınan bir yargı mensubu olduğu ve itiraz götürmeyen tanınırlık derecesi dikkate alındığında kendisinin az bilinen bir kişi olduğu iddia edilemez. Öte yandan başvuruya konu makale, başvurucunun üstlendiği Cumhuriyet Başsavcılığının otoritesini zayıflatmış görünmemektedir zira söz konusu makale başvurucunun hakkındaki isnatlar nedeniyle soruşturulmasından ve tutuklanmasından sonra yazılmıştır. Dolayısıyla hakkında yürütülen soruşturma ve açılan dava nedeniyle başvurucunun kişisel kariyerinin ve mesleğinin de önemli ölçüde etkilendiği söylenebilir de başvuru, kariyerindeki değişiklikleri münhasıran söz konusu makaleye dayandırmamıştır.

28. Son olarak, başvuruya konu sözlerde abartıya kaçılmadığı da söylenemez. Ne var ki basın özgürlüğünün kapsamının, demokrasi ile yakın ilişkisinin doğal sonucu olarak, bir dereceye kadar abartıya ve hatta kışkırtmaya izin verecek şekilde geniş yorumlanması gerektiği kabul edilmelidir (*Kadir Sağdıç*, B. No. 2013/6617, 08/04/2015 [GK], § 76; *Radio France ve diğerleri / Fransa*, B. No. 53984/00, 30/03/2004, § 37).

29. Anayasa Mahkemesi veya derece mahkemeleri, gazetecilik mesleğinin nasıl yapılması gerektiğini ve gazetecilerin haber verme tekniğini belirleyemezler zira bir düşüncenin en iyi hangi üslup ve biçimle aktarılacağına ancak bizzat düşüncüyü dile getirenler karar verebilir. Bu bağlamda Anayasa'nın 26. maddesinin sadece ifade edilen haber ve fikirlerin içeriğini değil aynı zamanda bunların nakledilme biçimlerini de koruduğu hatırd tutulmalıdır (bk. *Ali Suat Ertosun*, B. No. 2013/1047, 15/04/2015, § 66; *Oberschlick / Avusturya*, B. No. 11662/85, 23/05/1991, § 57).

30. Somut olayda İlk Derece Mahkemesi, davalının basın özgürlüğü ve bu bağlamda ifade özgürlüğü ile başvurucunun şeref ve itibarının korunması hakları arasında bir denge kurma işlemi yapmıştır. İlk Derece Mahkemesi, söz konusu yazının, genel çıkarı ilgilendiren bir tartışmaya katkı sunup sunmadığı sorusuna özel bir önem vermiş, ayrıca haberin yapıldığı koşullar üzerine de eğilmiştir. İlk Derece Mahkemesi davaya konu yazıda geçen olayların gerçekliği meselesine eğilmiş ve yayınların yapıldığı tarihte meydana gelen olaylarla yayınların içeriği arasındaki öz-biçim ilişkisinin bozulmadığına ve başvuruya konu sözlerde bahsi geçen olayların 'gerçekliğe uygun' olduğuna karar vermiştir.”

31. Bu şartlarda, yukarıdaki değerlendirmelerin tamamı ve yargı mercilerinin farklı çıkarları dengelerken sahip oldukları takdir payları da dikkate alındığında, Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında yer alan pozitif yükümlülüklerle uyulduğu, derece mahkemelerince tarafların haklarının değerlendirilmesinde açık bir dengesizlik saptanmadığı ve bu kapsamda bir ihlalin olmadığı açık olduğundan, başvurunun diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin 'açıkça dayanaktan yoksun olması' nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.”

Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 20/06/2016 tarih, 2016/508 Esas-2016/8114 sayılı Kararı¹² da söz konusu hakların çatışmasıyla ilgili olarak AİHM kararlarını aynen yansıtmaktadır.

F- Yargı organının otorite ve tarafsızlığının sağlanması ve basın

Devam eden yargılama ile ilgili basında haber veya yorum yapılabilir. AİHM, vermiş olduğu kararlarda, bir uyumsuzluğun yargı organına intikal etmiş olmasının, o uyumsuzluk ile ilgili haber veya yorum yapılamayacağı anlamına gelmediğini belirtmektedir. Örneğin, Sunday Times Davası (Başvuru No. 6538/74) konunun incelendiği tipik bir davadır. Dava konusu olayda, Sunday Times gazetesi, devam eden

¹² “Basın özgürlüğü ile kişilik değerlerinin karşı karşıya geldiği durumlarda; hukuk düzeninin çatışan iki değeri aynı zamanda koruma altına alması düşünülemez. Bu iki değerden birinin diğerine üstün tutulması gerektiği, bunun sonucunda da daha az üstün olan yararın daha çok üstün tutulması gereken yarar karşısında o olayda ve o an için korumasız kalmasının uygunluğu kabul edilecektir. Bunun için temel ölçüt kamu yararıdır. Gerek yazılı ve gerekse görsel basın bu işlevini yerine getirirken, özellikle yayının gerçek olmasını, kamu yararı bulunmasını, toplumsal ilginin varlığını, konunun güncelliğini gözetmeli, haberi verirken öze biçim arasındaki dengeyi de korumalıdır. Yine basın, objektif sınırlar içinde kalmak suretiyle yayın yapmalıdır. O anda ve görünürde var olup da sonradan gerçek olmadığı anlaşılan olayların yayınından da basın sorumlu tutulmamalıdır. Dosya içeriğinden, davacının habere konu eylemler nedeniyle hakkında Adalet Bakanlığı tarafından soruşturma yürütüldüğü, yayının haber değerinin bulunup görünür gerçeğe uygun olduğu anlaşılmaktadır.

Şu durumda, dava konusu haberin güncel ve görünür gerçekliğe uygun olduğu, toplumun bilgi edinme, basının haber verme hakkı kapsamında kaldığı, habere yönelik toplumsal ilginin bulunduğu, soruşturmaya konu bir olayın gazetecilik tekniği gereği okuyucunun ilgisini çekecek nitelikte aktarıldığı, öze biçim arasındaki dengenin bozulmadığı, demokratik toplum tarafından meşru sayılabilecek nitelikte, ifade özgürlüğüne getirilmesi gereken bir sınırlamanın gerekli olmadığı, davacının kişilik haklarına bir saldırı bulunmadığı sonucuna varılarak istemin tümünden reddine karar verilmesi gerektiğinden kararın bozulması gerekmiştir.”

bir yargı sürecinin konusu olan olayla ilgili bir makale yayımlamış, konuyu sonraki makalelerde incelemeye devam edeceğini duyurmuştur. Bunun üzerine başsavcılık, yazılacak olan yazının “mahkemeye saygısızlık” oluşturacağı gerekçesiyle bir dava açmış ve mahkeme de yazıların yayımlanmasını bir tedbir kararı ile engellemiştir. AİHM, olayı yerleşik içtihadı uyarınca, sırasıyla; müdahalenin kanun tarafından öngörülmüş olup olmadığı, müdahalenin meşru amaca yönelik olup olmadığı, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı kriterleri bakımından incelemiştir.¹³

AİHM, yargılamaların yargı organları tarafından değil “basın tarafından” yapılmasının toplumda ön yargılara yol açabileceğini, bu durumun da halkın yargı organına duyduğu güveni ve saygıyı zedeleyebileceğini belirtmiş ve bunun, kamu düzeni açısından engellenmesi gereken bir durum olduğunu ifade etmiştir. Ancak Mahkemeye göre, bir olayın ulusal mahkemelere intikal etmiş olması, basın özgürlüğünün sınırlandırılması için yalnız başına bir sebep oluşturmaz. Sözleşme’nin amacı, bir uyumsuzluğun konusuna veya bir yargılamada ortaya çıkan sorunlara ilişkin tüm ifadeleri yasaklamak değildir. Yargılamalara konu olan olaylar uzmanlaşmış dergilerde, genel basında veya halk arasında tartışılabilir. Bu, yalnızca basının hakkı ve görevi değildir. Yargılama süreçleri kamuyu ilgilendirdiği için bu süreçlere ilişkin bilgi almak halkın da hakkıdır. Halk bu haktan ancak yazının yargı organının otoritesine açıkça tehdit oluşturduğu kanıtlanırsa mahrum bırakılabilir. Sonuç olarak Mahkeme, ilgili yazının toplumsal koşulları içinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiş; yazının yayımlanmasından önce de yazıya konu olan olayla ilgili bir kampanya yürütülmekte olduğundan yazının yargı organının otoritesine ek bir zarar verme olasılığı olmadığını belirtmiştir. Dolayısıyla müdahaleyi meşru amaçla orantılı bulmamış, sosyal ihtiyaç baskısına karşılık gelmediğine ve demokratik toplumda gerekli olmadığına karar vermiştir.

July ve Sarl Liberation Davası’nda da (Başvuru No. 20893/03) AİHM, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 848. toplantısında aldığı Tavsiye Kararı’na atfen, kamunun, yargısal otoritelerin ve polis hizmetlerinin faaliyeti hakkında medya aracılığıyla bilgi alabilmesinin gerektiğini dolayısıyla gazetecilerin, ceza adalet sisteminin işleyişi ile ilgili serbestçe haber veya yorum yapabilmesinin gerektiğini ifade etmiştir. Söz konusu Tavsiye Kararı’na göre, yargı organı, soruşturmanın gizliliğine halel gelmedikçe veya devam eden yargılamanın haksız şekilde etkilenmesine sebep olmadıkça medyayı bilgilendirecektir (Prensip 6). Ayrıca, özellikle meslekten olmayan yargıçların (*lay judges*) yer aldığı ceza yargılamalarında yargı otoritelerinin ön yargılı etkiye (yetki kullanan kişilerde ön yargı oluşturabilecek etki) karşı korunması gerektiği ifade edilmektedir (Prensip10). Nitekim AİHM, Tourancheau ve July Davası’nda (Başvuru No. 53886/00) sanıklardan birini savunmak için diğerinin suçlu olduğunu ima eden bir yazının yargılamada görevli olan meslekten olmayan hâkimleri etkileyebileceğini ifade ederek ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasını Sözleşme’nin ihlali olarak görmemiştir.

¹³ Arş. Gör. Abdulkadir Pekel. İfade Özgürlüğünün Sınırlandırma Sebeplerinden Biri Olarak “Yargı Organının Otorite ve Tarafsızlığının Sağlanması”. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVIII, Y. 2014*.

Yargı organının dayandığı kamu güvenini sarsan ve hâkimlere yönelik yıkıcı ve temelsiz ifadeler yasaklanabilir. AİHM, devam etmekte olan yargılama ile ilgili haber ve yorum yapılmasını kabul etmekle birlikte yargı organının dayandığı kamu güvenine de önem vermektedir. Örneğin, Worm Davası'nda (Başvuru No. 22714/93) Mahkeme, bir gazetecinin devam eden yargılaması ile ilgili yorum ve eleştiri yaparken yargılanan kişinin veya kişilerin de adil yargılanma hakkı olduğunu akılda tutması gerektiğini ifade etmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, gazetecilerin yorum yapma haklarının onlara, ön yargı oluşturma, -bilerek veya bilmeyerek- kişileri adil yargılanma hakkından alıkoyma veya toplumdaki yargıya ilişkin güveni baltalama hususlarında yetki vermeyeceğini vurgulamıştır.

Sonuç olarak AİHM, bir yazarın, eski ekonomi bakanının vergi kaçırma davası ile ilgili bir yazı yazdığı için, “devam etmekte olan bir ceza yargılamasını yasaklanan bir şekilde etkilediği” gerekçesiyle Medya Kanunu'nun 23. maddesine göre mahkûm edilmiş olmasını Sözleşme'ye aykırı bulmamıştır. Başvurucu ve Komisyon, davaya konu olan yazıda yalnızca savcının iddianamesindeki bir hususun belirtildiğini ileri sürmüşlerdir. Buna karşılık hükûmet ve Mahkeme, savcının iddianamesindeki bir husus belirtiliyorsa bile, bunun açıkça belirtilmesi gerektiğini, kişileri suçlamanın başvurunun değil, savcının görevi olduğunu vurgulamıştır.

Barfod Davası'nda (Başvuru No. 11508/85) da hâkimlerin dayandığı kamu güveni lehine bir sınırlama söz konusudur. Davada başvuru, bir yargılamada görev alan, meslekten olmayan iki yargıcın (*lay judges*), hükûmet tarafından atanmaları nedeniyle tarafsız olmadıklarına ve Anayasa'ya göre yargıcılık yapamayacaklarına ilişkin bir yazı yazmıştır. Başvurucu, yazısında, mahkemenin oluşma biçimini eleştirmekte ve söz konusu iki yargıcın bağımsız ve tarafsız karar vermek yerine hükûmetin bir memuru olarak karar verdiklerinden söz etmektedir. Başvurucu sadece yargılama sistemini eleştirmeye çalıştığını belirtmiş, bunu Komisyon da kabul etmiştir.

Ancak Mahkemeye göre, bu iki meslekten olmayan yargıcın şahsi itibarı hedef alınmadan da mahkemenin oluşma biçimi eleştirilebilir. Ayrıca başvuru, dava konusu olayın politik bir arka planı olduğunu ileri sürmüş ve meslekten olmayan yargıcılara ilişkin suçlamalarının politik tartışma kapsamında ele alınması gerektiğini belirtmiş, dolayısıyla eleştiri sınırlarının daha geniş olması gerektiğini söylemiştir. Mahkeme ise bu görüşü kabul etmemiştir. Meslekten olmayan yargıçlar yargılama görevi yürütmektedirler ve başvurunun ifadesi onlar hakkındaki kamu güvenini sarsmaktadır. Dolayısıyla Mahkeme, 10. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Prager and Oberschlick Davası'nda (Başvuru No. 15974/90) da AİHM, başvuru yazarın yazıp yayımladıkları “Dikkat! Acımasız Hâkimler!” başlıklı makale dolayısıyla konuyu incelemiştir. Makale, ceza hâkimlerinin sanıklara “zaten suçluymuşlar gibi” davrandıklarından, kaba ve zorba olduklarından, bu tür durumları alışkanlık hâline getirdiklerinden bahsetmektedir. Ayrıca Yargıç J. ile ilgili, doğrudan kişinin şahsiyetine yönelik sert ifadeler makalede yer almaktadır. Mahkeme olayı hem “kişilerin hakları ve saygınlığı” hem de “yargı organının otorite ve tarafsızlığının sağlanması” açısından incelemiştir. Bu kapsamda Mahkeme, başvurunun gerek genel olarak gerekse Yargıç J. ile ilgili ileri sürdüğü bu sert ifadelerin kişilerin onur ve

saygınlığına halel getirmekle kalmayıp yargı organının bütünlüğü ve toplumdaki güvenini de baltaladığını tespit etmiştir.

Soruşturmanın gizliliğini ihlal eden ifadeler sınırlandırılabilir. Bilindiği üzere, AİHS'nin 6. maddesinin 2. fıkrası “masumiyet karanesi” olarak da bilinen ilkeyi düzenlemektedir: “Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.” Bu ilkenin doğal sonucu, bir kişinin suçluluğuna veya suçsuzluğuna yalnızca mahkemelerin karar verebilmesidir. Dolayısıyla “masumiyet karanesi”nin “yargı organının otoritesi” ile doğrudan bir ilişkisi vardır. Algı oluşturma etkisine sahip medya gibi araçlarla kişilerin suçlu olduğu yönünde bir toplumsal kanı oluşturmak, “yargı organının otoritesi”ni sarsar. Çünkü böyle bir durum engellenmediği takdirde, kişilerin suçluluğuna yargı değil, medya karar veriyor hâle gelebilir.

Yukarıda bahsedilen Sunday Times (Başvuru No. 6538/74) Kararı’nda Mahkeme bu duruma şu ifadelerle işaret etmektedir: *“Eğer uyumsuzlukta ortaya çıkan sorunlar, halkın peşin hükümlere varmasına yol açacak bir biçimde açığa vurulacak olursa mahkemeler kendilerine duyulan saygı ve güveni kaybedebilirler. Ayrıca halkın, basın yayın organlarında sahte yargılamaları düzenli olarak görmeye alışmasının, mahkemelerin hukuki uzlaşmazlıkların çözümü için uygun bir forum oldukları anlayışına karşı uzun dönemde kötü sonuçlar doğurabileceği gözden uzak tutulamaz.”* Söz konusu Dava’da yerel makamlar, kişilerin, yargılama sonuçlanmadan önce halk nezdinde suçlu duruma düşürülmelerinin yargı organının otoritesini sarstığını belirtmiştir. Buna göre, kişiler bu şekilde “basın tarafından yargılama”ya maruz bırakılacak olursa yargısal süreçler güvenilirliğini yitirir ve yargı mercilerinin yargılama yetkisi “gasp edilmiş” olur.

G- Gazetecilik etiği ve basın

AİHM, haberlerin sunulma tarzını incelediği bir davada gazetecilik etiğinden de bahsetmiştir. Ulusal Basın Konseyinin Gazetecilerin Hak ve Sorumlulukları Bildirgesi’ni açıkça ihlal eden haberlerin biçiminden ötürü gazeteyi net ve katı bir dille eleştirmiştir.

İfade özgürlüğünü kullanan kişilerin -buna gazeteciler de dâhildir- bu özgürlüğü kullanırken “görev ve sorumlulukları” olduğunu baştan beri anlatmaya çalışmaktayız. Bu görev ve sorumluluğun genişliği, kullanılan teknik araca ve duruma göre değişiklik gösterir (Leempel & S. A. Cine Revue, §66).

Sözleşme’nin 10. maddesinin gazetecilere tanıdığı güvence, gazetecilerin meslek etiğini gözeterek “doğru ve güvenilir” bilgiler sunmaları anlamında iyi niyetle hareket etmeleri koşuluna bağlıdır (Goodwin, §39; McVicar, §83-86; Colombani, §65). Bir gazetecinin “ödev ve sorumlulukları” göz önünde tutulurken, söz konusu basın organının potansiyel etkisi önemli bir faktör olup, görsel-işitsel basının yazılı basına göre çok daha hızlı ve güçlü bir etkiye sahip olduğu yaygın olarak kabul edilen bir durumdur (Jersild, §31). Bir çatışma ortamında, medyanın “nefret söylemi ve şiddet çağırısı” yayan bir araca dönüşmekten kaçınması gereklidir (Sürek [No. 1], §60). “Çoğulcu demokrasinin temel

ilkelerinin inkârını oluşturacak şekilde hoş görülemez mahiyette ifadeler’e karşı tedbirler almak da demokratik bir toplumda meşru kabul edilebilir (Medya Fm Radyo ve İletişim Hizmetleri AŞ / Türkiye).

Diğer yandan, yazarlara bir yayın aracı sunan editörler de ifade özgürlüğüne katılırlar ve böylece, dolaylı olarak, yazıları yayımlanan yazarların “görev ve sorumluluklarını” paylaşırlar (Sürek [No. 1], §63). Basının modern toplumlarda oynadığı rolün değeri dikkate alındığında basın organlarının sorumluluğu günümüzde daha da önem kazanmıştır. Bu çerçevede, medya organları sadece bilgi vermekle yetinmemekte, diğer yandan, bilgileri sunma tarzı ile hedef kitlenin bunu nasıl değerlendireceğini de belirleyebilmektedirler. Gerek geleneksel gerekse elektronik medya araçları vasıtasıyla ve giderek daha çok aktörün müdahale ettiği yoğun bir bilgi akışı ile karşı karşıya kalan bireylerin yaşadığı günümüz dünyasında gazeteci deontolojisine saygının denetlenmesi daha da önem kazanmıştır (Stoll, §104).

Gazetecilikle ilgili meslek kuruluşları tarafından, gazetecilere yol göstermek ve uymaları gereken kural ve davranışları belirlemek amacıyla gazetecilik meslek ilkeleri geliştirilmiştir. Günlük kullanımda çoğu zaman gazetecilik etiği denilince söz konusu meslek ilkeleri akla gelmektedir .

Bu tür kodlara Türkiye Gazeteciler Cemiyetinin Türkiye Gazetecileri Hak ve Sorumluluk Bildirgesi’ndeki “Gazetecinin Hakları” başlığını taşıyan bölüm örnek gösterilebilir. Bu bölümde, gazetecinin meslek ilkelerine aykırı iş yapmaya zorlanamayacağı; tüm bilgi kaynaklarına serbestçe ulaşma, olayları izleme ve araştırma hakkına sahip olduğu; icap ettiğinde işletmenin işleyişini belirleyen kararların alınmasına katılması gerektiği; örgütlenme ve kişisel sözleşme yapma hakkına sahip olduğu gibi ilkelere yer verilmektedir. Bu Bildirge’nin bazı bölümleri aşağıya alınmıştır.¹⁴

¹⁴ **D- Gazetecinin temel görevleri ve ilkeleri**

1. Halkın bilgi edinme hakkı uyarınca, gazeteci, kendi açısından sonuçları ne olursa olsun, gerçeklere ve doğrulara saygı duymak ve uymak zorundadır.
2. Gazeteci; bilgi ve haber alma, yorum yapma ve eleştirme özgürlüklerini ne pahasına olursa olsun savunur.
3. Gazeteci; başta barış, demokrasi ve insan hakları olmak üzere, insanlığın evrensel değerlerini, çok sesliliği, farklılıklara saygıyı savunur. Milliyet, ırk, etnisite, cinsiyet, dil, din, sınıf ve felsefi inanç ayrımcılığı yapmadan tüm ulusların, tüm halkların ve tüm bireylerin haklarını ve saygınlığını tanır. İnsanlar, topluluklar ve uluslar arasında nefreti, düşmanlığı körükleyici yayından kaçınır. Bir ulusun, bir topluluğun ve bireylerin kültürel değerlerini ve inançlarını (veya inançsızlığını) doğrudan saldırı konusu yapamaz. Gazeteci; her türden şiddeti haklı gösterici, özendirici ve kışkırtan yayın yapamaz.
4. Gazeteci, kaynağını bilmediği bilgi ve haberleri yayımlamaz; kaynak açık olmadığında, yayımlamaya karar verdiği durumlarda da kamuya gerekli uyarıları yapmak zorundadır.
5. Gazeteci, temel bilgileri yok edemez, görmezlikten gelemmez ve metinlerle belgeleri değiştiremez, tahrif edemez. Yanlış, yanıltıcı ve tahrif edilmiş yayın malzemesi kullanmaktan uzak durur.
6. Gazeteci; bilgi, haber, fotoğraf, görüntü, ses, belge elde etmek için yanıltıcı yöntemler kullanamaz.
7. Gazeteci, kamuya mal olmuş bir şahsiyet bile olsa, halkın haber alma, bilgilenme hakkıyla doğrudan bağlantılı olmayan hiçbir amaç için, izin verilmedikçe özel yaşamın gizliliği ilkesini ihlal edemez.

Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Esas 2014/23240, 2015/5838 Karar ve 06.04.2015 tarihli Karar'ında "Sanığa isnat edilen haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu, TCK'nın dokuzuncu bölümündeki özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlardan olup salt gazetecilik mesleğini icra etmek, meslek mensubuna, kişilerin özel hayatlarına koşulsuz ve sınırsız şekilde müdahalede bulunma hakkı vermez. Bilinmesinde kamu yararı olan bir bilgiye ulaşmak saikiyle hareket edilmesi veya tesadüfen böyle bir bilginin öğrenilmiş olması hâlinde dahi bu sonuç değişmez. Aynı şekilde; Cumhurbaşkanı, Başbakan, bakanlar, milletvekilleri, politikacılar, bürokratlar, diplomatlar, bilim adamları, sanatçılar, sporcular gibi içinde bulundukları konum, mesleki faaliyetleri ve görevleri nedeniyle kamu nezdinde tanınan kişilerin özel hayatlarının dokunulmaz ve gizli alanlarının, toplumda yer alan diğer kişilere oranla daha sınırlı olması, bu kişilerin özel hayatlarına ağır, ölçüsüz ve haksız müdahalede bulunulabileceği anlamına gelmez. Aksinin kabulü, kişilerin özel hayatlarını, Anayasal ve yasal korumadan yoksun bırakır. Basın ve yayın organları; bilgi edinme, bilgiyi yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratma haklarını kullanırken ve habere ulaşmada, kamu yararını gözetmek zorunda oldukları gibi, haber içeriğinin görünür gerçeğe uygun ve güncel olup olmadığını özenle irdelemek, haberin verilisinde tahrir edici bir dil kullanmayıp ölçülülük ilkesine de uygun davranmak mecburiyetindedirler." tespitinde bulunmuştur.

Sonuç

-
8. Gazeteci, yayımlanmış her yanlışı en kısa sürede düzeltmekle yükümlüdür. Gazeteci, istismar edilmemesi, kötüye kullanılmaması ve kabul edilebilir boyutlar ile biçimde yapılması kaydıyla, cevap hakkına saygılı olmalıdır.
 9. Gazeteci, kendisine güvenilir verilmiş bilgilerin, belgelerin kaynaklarını, kendileri izin vermediği sürece, mesleki gizlilik ilkesi uyarınca, hiçbir şekilde açıklamaz.
 10. Gazeteci; çalıntı, iftira, hakaret, lekeleme, saptırma, manipülasyon, söylenti, dedikodu ve dayanaksız suçlamalardan kesinlikle uzak durur.
 11. Gazeteci, bir bilginin, haberin yayımı veya yayımlanmaması karşılığı hiçbir maddi veya manevi avantajın peşinde olamaz. Gazeteci, devlet başkanından milletvekiline, iş adamından bürokratına kadar haber kaynağı olarak da kabul edilen kişi ve kurumlarla iletişimini ve ilişkisini meslek ilkelerini gözeterek yürütür.
 12. Gazeteci, hangi konuda olursa olsun, elde ettiği bilgileri geniş biçimde yayın konusu yapmadan kendi yararına kullanamaz. Mesleğini, ne şekilde olursa olsun, (yasaların ve yönetmeliklerin kendisine tanıdığı hakların dışında) ayrıcalıklar kazanmak amacıyla kullanamaz.
 13. Gazeteci, her ne amaçla olursa olsun, tehdit ve şantaj gibi yollara başvurmaz. Gazeteci bu şekilde baskılara da karşı koyar.
 14. Gazeteci her türlü baskıyı reddeder ve çalıştığı basın-yayın organındaki yöneticileri dışında kimseden işiyle ilgili talimat alamaz.
 15. Gazeteci sıfatını taşımayı hak eden herkes meslek ilkelerine en yüksek seviyede uymayı taahhüt eder. Ülkesindeki yasalara saygılı olmakla birlikte, hükümet ve benzeri kurumların müdahalelerine kapalıdır. Mesleki olarak yalnızca meslektaşlarının ve kamunun değerlendirmeleri ile bağımsız yargı organlarının kararlarını dikkate alır.
 16. Gazeteci, devleti yönetenlerin belirlediği ulusal ve uluslararası politikalar konularında ön yargılara değil, halkın haber alma hakkına dayanır. Onu mesleğin temel ilkeleri ve özgürlükçü demokrasi kaygıları yönlendirir.

Basın özgürlüğünün Sözleşme ve kanunla belirlenen sınırlarının olduğunu yukarıda belirledik. Ancak zaman zaman AİHM ve AYM'nin içtihatları ile bu konuda oluşan boşluklar doldurulmaya çalışılmıştır. Basının kamuya bilgi vermek, onlara elde ettikleri haberleri ulaştırmak ve kimi zaman da eğlendirmek görevi olduğunu ancak modern hayatta insanları etkileme gücü nedeniyle görev ve sorumluluklarını zaman zaman unuttuğuna şahit olmaktadır. Bu nedenledir ki mahkeme kararlarının dışında, basın mensupları, sivil toplum kuruluşları şeklinde bir araya gelerek kendilerine meslek ilkeleri adı altında uyacakları bir dizi kural getirmişlerdir. Bu kurallara uyacaklarına dair halka taahhüt vererek aslında kendilerini bu şekilde bağlamışlardır. Ancak söz konusu taahhüde uyup uymadıkları, üzerlerine düşen yükümlülükleri ve bilhassa özen yükümlülüğünü yerine getirip getirmedikleri konusu her zaman tartışmaya açıktır zira basın, hayatımızın bir parçası olmaya devam edecektir.

Yazımızın başında yer verdiğimiz, *The Times*'a konu olan haberi yorumlayan değerli Yargıç Egbert Myjer'ın yazısına devam ediyoruz. Yargıç Myjer, söz konusu habere dair yorumunu şu sözlerle tamamlamıştır:

“ – ‘*The Times*’ gazetesinde çıkan haberin verilme biçimiyle yukarıda dile getirilenler karşılaştırıldığında, sizce arada nasıl bir bağlantı olabilir?

Basının, siyasetçiler ve kamu açısından, hâkimlerin üzerlerine düşen ağır sorumluluklarını kendilerine emanet edilmiş olan görevin temelini oluşturan amaçla uyumlu bir şekilde yerine getirip getirmediklerini doğrulama araçlarından biri olduğunu tekrarlamak elbette ki faydalı olabilir. Aynı şey AİHM açısından da geçerlidir. Basın özgürlüğünün yalnızca lehte olduğu kabul edilen veya zararsız yahut ilgilenmeye değmez görünen bilgi veya fikirler için değil aynı zamanda devlet veya toplumun bir bölümü için incitici, sarsıcı veya rahatsızlık verici bilgi ve fikirler için de geçerli olduğu pek tabii ki doğrudur. Ayrıca gazetecilere tanınan özgürlüğün, belirli bir derecede abartıya hatta provokasyona başvurma ihtimalini kapsadığı da doğrudur. Ne var ki yayının biçiminin gazetecilik etiğine uygun olup olmadığının sorusu da bir miktar önem arz etmekte olup, hâkimlere yönelik kabul edilebilir nitelikteki eleştirinin sınırları ise oldukça dardır.

Başkalarına duyulan saygı ve etik prensiplere duyulan bağlılıktan ötürü, gazetecilerin kendi kendilerine koyduğu sınırlar ‘The Times’ı bu şekilde bir yayın yapmaktan kaçınmaya itebilirdi. Bu tür durumda yazının muhatabı olan üç yargıç tarafından kaleme alınarak editöre mektup göndermek suretiyle genelde etkili bir tepki yöntemi kullanılabilir. Ancak söz konusu mektubun, yargıçlar tarafından yazılan son paragrafında ‘Ne var ki geçmişten gelen bir ağırlığa ve saygınlığa sahip gürleyen lakaplı bir gazetenin meseleleri çarpıtıp önemsizleştirmesi kimseye bir yarar sağlamaz.’ diyen son cümlesinin gazetede yayımlanmamış olması, iyi niyetli bir bakış açısıyla, editörlerin kendilerini bir parça rahatsız hissetmiş olduğuna dair bir gösterge olarak da yorumlanabilir.

Fakat bir an için ‘The Times’ın, AİHM’yi olabilecek en koyu ve en büyük punto ile Avrupa’nın Saray Soyatarıları olarak adlandırarak Mahkemenin otoritesini sarsmaktan ötürü ulusal mahkemelerde dava konusu edilmesinin mümkün olduğunu düşünelim. Diyelim ki en yüksek İngiliz mahkemesi, ‘The Times’tan özür dilemesini istesin. Sonra

da ‘The Times’, AİHM’ye başvurup 10. madde kapsamındaki hakkının ihlal edilmiş olduğundan yakınsın. Mahkeme de bu davada bütünüyle çekilmesin (Zira 6. madde kapsamındaki içtihatlarında ayrıntılı bir şekilde ele alındığı üzere, ‘The Times’a nesnel tarafsızlık teminatı sağlamak için yapabileceği tek şey bu olacaktır.) ve varsayalım ki Mahkeme, bir seferliğine ikincillik ve takdir yetkisi prensiplerini önemsemesin. Peki bu durumda ne olur?

Bu soruyu cevaplamaya hazır değilim. Ben meddah değilim hatta bir saray soytarısı bile değilim.”

Günümüzde gazeteciler, yasal sınırlamalar, reklamcılar ve gazete sahiplerinin baskıları, devlet sırlarının getirdiği kısıtlamalar gibi pek çok baskı ve sınırlamalarla dolu bir ortamda mesleklerini yürütmektedirler. Böyle bir ortam, gazetecinin serbest hareket alanını daraltsa da gazetecilik ahlakına uygun karar verme, haberin doğruluğunu araştırma, iyi niyetle hareket etme ve en önemlisi kamu yararını gözetebilme gibi etik davranışları gerçekleştirmenin her zaman mümkün olduğunu düşünmekteyiz.

Kaynakça

- Aksoyak, Tayfun. Mukayeseli Hukukta Basın Hürriyetinin Düzenlenişi. *Prof. Dr. Halil Cin'e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı*. Konya. 1995.
- Ali Parlar., Muzaffer Hatipoğlu. *Ceza Hukuku ve Özel Hukukta Hakaret Suçları ve Tazminat Davaları*. Adalet Yayınevi: Ankara. 2008.
- Arpacı, Abdulkadir. *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)*. 2. Basım. İstanbul. 2000.
- Ataay, Aytekin. *Şahıslar Hukuku, Hakiki Şahıslar*. B. 3. İstanbul. 1981.
- AIHM Kararları Kaynakçası*
- Baykan, Metin. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Basın Özgürlüğü*. Ankara. 2011.
- Belli, Doğan Bülent. *Basın Yolu ile Kişilik Hakkına Saldırılarından Doğan Hukuki Sorumluluk*. Ankara. 2008.
- Benedek Wolfgang. *İfade Özgürlüğü ve İnternet, İnsan Haklarını Anlamak*. Ağustos. 2014.
- İfade Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Nicolas Bratza'ya İthafen Kaleme Alınmış Makaleler*. AB-AK Ortak Projesi. Eylül 2012.
- Dural, Mustafa., Öğüz, Tufan. *Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku*. İstanbul. 2002.
- Erman-Çetin Özek. *Açıklamalı Basın Kanunu*. Alfa Yayınları: İstanbul. 2000.
- Erol Çetin. *Basın Hukuku*. 4. Baskı. Seçkin Yayınları: Ankara. 2008.
- Erol Çetin. *Hakaret Suçları*. 2. Baskı. Seçkin Yayınları: Ankara. 2007.
- Eren, Fikret. Basında Hukuki Sorumluluk. *Türk Basınının Sorunları Sempozyumu*. Ankara. 1986.
- Erhan Günay. *Yayın Yoluyla Kişilik Haklarına Saldırı ve Basında Sorumluluk*. Seçkin Yayınları: Ankara. 1999.
- Gelgör, Burhan. Basın Özgürlüğü. *Adalet Dergisi, Eylül-2006*.
- Gölcüklü, Feyyaz. *Haberleşme Hukuku*. Ankara. 1970.
- Hatemi, Hüseyin. *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları: Özellikle BK. 65 Kuralı*. İstanbul. 1976.
- Helvacı, Serap. *Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar*. İstanbul. 2001.

- İçel, Kayıhan., Ünver, Yener. *Kitle Haberleşme Hukuku*. 7. Basım. İstanbul. 2007.
- İfade Özgürlüğü ile İlgili Türk Yüksek Mahkeme Kararları Kaynakçası*
- Kaneti, Selim. Çatışan Değerlerin Tartılmasına Dayanan Hukuka Uygunluk. *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II. Sempozyumu*. İstanbul. 1981.
- Kaplan, İbrahim. *Kişilik Haklarının Kitle Haberleşme Araçları Karşısında Korunması*. Ankara. 1979.
- Karabağ Bulut, Nil. Basın Özgürlüğü ile Özel Yaşama Saygı Gösterilmesi Hakkı Arasında Kurulacak Dengenin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin von Hannover v. Almanyası Vakası'na İlişkin 24 Haziran 2004 Tarihli Kararı Işığında Değerlendirilmesi. *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. II*. İstanbul. 2010.
- Kartal, Bilal. Basın-Yayın Yoluyla Kişilik Haklarına Saldırı ve Hukuki Sorumluluk. *YD., Y. 1997, C. 23, S. 1-2*.
- Kılıçoğlu Ahmet. Sorumluluk Açısından Basın Özgürlüğünün Özel Hukuktaki Yeri. *YD. C. 13*. 1987. S.1-2.
- Kılıçoğlu, Ahmet. *Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk*. 2. Basım. Ankara. 1993. Kısaltma: Kılıçoğlu (H. Sorumluluk).
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler. *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu*. Ankara. 1980.
- M. Ahmet Kılıçoğlu. *Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk*. 3. Baskı. Turhan Yay.: Ankara. 2008.
- Oğuzman, Kemal., Öz, Turgut. *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*. İstanbul. 2006.
- Oğuzman, Kemal., Seliçi, Özer., Oktay-Özdemir, Saibe. *Kişiler Hukuku*. 11. Basım. İstanbul. 2011.
- Öngören, Gürsel. Basın, Radyo Televizyonda Cevap ve Düzeltme Hakkı. *İst. Bar. Der., Y. 1995. S. 7-8-9*.
- Özek, Çetin. *Türk Basın Hukuku*. İstanbul. 1978.
- Özel, Sibel. *Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması*. 2. Basım. Ankara. 2004.
- Özsunay, Ergun. *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*. İstanbul. 1979.
- Öztan, Bilge. *Şahsın Hukuku, Hakiki Şahıslar*. 9. Basım. Ankara. 2000.

Reisoğlu, Safa. *Basın Özgürlüğü ve Kişilik Haklarının Korunması, Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan*. İstanbul. 2008. Kısaltma: Reisoğlu (Kişilik Haklarının Korunması)

Reisoğlu, Safa. *Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları*. İstanbul. 2001. Kısaltma: Reisoğlu (İnsan Hakları).

Serdar, İlknur. *Radyo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Hakkının İhlali ve Kişiliğin Korunması*. Ankara. 1999.

Şen, Ersan. *Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında, Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması*. İstanbul. 1996.

Şener, Esat. *Açıklamalı İçtihatlı, Türk Medeni Kanunu*. Ankara. 1991.

Tandoğan, Haluk. Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması. *AÜHFD*, Y. 1963, C. XX. S. 1-4.

Tekinay, Akman., Burcuoğlu, Altop. *Tekinay Borçlar Hukuku*. B. 7. İstanbul. 1993.

Tüfek, Ömer Faruk. *Basın Yoluyla Kişilik Haklarının İhlali*. Ankara. 2007.

Türkiye Adalet Akademisi, İfade Özgürlüğü Özel Sayısı.

Yaşar Salihpaşaoğlu. *Türkiye'de Basın Özgürlüğü*. Seçkin Yayınları: Ankara. 2007.

Uygur, Turgut. *Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu, Genel Hükümler, C.1*. Ankara. 1990.

Ünal Özkorkut, Nevin. Basın Özgürlüğü ve Osmanlı Devletinde Görünümü. *AÜHFD*, Y. 2002, C. 51. S. 3.

Zevkliler, Aydın., Acabey, Beşir., Gökyayla, Emre. *Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku*. B. 6. Ankara. 2000.

Zevkliler, Aydın. Basının Hukuki ve Cezai Sorumluluğu. *Basının Sorunları ve Sorumlulukları Sempozyumu*. Diyarbakır. 1987. Kısaltma: Zevkliler (Sempozyum).

Zevkliler, Aydın. *Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler*. Ankara. 1981. Kısaltma: Zevkliler (Kişiler H.).

İfade Özgürlüğüne İlişkin Davalarda Üç Aşamalı Test Kapsamında Bağlam Değerlendirmesi

Eda Biçgin

Türkiye Adalet Akademisi Koordinatör Hâkim
ebicgin10@gmail.com

Özet

Bireyin varlığının gelişmesi ve kendini geliştirmesinin vazgeçilmez bir unsuru niteliğindeki ifade özgürlüğünün, bu özelliğinden olsa gerek, insanlık tarihi boyunca üstün korumadan yararlandırılması gerekliliği savunulsa da belirli şartlar altında sınırlandırmaya tabi tutulması gerektiği de göz ardı edilmemiştir. Bu esastan hareketle; tüm bölgesel ve uluslararası belgelerde olduğu gibi AİHS'de de sınırlandırmada kullanılan ölçütler belirlenmiş ve AİHM içtihatlarıyla içeriği temellendirilmiştir.

İç hukukumuzun bir parçası olan AİHS'de yer alan düzenlemeler ışığında, zorunlu yargı yetkisini kabul ettiğimiz AİHM'nin ifade özgürlüğüne ilişkin davalarda geliştirdiği üç aşamalı test, anılan uluslararası yargı organının, sınırlandırmanın koşullarını nasıl yorumladığını göstermektedir. Özellikle açıklanan düşüncenin ifade özgürlüğü kapsamında koruma görüp görmeyeceğini inceleyen mahkemenin demokratik toplumda gereklilik kriterini değerlendirirken ifadenin içeriğinin kullanıldığı bağlamdan koparılması gerektiğine ilişkin yaklaşımı, bu yöndeki kararları ve yüksek yargımızın içtihatlarının örneklendirilmesi suretiyle konuya bakış açısı, çalışmanın özünü oluşturmaktadır.

Anahtar kelimeler: ifade özgürlüğü, ifade özgürlüğünün sınırları, üç aşamalı test, bağlam, bağlam değerlendirmesi.

Abstract

Although it is always argued that freedom of expression which is indispensable part of existence and self-development of the individual must benefit from a superior protection, it is also taken into consideration that under certain circumstances it might be subject to limitation. From this point of view, as in all regional and international documents, the criteria regarding the limitation are determined in the ECHR and grounded by the case law of ECHR.

In the light of ECHR which is a part of our national law, the three-part test which is developed by ECHR in the cases on freedom of expression, shows how above-mentioned international court interprets the conditions of limitation. Especially the Court's opinion that the content of the expression should not be separated from its context while the Court assesses whether the expression is protected under freedom of expression and the criterion of necessity in a democratic society constitutes the core of this paper with the examples from the judgements of the Court and the jurisprudence of the national high courts.

Keywords: freedom of expression, limits of freedom of expression, three-part test, context, assessment of context.

“Sorumluluk olmadan özgürlük yoktur, çünkü bir özgürlüğün sınırsız kullanılması başka hakların ihlaline yol açabilir.”

Wolfgang Benedek

Giriş

Temel hak ve özgürlükler; yaradılıştan bu yana yüzyıllar boyunca farklı şekilde adlandırılmış ve anımlandırılmış olsa da insanın hiçbir ayırım gözetmeksizin sadece bu vasfından dolayı sahip olduğu bu hak ve özgürlüklerin, yadsınamaz bir değerler bütünü olduğuna hiç kuşku yoktur. Sosyal bir varlık olan insanın düşüncelerini açıklaması, savunması, paylaşması, aktarması ve yayması ise bu bütünün parçalarından birini oluşturan ifade özgürlüğünü kullanması ile mümkündür.

Yaşam hakkından sonra gelen en temel hak olan ifade özgürlüğü hakkı - mevcudiyetinde birçok unsuru barındıran çerçeve bir hak olması nedeniyle- kapsamı ve sınırları hususunda sayısız görüşe konu olmuş ve gerek yerel gerekse uluslararası birçok yargı kararı olmasına rağmen hiçbir zaman güncelliğini yitirmemiş ve çoğu zaman tartışmaların odağına yerleşerek aynı zamanda korunmaya çalışılmıştır.

Söz, yazı, resim, müzik, görüntü, eylem gibi biçimlere bürünerek ortaya çıkan ayrıca görüş sahibi olma, bilgi ve düşünceleri araştırma, elde etme ve yaygınlaştırma özgürlüğünü de kapsayan ifade özgürlüğünün uluslararası düzeyde korunmasının en temel yansımasını, şüphesiz AİHS ve bu Sözleşme ile belirlenen yargı organı olan AİHM içtihatları ile görmekteyiz.

AİHS'nin 10. maddesiyle güvence altına alınan ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun temel taşlarından olduğu, AİHM'nin Handyside / Birleşik Krallık Davası'nda şu şekilde belirtilmiştir:¹

“İfade özgürlüğü, toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturur. İfade özgürlüğü 10. maddenin sınırları içinde sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen ‘haber’ ve ‘düşünceler’ için değil, aynı zamanda devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz.”

Demokratik toplumun temel gerekliliği olan ifade özgürlüğü esas olmakla birlikte mutlak bir hak olmadığından sınırlı sebeplerle ve belirli şartlarda kısıtlanabilir. Ancak kısıtlama sebepleri değerlendirilirken; ifade sahibinin ve muhatabının kim olduğu,

¹ Handyside / Birleşik Krallık Davası. Doğru, Osman., Nalbant Atilla. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi - Açıklama ve Önemli Kararlar*, 2. Cilt, 2. Baskı. Ankara. 2013. s. 245 vd.

ifadenin kullanılmasına sebebiyet veren ortamın nasıl olduğu, bütünsel anlamda hangi içerikle ve iletişim aracıyla, nerede ve ne zaman açıklandığı hususları titizlikle ele alınarak ifadenin kullanıldığı bağlamdan koparılması gerekir.

Bu doğrultuda, çalışmada; ifade özgürlüğünün kısıtlanmasına değinilerek ifade özgürlüğü davalarında AİHM'nin esas aldığı üç aşamalı test uygulaması açıklanmak suretiyle kısıtlama koşullarından bahsedilecek; özellikle demokratik toplumda gereklilik kriteri analiz edilerek bağlam değerlendirmesinin hangi kapsamda yapılması gerektiği AİHM kararları ve Türk yüksek mahkeme kararlarından örnekler verilmek suretiyle incelenecektir.

A- İfade Özgürlüğünün Kısıtlanması

1- Genel olarak

Sınırsız özgürlük anlayışı felsefî anlamda ileri sürülebilir ise de bu görüşün toplumsal hayatta kuşkusuz ki geçerliliği bulunmamaktadır.² Bu temelden hareketle ifade özgürlüğünün de sınırsız ve mutlak olmadığı ancak istisnai hâllerde kısıtlanabileceği ve bu kısıtlamanın dar biçimde yorumlanması gerektiği esas alınmalıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki ifade özgürlüğünün düzenlendiği AİHS'nin 10. maddesinin birinci fıkrasında ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 25. maddesi ile 26. maddesinin birinci fıkrasında da yer aldığı üzere; devletler, negatif yükümlülüğü kapsamında ifade özgürlüğü hakkının ihlal edilebileceği herhangi bir işlemde kaçınmakla değil aynı zamanda pozitif yükümlülüğü kapsamında herkesin bu hakkı etkili bir şekilde kullanmasını sağlamak amacıyla gereken tedbirleri almak ve uygun ortamı sağlamakla da yükümlüdür. AİHM, Dink / Türkiye Kararı'nda, Anayasa Mahkemesi ise Bekir Coşkun başvurusunda bu hususu vurgulamıştır.³ Belirtilen yükümlülükler göz önüne alınarak kısıtlama sebeplerinin değerlendirilmesi hakkın özüne dokunmama açısından önem taşımaktadır.

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

³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 14.09.2010 tarihli Dink / Türkiye Kararı'nda; "(...) İfade özgürlüğünün gerçek ve etkili bir biçimde kullanımı yalnızca devletin her türlü müdahaleden imtina etme görevine bağlı değildir. Bu hakkın kullanımı bireyler arasındaki ilişkilerde dahi pozitif koruma tedbirlerinin alınmasını gerekli kılar. Esasen, bazı durumlarda devlet, ifade özgürlüğü hakkını gerçek kişilerden kaynaklanan ihlallere karşı da korumakla yükümlüdür." şeklinde belirtilmişken; Anayasa Mahkemesinin 2014/12151 numaralı 04.06.2015 tarihli Bekir Coşkun başvurusunda ise; "(...) İfade özgürlüğü ve özel olarak basın özgürlüğü alanında devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri bulunmaktadır. Kamu makamları negatif yükümlülük kapsamında zorunlu olmadıkça düşüncenin açıklanmasını ve yayılmasını yasaklamamalı ve yaptırımlara tabi tutmamalı; pozitif yükümlülük kapsamında ise ifade özgürlüğünün gerçek ve etkili korunması için gereken tedbirleri almalıdır..." biçiminde açıklanmıştır.

Devletin yükümlülükleri de göz önünde bulundurularak yeri gelmişken açıkça ortaya koymak gerekir ki ifade özgürlüğü üzerindeki her türlü kısıtlama, koşul veya müdahale biçimi bu özgürlüğün sadece belirli bir kullanımı üzerinde uygulanabilir. İfade özgürlüğü hakkının içeriğine asla dokunulamaz. Anayasamızda, “hakkın özüne dokunmama” ilkesiyle belirtilen bu hususun AİHS’nin “Hakları Kötüye Kullanma Yasağı” başlıklı 17. maddesinde de yer aldığı görülmektedir.⁴

İfade özgürlüğünün kısıtlanmasına ilişkin kriterlerin değerlendirilmesinde esas alınan AİHS’nin 10. maddesinin ikinci fıkrası, “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.” biçiminde düzenlenmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın “Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması” başlıklı 13. maddesinde, *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa’nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyet’in gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”* şeklinde tüm temel haklar için sınırlama sebepleri yer almışken; “Düşüncüyü Açıklama ve Yayma Hürriyeti” başlıklı 26. maddesinin ikinci fıkrasında, *“Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyet’in temel nitelikleri ve Devlet’in ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.”* şeklinde ve aynı maddenin beşinci fıkrasında ise “Düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir.” biçiminde belirtilmiştir.

Kısıtlama kriterlerinde ifade özgürlüğü bakımından, AİHS ve Anayasamızdaki düzenlemenin genel olarak benzerlik taşıdığını söylemek mümkündür. Çalışmanın devamında meşru amaca uygunluk koşulu incelenirken birtakım farklılıklar olduğundan bahsedilecektir.

İfade özgürlüğünün kısıtlanmasına ilişkin değerlendirme, AİHM tarafından AİHS’nin 10. maddesinin ikinci fıkrası esas alınarak üç aşamalı test uygulamasıyla yapılmaktadır. Buna göre, yapılan kısıtlamada veya AİHM kararlarında ifade edildiği şekliyle müdahalede;

⁴ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin “Hakları Kötüye Kullanma Yasağı” başlıklı 17. maddesi şu şekildedir:

“Bu Sözleşme’deki hiçbir hüküm; bir devlete, topluluğa veya kişiye Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme’de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme veya eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz.”

- Kanunilik
- Meşru amaca uygunluk
- Demokratik toplumda gereklilik, kriterlerinin sırasıyla irdelendiği görülmektedir.

AİHM üç koşulun var olup olmadığını yukarıdaki sırayı takip etmek suretiyle inceleyerek koşullardan birinin yerine getirilmemiş olduğuna hükmettiğinde, söz konusu müdahalenin haksız olduğuna dolayısıyla ifade özgürlüğünün ihlal edilmiş olduğuna karar verir. Burada her üç koşulun yerine geldiğini ispat yükü devletin omuzlarındadır.

Belirtilen kriterlerden önce, gerekli olan bir müdahalenin mevcudiyetinden bahsetmek yerinde olacaktır.

2- İfade özgürlüğünün ihlali değerlendirmesinde ön şart: müdahalenin varlığı

AİHM tarafından üç aşamalı test olarak adlandırılan bu değerlendirme yapılmadan önce, belirtildiği üzere, ifade özgürlüğüne yönelik bir kısıtlamanın yani müdahalenin varlığını gösteren olguların tespit edilmesi gerekmektedir. İfade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla yargısal yola başvuran bireyler kimi zaman hukuki değerlendirmeyi hatalı yapmakta veya herhangi bir hak ihlaline uğramamış olsalar dahi bu inançla hareket etmektedirler. Dolayısıyla uyuşmazlığın ifade özgürlüğünün hangi boyutuyla ilgili olduğunun belirlenmesi suretiyle olayın somutlaştırılması, gerçek anlamda bir müdahale olup olmadığının belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır. Şayet bir müdahale olmadığına hükmedilirse üç aşamalı testi uygulamaya gerek kalmayacaktır.

Devlet müdahalesinden; kamu gücünü kullanan her tür makamın; yürütme kuruluşları, yargı organları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının ifade özgürlüğünün kullanımını kısıtladıkları veya bu sonucu yaratan her tür müdahalesi veya bu sonucu doğuran ihmali anlaşılır.⁵ AİHM her bir dava için, ülke otoritelerinin almış olduğu spesifik tedbirin ifade özgürlüğü hakkının kullanımı üzerindeki kısıtlayıcı etkisine bakarak, bir müdahale olup olmadığını ayrı ayrı inceler ve kararlaştırır.⁶ Müdahale; adli para cezası veya hapis cezasına mahkûmiyet, mahkemece tazminat ödenmesine karar verilmesi, fotoğrafların gazetede yayımlanmasının yasaklanması, yayınların toplatılması veya kanaatlerin ifadesi veya bilginin aktarılması için kullanılan araca el konulması, yayıncılık ruhsatı vermeyi reddetme gibi çok çeşitli biçimlerde kendini gösterebilir. Anayasa Mahkemesi, Fatih Taş Kararı'nda bu hususu ayrıntılı biçimde vurgulamıştır.⁷ AİHM, ifade özgürlüğüne ilişkin başvurularda bir müdahale

⁵ Tanju Erhan. *AİHM Kararları Işığında İfade ve Basın Özgürlüğü*. 1. Baskı. Ankara. 2012. s.168.

⁶ Macoevi, Monica. *İfade Özgürlüğü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları*, No. 2. Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü Genel Müdürlüğü: Strazburg. 2001. s. 31.

⁷ Anayasa Mahkemesinin 2013/1461 başvuru numaralı 12.11.2014 tarihli Kararı'nda;

“(…) Başvurucu, henüz yayımladığı kitaplar nedeniyle mahkûm edilmemiş olsa bile ertelenen kovuşturmanın gelecekte yeniden başlayabileceği olasılığının kendisinde stres ve cezalandırılma endişesi yarattığı kabul edilebilir. Daha önce yargılanıp mahkûm olması ve üstelik söz konusu mahkûmiyetin Yargıtayca da onanması gerçeği ışığında başvurunun daha sonra yeniden kovuşturmaya maruz kalma ve ceza alma riskinin olası olduğu sonucuna varılmıştır. Bu koşullarda,

olduğuna karar verdikten sonra üç aşamalı teste esas olan ve aşağıda açıklanan şartların mevcudiyetini değerlendirmektedir.

B- İfade Özgürlüğünün Kısıtlanmasının Koşulları

1- Kanunilik

AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrasındaki “(...) yasayla öngörülen (...) bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.” hükmünden de anlaşılacağı üzere, ifade özgürlüğüne yönelik kısıtlamaların birincil koşulu, müdahalenin kanunla öngörülmüş olmasıdır. Bu koşul; Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 26. maddesinin beşinci fıkrasında “Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir.” ve 13. maddesinde “Temel hak ve hürriyetler (...) ancak kanunla sınırlanabilir.” şeklinde yer almaktadır.

Bu koşulun incelenmesinde önem arz eden iki husus olduğuna dikkat çekilmelidir. Birincisi, müdahalenin dayanağını oluşturan kanunun “ulaşılabilir” olması; ikincisi ise “öngörülebilir” olmasıdır. AİHM, Sunday Times Davası'nda Britanya örf âdet hukukunun “kanunla öngörülme” koşuluna uyacak kadar kesin olduğuna hükmettiği örneğinde olduğu gibi çok az sayıda davada örf âdet hukuku kurallarının veya uluslararası ilkelerin özgürlüğe müdahale için hukuki bir temel oluşturabileceğini kabul etmiştir. Burada önem taşıyan nokta, “kanunun öngördüğü” ifadesinin aradığı, hukuki yönden belirginlik ilkesini yerine getiremeyecek kadar belirsizlik olduğu durumlarda bir mevzuat hükmünün gerekli olduğudur.

Bireyin hangi eylemin sınırlamaya tabi tutulduğu konusunda yeterli bilgiye sahip olabilmesi ve hukukun keyfi kullanıma karşı güvenceler içermesi yönünden önem taşıyan “ulaşılabilirlik ve hukuken öngörülebilirlik” hususu, AİHM'nin Sunday Times / Birleşik Krallık Davası'nda;

“Mahkemenin yorumuna göre ‘hukuken öngörülmüş’ ifadesinden şu iki koşul ortaya çıkmaktadır: Birincisi (uygulanacak olan) hukuk yeterince ulaşılabilir olmalıdır, diğer bir ifadeyle vatandaşlar belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmelidir. İkincisi, vatandaşların davranışlarını düzenlemelerine imkân sağlamak için yeterli açıklıkta hazırlanmamış bir norm, hukuk kuralı olarak kabul edilemez. Vatandaşlar belirli bir eylemin gerektirdiği sonuçları, durumun makul saydığı ölçüde ve eğer gerekiyorsa uygun bir danışmayla önceden öngörebilmelidir. Bu sonuçların mutlak bir belirginlikle önceden görülebilir olması gerekmez çünkü tecrübeler bunun mümkün olmadığını göstermektedir. Belirgin olması daha çok arzu edilir, ancak bu aşırı derecede bir katılığı beraberinde getirebilir, oysa hukuk değişen koşullara ayak uydurabilmelidir. Bu nedenle birçok yasa az veya çok,

Anayasa'nın 26. maddesi çerçevesinde başvurunun ifade özgürlüğüne müdahalede bulunulduğunun kabul edilmesi gerekir.” şeklinde belirtilmiştir.

kaçınılmaz olarak muğlak terimlerle ifade edilir; bunların yorumu ve uygulaması hukukun tatbiki ile ilgilidir.”⁸ şeklinde açıklanmıştır.⁹

Kanunilik ilkesinde AİHM içtihatları açısından üzerinde durulması gereken diğer bir nokta ise AİHS’de yer alan “yasa” terimini sadece kanun olarak anlamamak gerekliliğidir. Sözleşme dilindeki yasa; özü itibarı ile demokratik topluma ters düşmemek şartıyla kanun, tüzük, yönetmelik, yerleşik içtihat gibi hukuki bir temeli olan tüm ulaşılabilir ve öngörülebilir tasarrufları hatta yukarıda aynı başlık altında bahsi geçen Sunday Times / Birleşik Krallık Davası’nda olduğu gibi ulaşılabilir, öngörülebilir olduğu sürece yazılı olmayan hukuku da içine alacak şekilde yorumlanmalıdır.

Bu husus, AİHM’nin Gözel ve Özer / Türkiye Davası’nda şu şekilde belirtilmiştir:

“10. maddenin 2. paragrafı anlamında ‘kanunla öngörülme’ ibaresi, öncelikle ihtilafli müdahalenin iç hukukta bir temeli olmasını istemekte ve aynı zamanda söz konusu yasanın niteliğine vurgu yaparak, ilgili şahıs tarafından erişilebilir olmasını, onun için doğuracağı sonuçların öngörülmesini ve hukukun üstünlüğü ilkesi ile uyumlu olmasını şart koşmaktadır.”¹⁰

2- Meşru amaca uygunluk

AİHS’nin 10. maddesinin 2. fıkrasında “(...) 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 (...)” biçiminde yer alan bu koşul; Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 13. maddesi yollamasıyla 26. maddesinin ikinci fıkrasında; “Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyet’in temel nitelikleri ve Devlet’in ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.” şeklinde düzenlenmiştir.

AİHS’de yer alan “sağlığın veya ahlakın korunması” amacı Anayasamızda bulunmamakta iken “Cumhuriyet’in temel nitelikleri ve Devlet’in ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçluların cezalandırılması, başkalarının özel ve aile

⁸ AİHM’nin 26.04.1979 tarihli Sunday Times / Birleşik Krallık Davası, Başvuru No. 6538/74. İfade Özgürlüğü ile İlgili AİHM Kararları Kaynakçası. *Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi AB-AK Ortak Projesi*: Ankara. 2017. s. 34.

⁹ Aynı yönde Anayasa Mahkemesi Kararı için bk. Anayasa Mahkemesinin 10.12.2014 tarihli Ali Karatay Kararı, Başvuru No. 2012/990, www.anayasa.gov.tr

¹⁰ AİHM’nin 06.07.2010 tarihli Gözel ve Özer / Türkiye Kararı, Başvuru No. 43453/04 ve 31098/05, www.inhak.adalet.gov.tr

hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması” amaçları ise AİHS’de açıkça düzenlenmemiştir.

AİHM, Sözleşme’de belirtilen sınırlama sebeplerinin istisnai nitelikte olup dar yorumlanması, anlam ve kapsam bakımından tüketici bir anlayışla ele alınması gerektiğini belirtmektedir. AİHS’de yer alan ve sınırlayıcı sayımla belirtilen meşru sebepler önem arz eden hususları da ifade edilerek şöyle açıklanabilir:

a- Ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi

Ulusal güvenlik; devletin bağımsızlığı ve ülke bütünlüğü ile millet egemenliğinin ulusal veya uluslararası alanda gerçek ve yakın bir tehlikeye düştüğü zamanlarda anayasanın gösterdiği yetkili organ veya organlar tarafından devlet tüzel kişiliğinin korunması ve güvenlik altına alınması şeklinde tanımlanabilir.¹¹ Kamu makamları ifade özgürlüğünü kısıtlarken sıklıkla devlet sırlarını açıklama gerekçesi ile birlikte bu sınırlama nedenine başvurmaktadırlar.¹² Pek tabii ulusal güvenlik açısından önem arz eden bir bilginin yayılması sakınca yaratabilir ancak dikkat edilmesi gereken nokta; bu gerekçeye dayanıldığında halkın bilgi alma hakkının sınırsız olarak kısıtlanmaması gerektiğidir. Ulusal güvenliğe ilişkin bilgilere gizlilik statüsünün verilmesinde veya gizliliğin sona erdirilmesinde kamunun belirli bilgileri öğrenmekteki çıkarı da göz önüne alınmalıdır.¹³

Ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması meşru sebebine dayalı olarak ifade hürriyetine yapılan müdahaleler incelenirken özellikle şiddeti ve terörü teşvik eden, ırkçı ve ülkeyi bölmeyi hedefleyen, demokratik rejimi yıkmayı amaçlayan ifade açıklamalarının ifade özgürlüğünden yararlanamayacağı kabul edilmektedir.¹⁴

İfade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla; ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi meşru amaçlarına dayalı AİHM’nin önüne giden Türkiye başvurularının büyük çoğunluğu, terör olaylarından kaynaklandığı ileri sürülen davalardır. Bu başvurular incelenirken büyük çoğunluğunda Mahkeme belirtilen meşru amaçların bulunduğunu değerlendirmiş ancak demokratik toplumda gereklilik koşulunun gerçekleşmemesi açısından özgürlüğün ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁵

¹¹ Yıldırım Zeki. *Terörizmin Propagandası Suçu*. Adalet Yayınevi: Ankara. 2014. s. 144.

¹² Doğru, Osman., Nalbant, Atilla. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi - Açıklama ve Önemli Kararlar*, 2. Cilt, 2. Baskı. Ankara. 2013. s. 229.

¹³ Macoevi, Monica. *İfade Özgürlüğü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 10. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları*, No. 2. Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü Genel Müdürlüğü: Strazburg. 2001. s. 51.

¹⁴ Yüksek, Mehmet. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nde İfade Özgürlüğünün Sınırları. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, İfade Özgürlüğü Özel Sayısı, Sayı: 25*. Ankara. 2016. s. 112.

¹⁵ Anılan meşru amaçlara yönelik davalar örneklendirmesi için bk. AİHM’nin 25.11.1997 tarihli Zana / Türkiye Davası, Başvuru No. 18954/91; 08.07.1999 tarihli Başkaya ve Okçuoğlu / Türkiye Davası, Başvuru No. 23536/94; 08.07.1999 tarihli Sürek / Türkiye Davası, Başvuru No. 26682/9; 08.07.1999

b- Sağlığın veya ahlakın korunması

Sağlığın korunması meşru amacı hususunda ciddi bir tartışma olmayıp AİHM'ye gelen başvuru sayısı son derece az iken; bireye, topluma, zamana, mekâna göre değişmesi nedeniyle ucu açık bir kavram olan ahlakın korunması ile ilgili genel olarak AİHM'nin ulusal mahkemelere geniş bir takdir payı bıraktığını söylemek mümkündür.

Özellikle AİHM'nin, ifade edilen düşüncenin hitap ettiği hedef kitlenin bilhassa çocukları veya büyüme çağındaki gençleri kapsamı, ifade biçimine erişimi sınırlandıran tedbirlerin alınarak ahlak dışı etkinin azaltılması konusunda özen gösterilmesi ve sanat eserlerinde sanatçının verdiği veya vermek istediği anlamın değil görüntünün izleyendeki objektif etkisinin ne olduğu ilkelerini, ahlakın korunması meşru amacında esas aldığı söylemek mümkündür.¹⁶

c- Başkalarının şöhret ve haklarının korunması

Başkalarının şöhret ve haklarının korunması amacı, ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleler anlamında başvurucuların en fazla dayandıkları nedenlerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu anlamda çatışan haklar diye tabir edilen, AİHS'nin 8. maddesiyle güvence altına alınan kişilik hakları ile ifade özgürlüğü arasında adil dengenin kurulması bir yandan bireylerin itibarının zedelenmemesi diğer yandan ise özellikle hem basının haber verme özgürlüğü hem de kamunun bilgi alma hakkı kapsamında kamunun aydınlatılması görevinin ifası anlamında önem taşımaktadır. Burada yeri gelmişken altını çizmekte fayda olan husus; AİHM'nin basın kamunun bekçisi rolünü oynadığını belirtmek suretiyle basın özgürlüğünün korunmasına özel bir önem verdiğinin görülmesidir.¹⁷

Gerek AİHM gerekse Türk yargı kararlarında da ayrıntılı şekilde açıklandığı üzere, özellikle hakkında bir ifade açıklamasında bulunulan yani hedef alınan kişinin tanınırlık düzeyi, mesleki konumu, önceki davranışları; açıklamanın içeriği, sonuçları, amacı, kamuyu ilgilendiren genel yarara ilişkin bir tartışmaya katkı sunup sunmadığı; hangi vasıta veya iletişim aracıyla kim tarafından yapıldığı; ne gibi sonuçlara sebep olduğu; bilginin elde edilme yöntemi ve doğruluğu; konunun bilinirliği ve güncelliği; uygulanan yaptırımın ağırlığı gibi hususların irdelenmesi, anılan adil dengenin kurularak hangi hakka üstünlük tanınacağına karar verilmesi açısından yol gösterici prensipler olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁸ Bu kriterlerin somut olayın özelliklerine göre

tarihli Karataş / Türkiye Davası, Başvuru No. 23168/94. Doğru, Osman., Nalbant, Atilla. *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Türkiye Karar Özetleri (1995-2000)*. İstanbul Barosu Yayınları: İstanbul. 2001.

¹⁶ Bk. AİHM'nin 07.12.1976 tarihli Handyside / Birleşik Krallık Davası, Başvuru No. 5493/72; 24.05.1988 tarihli Müller ve Diğerleri / İsviçre Davası, Başvuru No. 10737/84. Doğru, Osman., Nalbant, Atilla. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi - Açıklama ve Önemli Kararlar*, 2. Cilt. 2. Baskı. Ankara. 2013. s. 245 vd.

¹⁷ Çelikboya, Menent. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde İfade Özgürlüğü Işığında Basın Özgürlüğü ve Türk Hukuku. *İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Yüksek Lisans Programı Tezi (İnsan Hakları Hukuku)*. İstanbul. 2011. s. 121.

¹⁸ Bk. AİHM'nin 08.07.1986 tarihli Lingens / Avusturya Kararı, Başvuru No. 9815/82; 07.02.2012 tarihli Axel Springer AG / Almanya Davası, Başvuru No. 39954/08; 07.02.2012 tarihli Von Hannover /

gerekiyorsa tek tek incelenmesi; aynı zamanda ifadenin içeriğinin kullanıldığı bağlamla beraber bir bütün olarak değerlendirilmesi zorunluluğunun da doğal bir sonucudur.

d- Gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması

İfade özgürlüğü kapsamında devletin, kolluk kuvvetleri ve istihbarat teşkilatı gibi kurumları ile ilgili gizli belge veya bilgiyi açıklama yönünden pozitif bir yükümlülüğü yoktur.¹⁹ Ancak ulusal güvenliğe ilişkin bilgilere gizlilik atfedilmesinde veya gizliliğin sona erdirilmesinde kamunun belirli bilgileri öğrenmekteki çıkarı göz önüne alınmalı ve gizli bilgi olarak değerlendirilen bilginin gizlilik statüsünün devam edip etmeyeceği belirli aralıklarla incelenmelidir. Özellikle ulusal güvenlik alanında her türlü bilginin kayıtsız şartsız gizli olarak nitelendirilmesi ve yayılmasının mutlak ve koşulsuz tarzda yasaklanması meşru amaca uygunluk kriterini taşısa bile demokratik toplumda gereklilik şartı yönünden ifade özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirilebilir.²⁰

“Yargı erki” teriminin, devletin yargısal faaliyetlerini ve görevleri nedeniyle hâkimleri de kapsadığı; bu anlamda “yargı erki otoritesi”nin, mahkemelerin hak ve yükümlülüklerin tespiti ve uyuşmazlıkların çözümünde halkın kabul ettiği anlamıyla uygun birer organ oldukları düşüncesini içermesinden dolayı; toplumun bu işlevi yerine getiren yargı organlarına saygı duyarak güvendiği esasına dayanması ve ayrıca hâkimlerin mesleki olarak kamu önünde beyanda bulunmama gibi bir sorumlulukları olduğundan yöneltilen saldırılara diğer bireyler gibi cevap veremeyecekleri de göz önüne alındığında; bahsi geçen yargıya güvenin sarsılmaması ve yargı mensuplarının olgusal temelden yoksun yıkıcı saldırılardan korunmaları gerektiği açıktır. Ancak diğer yandan, toplumun haber alma hakkı çerçevesinde basının belirtilen meşru amaca aykırılık taşımayacak biçimde yargılama konusu olayı haber yapması, kamusal yarara hizmet etmesi açısından önemlidir. Bu nedenle basın ve yayın kuruluşlarının, halkın doğru olarak bilgilendirilme hakkına hizmet edecek şekilde mahkemeler önüne gelen uyuşmazlıkları kamuya aktarması da gereklidir.²¹

3- Demokratik toplumda gereklilik

AİHS’nin 10. maddesinin 2. fıkrasında, “(...) demokratik bir toplumda (...) gerekli olan (...)” biçiminde yer alan bu koşul, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 13.

Almanya Davası, Başvuru No. 40660/08 ve 60641/08. Doğru, Osman., Nalbant Atilla. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi - Açıklama ve Önemli Kararlar*, 2. Cilt. 2. Baskı. Ankara. 2013.

Aynı yönde; Anayasa Mahkemesinin 16.07.2014 tarihli Nilgün Halloran başvurusu, Başvuru No. 2012/1184; 08.04.2015 tarihli Nihat Özdemir Başvurusu, Başvuru No. 2013/1997, www.anayasa.gov.tr

Yargıtay 4. H. D.nin 26.11.2015 tarihli 2014/16369 E., 2015/13675 K. sayılı Kararı

Yargıtay H. G. K’nın 29.04.2015 tarihli 2013/4-2150 E., 2015/1298 K. sayılı Kararı

Yargıtay 18. C. D.nin 18.11.2015 tarihli 2015/9868 E., 2015/11428 K. sayılı Kararı

¹⁹ İnceoğlu, Sibel. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*. Beta Yayınları: İstanbul. 2013. s. 357.

²⁰ Bk. AİHM’nin 26.11.1991 tarihli Observer ve Guardian / Birleşik Krallık Davası, Başvuru No. 13585/88.

²¹ Bk. AİHM’nin 26.04.1979 tarihli Sunday Times / Birleşik Krallık Davası, Başvuru No. 6538/74. Doğru, Osman., Nalbant, Atilla. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi - Açıklama ve Önemli Kararlar*, 2. Cilt. 2. Baskı. Ankara. 2013. s. 256 vd.

maddesinde, “(...) demokratik toplum düzeninin (...) gereklerine (...) aykırı olamaz.” şeklinde düzenlenmiştir.

İfade özgürlüğünün kısıtlanmasının koşulları değerlendirilirken; kanunilik ve meşru amaca uygunluk kriterlerinin tespiti somut olması hasebiyle genel olarak kolaylıkla yapılmasına rağmen demokratik toplumda gereklilik kriterinin tespiti ve uygulanması, yorum farklılıkları ve toplumların aynı olguya farklı yaklaşımları nedeniyle birtakım güçlükler doğurabilmektedir. Bu nedenle ifade etmek gerekir ki AİHM, bu koşulun değerlendirilmesinde ulusal makamlara, tarafsız ve nesnel davranmaktan uzaklaşmadan pek tabii sınırsız olmamak koşuluyla takdir yetkisi²² tanır. Aynı zamanda, temel taşları “çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik” olan demokratik toplumun uzlaşma rejimi olduğunu esas alır.

Dolayısıyla çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik prensiplerini esas alarak takdir yetkisini kullanan ulusal makamın, ifade özgürlüğünün asıl, sınırlamanın ise istisna olduğu temelinden hareket ederek, öncelikle ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacı karşılayıp karşılamadığını tespit etmesi ve karşıladığına kanaat getirirse ifade özgürlüğüne yapılan müdahale ile bu zorlayıcı toplumsal ihtiyaç arasında bir denge kurması ve nihayet müdahalenin meşru amaç ile orantılı olması gerektiğini gözetmesi icap eder. Orantılılık prensibi, AİHM’nin Silver ve diğerleri / Birleşik Krallık Kararı’nda şu şekilde belirtilmiştir:

“(‘...) ‘demokratik bir toplumda gerekli olmak’ deyimini, bir müdahalenin Sözleşme’ye uygun olabilmesi için, diğer şeylerle birlikte, ‘toplumsal ihtiyaç baskısını karşılamak’ ve ‘izlenen meşru amaçla orantılı olmak’ zorunda olduğu anlamına gelir.”²³

Özellikle zorunlu toplumsal ihtiyaç veya başka bir deyimle acil sosyal ihtiyacın olup olmadığı, var ise ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleyi yani bir anlamda başvurulacak tedbiri gerektirip gerektirmediği tespit edilirken; ifadenin içeriğinin kullanıldığı bağlamla beraber bir bütün olarak değerlendirilmesi zorunludur. Bağlam değerlendirmesi yapılırken; ifade sahibinin ve muhatabının kim olduğu, ifadenin kullanılmasına sebebiyet veren ortamın nasıl olduğu, hangi iletişim aracıyla, nerede ve ne zaman açıklandığı, hangi yolla kullanıldığı hususları titizlikle ele alınmalıdır.

²² AİHS’nin yorumlanmasında kritik bir rol oynayan devletlerin takdir hakkı veya doktrinde belirtildiği şekliyle takdir marjı; Sözleşme kapsamında korunan haklara yönelik müdahalenin gerekçesini analiz edeceği araştırma derecesini belirlemek için AİHM tarafından kullanılır. Sözleşme’de teminat altına alınan hakların sınırlandırılması yapılırken; karşılaştığı durumun yorumlanmasında Devletlerin takdir yetkisinin önemi AİHM’nin 07.12.1976 tarihli Handyside / Birleşik Krallık Davası’nda şu şekilde belirtilmiştir: “Ülkelerindeki hayati güçlüklerle doğrudan ve sürekli irtibat hâlinde olmalarından dolayı Devlet yetkilileri, bu şartların tam içeriği veya kısıtlama yahut cezanın gerekliliği hakkında görüş belirtmek hususunda uluslararası bir hâkimden daha iyi bir konumdadır.” Takdir yetkisi, hakların niteliği ve dengelenmesine bağlı olarak bazen geniş bazen dar olmaktadır. Örneğin, ulusal güvenliğin, ahlakın korunmasında takdir hakkı geniş iken kamuya mal olmuş kişilerin özel hayatlarının korunmasında takdir hakkı daha dardır.

²³ AİHM’nin 25.03.1983 tarihli Silver ve Diğerleri / Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No. 5947/72. Doğru, Osman. *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Cilt 1*. 1. Baskı. Legal Yayıncılık: İstanbul. 2004. s. 571 vd.

Gereklilik kriterinin özümzenmesi açısından bağlam değerlendirmesine esas olan ve yukarıda belirtilen unsurların açıklanması gerekir.

a) İfadenin içeriği

Şiddet çağrısı, silahlı ayaklanma çağrısı içeren; derin ve mantık dışı bir kini aşilayarak şiddetin artmasına yol açacak nitelikte olan; kişilerin ismi belirtilerek fiziksel bütünlüklerine zarar verme ihtimali oluşturan; terör olaylarını meşrulaştıran veya yücelten; toplumu veya bireyleri ayaklanmaya, intikam almaya tahrik veya teşvik eden yahut ırkçı ifadeler veya hoşgörüsüzlük temelli nefret söylemleri ile özel hayata müdahale oluşturan veya kişisel itibarın ihlali niteliği taşıyan açıklamalar, ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemez.

AİHM, Sürek / Türkiye (No.1) Davası’nda, başvurucunun sahibi olduğu haftalık dergide yayımlanan “Silahlar Özgürlüğü Yenemez” ve “Hata Bizde” başlıklı iki okur mektubunun, güneydoğuda yaşanan terör olayları kapsamında yürütölen askerî faaliyetleri öfkeli bir şekilde kınadığı; “faşist Türk ordusu, T.C. cinayet çetesi, emperyalizmin kiralık katilleri, katliamlar, kan dökücü” gibi ifadeler kullanılmak suretiyle şiddeti daha da teşvik ettiğı; mektuplarda adları verilen kişilere karşı düşmanlığı körüklediğı, muhtemel fiziksel şiddete karşı onları hedef gösterdiği; kin ve düşmanlık ifadeleriyle şiddeti övdüğü; bu mektupların, özellikle 1985 yılından beri devam eden terör olaylarının yoğun olarak yaşandığı bir dönemde yayımlandığı gözetildiğinde müdahalenin demokratik toplumda orantılı olduğuna ve ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir.²⁴

AİHM, Sürek / Türkiye (No. 3) Kararı’nda ise başvurucunun sahibi olduğu haftalık dergide yayımlanan bir haber yorumunda, “topyekûn bir bağımsızlık mücadelesi istiyoruz, Türkiye Cumhuriyeti’nin güçlerine karşı yöneltilmiş bir savaş” ifadelerinin yer aldığı, yazıdaki görüşün kendini PKK ile bütönlöştürerek silahlı güç kullanmaya çağrı yaptığı üstelik yazının güvenlik güçleri ile terör örgütü PKK arasında yoğun çatışmaların meydana geldiğı bir ortamda yayımlandığı, bu bağlamda yazıda okuyuculara verilen mesajın bölgede şiddetin artmasını teşvik edebilecek nitelikte olduğu belirtilerek; başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğı değerlendirilmiştir.²⁵

Burada anılan iki kararda da dikkat çeken husus, içeriğı açısından olağan zamanda dahi koruma görmeyecek açıklamanın, basın yoluyla ve terör olaylarının yoğun yaşandığı bir dönemde dile getirilmesinin şiddeti daha da teşvik edecek bir hâle büröndürmesidir.

Gerek AİHM gerekse yerel içtihatlarımızda da belirtildiğı üzere, somut, yakın ve açık bir tehlike yaratıp yaratmadığının tespiti, bir ifadenin şiddete ve ayaklanmaya çağrı

²⁴ AİHM’nin 08.07.1999 tarihli Sürek / Türkiye Kararı (No.1), Başvuru No. 2668/95. Doğru, Osman., Nalbant Atilla. *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Türkiye Karar Özetleri (1995-2000)*. İstanbul Barosu Yayınları: İstanbul. 2001. s. 70 vd.

²⁵ AİHM’nin 08.07.1999 tarihli Sürek / Türkiye Kararı (No. 3), Başvuru No. 24735/94. Doğru, Osman., Nalbant, Atilla. *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Türkiye Karar Özetleri (1995-2000)*. İstanbul Barosu Yayınları: İstanbul. 2001. s. 73 vd.

veya teşvik içerip içermediğinin belirlenmesinde önemli bir kriterdir. Yine burada düşüncenin ifade edildiği bağlam, muhtemel etkileri, ifade sahibinin amacı ve ifadenin yer aldığı açıklamanın tamamı dikkate alınmalıdır.²⁶

Düşünce açıklamalarına ilişkin söz veya metinler bütünüyle ele alındığında, her ne kadar toplumun bir kesimi için hoş olmayan, sert bir üslupla dile getirilen, rahatsız edici hatta şok edici, incitici olan veya ağır eleştiri taşıyan ifadeler olsa da, şiddeti veya terör eylemlerini övmediği; kişileri ve toplulukları terör yöntemlerini benimsemeye veya şiddet kullanmaya tahrik ve teşvik etmediği; ırkçılık, nefret söylemleri içermediği, intikam almayı hedeflemediği; silahlı direniş çağrısında bulunmadığı veya özel hayatın gizliliğini ihlal ile kişisel itibara saldırı niteliğini haiz olmadığı sürece sınırlama getirilemeyeceği, dolayısıyla bu nitelikleri taşımayan ifadenin sınırlandırılmasının demokratik toplum düzeninde gerekli olmadığı da birçok yargı kararında vurgulanmaktadır.²⁷

b) İfadeyi kullanan kişi ve ifadenin muhatabı

Bir ifadenin kime ait olduğu elbette tek başına belirleyici olmamakla birlikte, ifadeyi kullanan kişinin siyasetçi, gazeteci, yargı mensubu veya vatandaş olması, açıkladığı düşüncelerin toplumda yaratacağı yankıyı ve kitleleri etkileme düzeyini farklılaştıracağından göz ardı edilemeyecek bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bir siyasetçinin, seçim söylemlerinde şiddete başvuran, kanlı eylemlerde bulunan bir terör örgütünün faaliyetlerini desteklediğini belirtmesi; toplumu tarafsız biçimde ve doğru olarak bilgilendirme görevini ifa etmesi gereken basın mensubunun tarafsızlığından şüphe duyulacak biçimde kanlı bir işgal girişimini meşru gösterecek şekilde terör faaliyetini övecek biçimde haber yapması; bir avukatın geçerli bir olgusal temeli olmaksızın kabul edilebilir eleştiri sınırlarını aşarak devam eden bir

²⁶ Bk. Anayasa Mahkemesinin 12.11.2014 tarihli, 2013/1461 başvuru numaralı Kararı'nda;

“(…) İfade özgürlüğüne ilişkin bireysel başvurularda, *ifadelerin bağlamlarından kopartularak incelenmesi* Anayasa'nın 13 ve 26. maddelerinde yer alan ilkelerin uygulanmasında ve elde edilen bulguların kabul edilebilir bir değerlendirmesinin yapılmasında hatalı sonuçlara ulaşılmasına neden olabilir. Bu çerçevede, söz gelimi bir düşünce açıklamasının ifade edildiği bağlamdan koparıldığında ‘*milli güvenlik*’ için bir tehlike oluşturmaması, bu ifadeye yönelik bir müdahaleyi tek başına haklı çıkartmamaktadır. Bu nedenle somut başvuruda derece mahkemelerinin kararlarında belirtilen; PKK terör örgütüne ilişkin ifadeler ile bunların ifade edildiği bağlam, kitapların birer şiir kitabı olması, kitapların yazarının kimliği, yazılma zamanı, amacı, hitap ettiği kişilerin kimlikleri, muhtemel etkileri ve kitaptaki diğer ifadelerin tamamı bir bütün olarak ele alınmalıdır. Bundan başka, söz konusu şiirlerde ileri sürülen düşüncelerin içeriğine ve hangi bağlamda dile getirildiğine dikkat edilmesi, müdahalenin ‘*arzulanan hedeflere uygun*’ olup olmadığının ve ulusal makamlar tarafından öne sürülen gerekçelerin ‘*ilgili ve yeterli*’ olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.” şeklinde;

Yargıtay 16. C. D.nin 02.11.2016 tarihli 2016/4798 E., 2016/5836 K. sayılı Kararı'nda;

“(…) Yazı veya sözler ile verilen mesajın şiddete çağrı, tahrik ve teşvik edici veya silahlı direnişe ve isyana davet şeklinde veya insanda saldırgan duygular oluşturan biçimde anlamsız bir nefret yaratarak şiddetin doğmasına uygun bir ortamı kışkırtacak nefret söylemi olup olmadığı değerlendirilmeli; doğrudan veya dolaylı şiddete çağrı var ise sanığın kimliği, konumu, konuşulan yer ve zamanı gibi açık ve yakın tehlike testi bakımından analize tabi tutulmalıdır (…)” biçiminde açıklanmıştır.

²⁷ Bk. Anayasa Mahkemesinin 04.06.2015 tarihli Mehmet Ali Aydın başvurusu, Başvuru No. 2013/9343, www.anayasa.gov.tr

soruşturmanın gizliliğini ihlal edecek şekilde kamu önünde demeç vermesi, ifade özgürlüğü olarak değerlendirilemez.

Fransız lider Le Pen, ülkede Müslümanların sayısının artmasını Fransızlar için büyük tehlike olarak nitelendirmiş, şikâyet üzerine kendisine para cezası verilmiş, dava AİHM'ye gelmiş, AİHM, Le Pen'i haksız bularak davasını reddetmiştir.²⁸ Bağlam açısından bakıldığında; Le Pen'in siyasi bir parti lideri olarak günlük bir gazeteye röportaj verdiği, "Fransa'da Müslümanların sayısının 5 milyon değil 25 milyon olduğu gün başa geçecekleri" beyanından ötürü köken veya belirli bir etnik gruba ait olmalarından yahut olmamalarından, milletlerinden, ırklarından veya dinlerinden dolayı bir grup kişiye yönelik ayrımcılık, nefret ve şiddete kışkırtma sebebiyle yerel mahkemece verilen mahkûmiyetin orantısız olmadığını değerlendiren AİHM'nin; Le Pen'in yorumlarının kesinlikle bir bütün olarak Müslüman toplumunu, ret ve düşmanlık duygularına yol açabilecek, rahatsız edici bir şekilde göstermesi nedeniyle ifade özgürlüğü hakkını kullanmasına yönelik müdahalenin demokratik toplumda gerekli olduğuna karar verdiği görülmektedir.²⁹

Diğer yandan ifadenin muhatabının kim olduğu hususu; muhataba yapılan bir eleştirinin kabul edilebilir sınırlarının tespiti, bu kişinin kendisine karşı yapılan düşünce açıklamalarına katlanabilirlik derecesi, kamusal tartışma alanında iken ne derece hoşgörülü olmaları gerektiğinin belirlenmesi; kendilerine karşı sarf edilen söz veya gerçekleştirilen eylemlerin hangi ölçüde ifade özgürlüğü olarak değerlendirilebileceği noktasında önem taşır.³⁰

Anayasa Mahkemesinin 23.01.2014 tarihli, 2013/2602 başvuru numaralı Kararı'nda da ifade özgürlüğüne yapılacak müdahalenin haklılığı konusunda hedef alınan kişinin kimliği ve ifadenin içeriği üzerinde ayrıca durulmasının önemi belirtilerek, kişilerin hak ve şöhretlerinin korunması söz konusu olduğunda; ifade özgürlüğüne müdahalede sade vatandaşlar ile kamuya mal olmuş kişileri, kamu görevlileri ile siyasetçileri birbirinden ayırarak değerlendirme yapılmasının gerektiği, kamuya mal olmuş kişilerin özellikle siyasetçilerin şöhreti söz konusu ise toplumun bu kişilerle ilgili

²⁸ Fendoğlu, Hasan Tahsin. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, İfade Özgürlüğü Özel Sayısı*, Sayı: 25. Ankara. 2016. s. 9.

²⁹ AİHM'nin 20.04.2010 tarihli Le Pen / Fransa Kararı, Başvuru No. 18788/09. Nefret Söylemi Tematik Bilgi Notu. T.C. Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı. 2015.

Aynı kapsamda; AİHM'nin 25.11.1997 tarihli Zana / Türkiye Kararı, Başvuru No. 18954/91. www.inhak.adalet.gov.tr

³⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 11.07.2006 gün ve 2006/162 E., 2006/181 K. sayılı İlamı'nda bu husus;

"(...) Eleştirinin sert bir üslupla gerçekleştirilmesi, kaba olması ve nezaket sınırlarını aşması; eleştirenin amacına, psikolojisine, eğitim ve kültür düzeyine bağlı bir olgudur. Basın özgürlüğü, belli ölçülerde abartmayı hatta kışkırtmaya başvurmaya da içerir. Gazetecilerin yazılarında kullandıkları deyimler 'polemik' niteliği taşısa da nesnel bir açıklamayla desteklendiğinde bu ifadeler, asılsız bir kişisel saldırı olarak görülemez. Kaldı ki kamu görevinde bulunan veya talip olanların, diğerlerine oranla daha sert eleştirilere muhatap olması da doğal karşılanmalıdır." şeklinde belirtilmiştir.

olarak haber alma hakkının da gözetilerek daha fazla eleştiriye tahammül etmeleri gerekliliği belirtilmiştir.³¹

AIHM'nin Axel Springer AG / Almanya Davası'nda da belirtildiği gibi; başkalarının itibarını koruma meşru amacı ile ifade özgürlüğü çatışırken dengeyi sağlamak yönünden, muhatap kişi hakkındaki ifade açıklamasının kamuyu ilgilendiren genel yarara ilişkin bir tartışmaya katkısı, muhatabın tanınmışlık düzeyi, bilginin elde edilme şekli ve doğruluğu, açıklamanın amacı, içeriği, biçimi ve sonuçları incelenmelidir.³²

Diğer insanlara nazaran ağır eleştirilere daha fazla katlanmak zorunluluğu olan; siyasiler, üst düzey bürokratlar ile kamuya mal olmuş kişiler de olsa; hakarete veya kaba sövmeye katlanma zorunluluklarının olmadığı, bu ifadelerin düşünce özgürlüğü bağlamında hukuki koruma görmeyeceği yargı kararlarımızda yer almaktadır.³³ Her ne kadar AIHM, itibarın korunması bakımından cezai müeyyidelerden ziyade soğutma etkisine (caydırıcı etki)³⁴ yol açmayacak şekilde yüksek tazminata hükmedilmediği sürece hukuk yargılamasını daha yeterli bir yol olarak öngörse de ifade açıklamalarının ne zaman hakaret olarak değerlendirilebileceği hususu Yargıtay Ceza Genel Kurulunun bir kararında şu şekilde belirtilmiştir:

³¹ Anayasa Mahkemesinin 23.01.2014 tarihli Emin Aydın Kararı, Başvuru No. 2013/2602, www.anayasa.gov.tr

³² AIHM'nin 07.02.2012 tarihli Axel Springer AG / Almanya Davası, Başvuru No. 39954/08. Doğru, Osman., Nalbant, Atilla. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi - Açıklama ve Önemli Kararlar*, 2. Cilt. 2. Baskı. Ankara. 2013 s. 240 vd.

Bk. Aynı kapsamda, AIHM'nin 14.03.2013 tarihli Eon / Fransa Kararı, Başvuru No. 26118/10; 15.03.2011 tarihli Otegi Monragon / İspanya Kararı, Başvuru No. 2034/07; 23.05.1991 tarihli Oberschlick / Avusturya Kararı, Başvuru No. 11662/8

Bk. Aynı yönde, Yargıtay 4. H. D.nin 05.05.2016 tarihli 2015/6272 E., 2016/6229 K. sayılı Kararı; “(...) Davalı, basın toplantısında davacının belediye başkanı olduğu döneme ait işlemlerle ilgili eleştirilerini dile getirmiştir. Davacının siyasi kimliği nedeniyle sade vatandaşa kıyasla daha ağır eleştiriye açık olması gerektiği (...)”

Yargıtay 12. C. D.nin 17.02.2014 tarihli 2013/15103 E., 2014/3729 K. sayılı Kararı'nda; “(...) Haber içeriğinin görünür gerçeğe uygun olması, kamuya mal olmuş katılanın TBMM Adalet Komisyonu Başkanı sıfatını taşıyan milletvekili ile hakkında açılan davanın dayanak maddesi olan TCK'nın 257. (765 sayılı TCK'nın 240.) maddesindeki ceza miktarının alt ve üst sınırlarının, yasa değişikliği ile düşürülmesi konusunda yaptığı konuşmalara ilişkin haberin yapılmasında, yürüttüğü kamu hizmetinin niteliği ve toplum içindeki konumu gereği, kamu yararı ve toplumsal ilginin bulunması, haberi yapılan konunun güncel olması, haberde kullanılan ifadelerin ve haberle birlikte yayımlanan fotoğrafın, habere konu olayla fikri bağlantısının bulunması, haberin verilisinde tahkir edici bir dil kullanılmayıp ölçülülük ilkesinin ihlal edilmemiş olması karşısında; yayımlanan haberin, basının haber verme hakkı sınırları içerisinde kalması sebebiyle katılanın özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğinin kabulü mümkün olmadığı gibi, haberde yer alan sözlerin katılanın küçük düşmesine yol açan değer yargısı içerecek, onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte olmayıp, kullanılan üslupla konunun okuyucuya aktarılması sırasında, hukuka uygun çerçevenin dışına çıkmadığı ve katılanın hakarete uğradığından da söz edilemeyeceği anlaşılmakla (...) beraata ilişkin hükmün ONANMASINA (...)” www.yargitay.gov.tr

³³ Yargıtay 16. C. D.nin 10.11.2016 tarihli 2016/1341 E., 2016/6702 K. sayılı Kararı, yargitay.gov.tr

³⁴ Bk. Anayasa Mahkemesinin 23.01.2014 tarihli, Emin Aydın Kararı, Başvuru No. 2013/2602 www.anayasa.gov.tr

“(…) Hakaret fiillerinin cezalandırılmasıyla korunan hukuki değer, kişilerin onur, şeref ve saygınlığı olup bu suçun oluşabilmesi için, davranışın kişiyi küçük düşürmeye matuf olarak gerçekleşmesi gerekmektedir. Bir hareketin tahkir edici olup olmadığı bazı durumlarda nispi olup zamana, yere ve duruma göre değişebilmektedir. Kişilere yönelik her türlü ağır eleştiri veya rahatsız edici sözlerin hakaret suçu bağlamında değerlendirilmemesi, sözlerin açıkça onur, şeref ve saygınlığı rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnadını veya sövmek fiilini oluşturmaması gerekmektedir.

(...) Hırsızlık suçundan hakkında soruşturma başlatılan ve tutuklanması talebiyle hâkim önüne çıkartılan sanığın, kendisinin haksız bir şekilde tutuklanmasına karar verildiğini düşünerek bunun sorumlusu olarak gördüğü sorguyu yapan hâkime yönelttiği ‘Allah belanı versin’ şeklindeki ifade, beddua niteliğinde, nezaket dışı, kaba ve rahatsız edici bir söz ise de şikâyetçi hâkimin onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnadını içermemesi ve sövmek fiilini de oluşturmaması nedeniyle hakaret suçunun kanuni unsurlarının gerçekleşmediği kabul edilmektedir (...),”³⁵

c) İfadenin yeri ve zamanı ile açıklandığı ortam

İfade özgürlüğünün sınırlandırılması meselesinde; açıklamanın ne zaman, nerede ve nasıl bir ortamda yapıldığı da önem taşımaktadır. İfadenin terör olaylarının yaygın olarak yaşandığı bir yerde veya meydana gelen bir terör eyleminde can kayıplarının olduğu bir zamanda açıklanmasının yarattığı etki ile herhangi bir terör olayının yaşanmadığı yahut bu gibi olaylara hiç rastlanılmayan bir yerde ve zamanda açıklanmasının etkisi kuşkusuz çok farklı olacak, küçük bir gruba hitap edilerek beyan edilen düşüncelerin sonuçları ile bir mitingde ifade edilen sözlerin yansıması farklılık taşıyacak, bu anlamda; ifade açıklanmasının sınırlandırılmasının toplumsal ihtiyaca cevap veren bir müdahale olup olmayacağı değerlendirilecektir.

Terörü yücelterek şiddet eylemlerini desteklemek bakımından özellikle nefret söylemi ile de ilişkilendirilen Leroy / Fransa Davası’nda, karikatürist olan başvuru, 11 Eylül saldırılarını takiben çizdiği bir karikatürde Dünya Ticaret Merkezi’ne yapılan saldırıyı resmederek “Biz hayal ettik, Hamas başardı” başlığını kullanmış ve ulusal yargı tarafından terörizmi desteklediği gerekçesiyle aleyhinde tazminata hükmedilmiştir. AİHM, kararında, toz bulutları içinde yıkılan binaların resmedilmesinin çizerin kastını ortaya koyduğunu, esere ona eşlik eden metinle birlikte bir bütün olarak bakıldığında başvuruçunun Amerikan emperyalizmini eleştirmek adına karikatürü çizdiği savunmasına itibar edilemeyeceğini zira eleştirdiği hususun şiddet yolu ile yok edilmesi fikrini desteklediği ve yücelttiğini, karikatür ile kullanılan ifadelerin binlerce masum sivilin maruz kaldığı şiddeti olumlu biçimde yorumladığını ve kurbanların haysiyetine zarar verdiğini belirtmiş; 11 Eylül saldırılarının akabinde gerçekleşmiş ve politik olarak

³⁵ Yargıtay C. G. K’nın 16.09.2014 tarihli 2014/02/328 E., 2014/386 K. sayılı Kararı. *Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (2005-2015)*. Ankara. 2015.

riskli bir bölgede yayımlanmış olmasını da belirterek başvuranın eyleminin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemeyeceğini açıklamıştır.³⁶

Mahkûmiyetin hedeflenen amaçla orantısız olup demokratik bir toplumda gerekli olmayan müdahale nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin Gerger / Türkiye Kararı'nda ise başvurunun bir anma töreninde okunan mesajı nedeniyle bölücü propaganda suçundan hapis ve adli para cezasıyla cezalandırılmasına karar verilmiş ve hüküm onanmıştır. AİHM, sarf edilen sözler ve bunların ifade edildiği bağlamın bütün olarak değerlendirilmesi gerektiğini, başvuruya konu mesajın “direniş, mücadele, özgürlük” gibi kelimeleri içermesine rağmen şiddete, silahlı direnişe veya bir isyana teşvik etmediğini, ayrıca mesajın bir anma töreninde bir grup insana yönelik olarak okunması nedeniyle ulusal güvenlik, kamu düzeni yahut toprak bütünlüğü üzerindeki potansiyel etkisini kısıtladığı kanaatinde olduğunu belirtmiştir.³⁷

Anayasa Mahkemesi de 25.06.2014 tarihli bir kararında; düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğü ile basın özgürlüğüne ilişkin bireysel başvurularda ifadelerin bağlamlarından koparılarak incelenmesinin hatalı sonuçlara ulaşılmasına neden olabileceğini; terör örgütüne ilişkin ifadeler ile bunların ifade edildiği bağlam, kitabın yazarının kimliği, yazılma zamanı, amacı, muhtemel etkileri ve kitaptaki diğer ifadelerin tamamının bir bütün olarak incelenmesi gerektiğini vurgulamıştır.³⁸

d) İfadenin açıklanmasında kullanılan araç ve yöntem

İfadenin doğuracağı etki; görsel-işitsel medya, yazılı basın, kitap, sinema, gazete, dergi, internet gibi araçlardan hangisinin kullanıldığı ayrıca makale, şiir, resim, karikatür, fotoğraf gibi hangi yöntem ile yayımlandığı konusuyla yakından ilgilidir. Bir karikatürün ulusal bir gazetede yayımlanması ile hiçbir sınırı olmayan ve evrensel ağ niteliği taşıyan internette yer alması arasında çok önemli bir fark vardır. Görsel-işitsel medya, yazılı medyanın iletmeyi başaramayacağı anlamları imajlar vasıtasıyla aktarabilme imkânına sahiptir.³⁹ Demokratik bir toplumda konuşma özgürlüğünün genişletilmesinde internetin oynadığı temel role karşılık, internet kötüye kullanıldığında zararlı söylemlerin, bilhassa özel hayatın gizliliği ve itibar hakları üzerindeki etkileri çok

³⁶ AİHM'nin 02.10.2008 tarihli Leroy / Fransa Kararı, Başvuru No. 36109/03. *İfade Özgürlüğü ile İlgili AİHM Kararları Kaynakçası*. Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi AB-AK Ortak Projesi. Ankara. 2017. s. 55.

³⁷ AİHM'nin 08.07.1999 tarihli Gerger / Türkiye Kararı, Başvuru No. 24919/94. Doğru, Osman., Nalbant, Atilla. *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Türkiye Karar Özetleri (1995-2000)*. İstanbul Barosu Yayınları: İstanbul. 2001. s. 58 vd.

³⁸ Anayasa Mahkemesinin 25.06.2014 tarihli Abdullah Öcalan Başvurusu, Başvuru No. 2013/409, www.anayasa.gov.tr

Bk. aynı yönde; Yargıtay 16. C.D.nin 2015/1752 E., 2015/1779 K. sayılı Kararı: “(...) Sanıkların silahlı terör örgütüne üye olma suçundan yapılan yargılamalarının duruşması sırasında duruşmanın disiplinini bozmaları nedeniyle duruşma salonundan çıkarılırken üyesi oldukları terör örgütünün kurucusu lehine sloganlar atmaları şeklindeki olayda; eylemin gerçekleştirildiği yer, koşullar ve muhatapları, dinleyici kitlesi, bu kitleyi harekete geçirme potansiyeli bulunup bulunmadığı da nazara alındığında atılı propaganda suçunun oluşmayacağı (...)”

³⁹ Yılmaz Pınar. *Görsel İşitsel Medyada İfade Hürriyeti ve Sınırlandırılması, Uzmanlık Tezi*. Ankara. 2011. s. 97.

büyük olur.⁴⁰ Diğer yandan sosyal ağlar, bir söylem forumu olarak internetin değerini yaratmakta ve arttırmakta önemli bir rol oynar ancak aynı zamanda insan haklarına karşı duyarsız olan hizmet kullanım şartları sosyal ağlarda insan hakları için bir tehdit de oluşturabilir.⁴¹

Burada, geniş bir alanı etkisi altına alacak nitelikteki yayının denetlenmesi konusunda Sözleşmeciler Devletlere geniş bir takdir yetkisi verilirken şiir veya kitap gibi edebî bir eser ile dile getirilen veya daha kısıtlı bir alana ulaşabilen yayının denetlenmesi konusunda daha dar bir takdir yetkisi tanınmaktadır.⁴²

AİHM, Medya FM Reha Radyo ve İletişim Hizmetleri AŞ / Türkiye Kararı'nda; ulusal makamların takdir payının, demokratik toplumlarda basının kaçınılmaz olan bekçi köpeği rolünü üstlenmesini sağlama amacı ile sınırlandırıldığını, bu ilkenin görsel işitsel araçlara da uygulandığını ancak suç unsuru teşkil eden sözlerin şiddet kullanılmasına teşvik ettiği durumlarda ulusal makamların ifade özgürlüğüne yapılacak müdahalenin gerekliliğinin incelenmesinde daha geniş bir takdir payından faydalandığını; bu anlamda, Mahkemenin yayınlarda kullanılan ifadelere ve yayımlandıkları bağlama özel bir itina gösterdiğini; iç hukuktaki en yüksek yaptırım olan 365 gün süreyle getirilen yayın yasağının, radyoda yayımlanan şarkıların ve kullanılan sözlerin içeriğinin sert, kışkırtıcı hatta kin uyandırıcı bir nitelik taşıması, şiddet ve kuvvet kullanımına teşvik ettiği gerekçesiyle uygulandığını, üstelik söz konusu yasak uygulanmadan önce radyonun RTÜK tarafından birçok kez uyarıldığını; bir tutumun somut olaydaki gibi tespit edilen düzeye ulaşması durumunda çoğulcu demokrasinin temel ilkelerinin inkârını oluşturacak şekilde hoş görülemez hâle geldiğinde caydırıcı cezaların iç hukukta yer almasının gerekli olduğunu; bu anlamda cezanın orantısız olmadığını ve başvuranın ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğini değerlendirmiştir.⁴³

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 29.04.2015 tarihli 2013/4-2150 Esas, 2015/1298 Karar sayılı Kararı'nda da;

“(...) Yayımlanan fotoğrafların içinde çekildikleri çevre, bütünlük ve şartlar göz ardı edilmemelidir. Bu bağlamda hedef alınan kişinin, fotoğrafın çekilmesi ve yayımlanmasına rıza gösterip göstermediği veya bu fotoğrafların ondan habersiz bir şekilde veya hileli yollarla elde edilip edilmediği sorularını incelemek önemlidir. Aynı zamanda hedef alınan kişi bakımından müdahale ve fotoğrafın yayımlanmasının etkilerinin niteliği yahut ağırlığını göz önünde bulundurmamak yerinde olur. Gerçekte

⁴⁰ Voyatzis, Panayotis., Vajic, Nina. İnternet ve İfade Özgürlüğü: “Cesur Yeni Dünya” ve AİHM’nin Evrilen İçtihadı. *İfade Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Nicolas Bratza’ya İthafen Kaleme Alınmış Makaleler*. Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi AB-AK Ortak Projesi. Ankara. 2016. s. 362.

⁴¹ Benedek, Wolfgang., Kettemann, Matthias C. *İfade Özgürlüğü ve İnternet*. Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi AB-AK Ortak Projesi. Ankara. 2016. s. 97.

⁴² Zwaak, Leo., Şahin, Kemal., Karagöz, Kasım., Tümay, Murat. *İfade Özgürlüğü Ders Kitabı*. MATRA Yargıda İfade Özgürlüğüne Yönelik Farkındalığın Arttırılması Projesi. Türkiye Adalet Akademisi Yayınları: Ankara. 2013. s. 187.

⁴³ AİHM’nin 14.11.2006 tarihli Medya FM Reha Radyo ve İletişim Hizmetleri AŞ / Türkiye Kararı, Başvuru No. 32842/02. Tanju, Erhan. *AİHM Kararları Işığında İfade ve Basın Özgürlüğü*. 1. Baskı. Ankara. 2012. s. 58 vd.

kamu tarafından tanınmayan bir kişi için bir fotoğrafının yayımlanması yazılı bir röportaja oranla daha önemli bir müdahale olarak değerlendirilebilir. Somut olaya bu kapsamda bakıldığında, davalı gazetenin magazin bölümünde davacının tek olarak deniz kenarında objekteye kendi rızası ile verdiği poz sonrasında, sevgilisi olduğu iddia edilen bayan ile deniz içinde yakından çekilmiş altı adet ve yine aynı ortamda deniz dışında çekilmiş bir adet mayolu fotoğrafı yayımlanmış ve 'Genç Sevgilisiyle Yakalandı' başlığı kullanılmıştır. Fotoğrafların özel bir sistem ile uzaktan çekilmediği, davacı ve sevgilisinin bulunduğu mekân içinden çekildiği, mekânsal bir yalıtımın bulunmadığı, fotoğraflara müdahale edilmediği anlaşılmaktadır. Ayrıca haberin gerçek olmadığı, tarafların sevgili olmadıkları şeklinde davacının bir iddiası da bulunmamaktadır. (...) Bu nedenle özel hayata saldırının varlığından söz edilemeyecektir.”⁴⁴ şeklinde belirtilerek ifadenin açıklanmasında kullanılan araç ve yöntemin analizi yapılmak suretiyle basın özgürlüğü ile özel hayatın korunması arasındaki dengenin nasıl sağlandığı vurgulanmıştır.

Yargıtay başka bir kararında da sanığın internetteki bir sosyal paylaşım sitesi olan Facebook'ta kendi profili altında forum sayfasında yazdığı yazıda, siyasi bir kimliğe sahip katılan Burdur Belediye Başkanı hakkında söylediği, “Sevgili A. Y. Abicim, gerçekten güzel konuya değindin. Vizyonu olmayan kuş beyinlilerin belediye başkanlığı yapması da doğru değildir. Şehr-i emin unvanını sırtında taşıyanlar görevlerini yerine getiremediğinde gereğini yapma cesaretini gösteremiyorlar. Bir İsparta iline bakıyorsun 30-40 metrelik yollar açılmış, Burdur’a bakıyorsun k.ç içi kadar yolumuz var ona da gerektiği gibi maalesef değer veren bir irade göremiyoruz. Vekiller acaba bu konuda bir yaz boyunca ne yaptılar merak ediyorum (...)” şeklindeki ifadelerin, söylenme yeri, amacı ve bağlamına göre yaşadığı şehrin durumu ve belediye hizmetlerinin yetersizliğine dair hakaret boyutuna varmayan ağır eleştiri içeren düşünce ve kanaat açıklaması niteliğinde olduğuna hükmetmiştir.⁴⁵

Görüldüğü üzere, açıklanan ifade bağlamından koparılmadan her yönüyle incelenerek müdahalenin, uygulanmasını gerektirecek zorunlu bir sosyal ihtiyacın mevcudiyetine dair kanaat edindikten sonra izlenen meşru amaçla orantılılığı analiz edilmek suretiyle nihayet demokratik toplumda gerekli olup olmadığı tespit edilmelidir.

Orantılılık ölçütünde yukarıda belirtildiği şekilde analiz edilmesi gereken nokta, amaç ile aracın orantılı olup olmadığının belirlenmesidir. Burada amaç, AIHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında sayılan devletlerin ifade özgürlüğüne müdahale edebilmelerine olanak tanıyan değerlerden veya çıkarlardan biri veya birkaçı olup araç ise müdahalenin kendisidir; başka bir söylemle bireye uygulanan tedbirdir. Uygulanan tedbirin ağırlığı, örneğin ceza verilmiş ise cezanın türü, süresi, miktarı da elbette orantılılık tespitinde değerlendirilmesi gereken bir unsurdur.⁴⁶

⁴⁴ www.yargitay.gov.tr

⁴⁵ Yargıtay 4. C.D.nin 09.06.2014 tarihli 2013/5577 E. 2014/20763 K. sayılı Kararı, www.yargitay.gov.tr

⁴⁶ Bk. AIHM'nin 19.12.2006 tarihli Falakoğlu ve Saygılı / Türkiye Davası, Başvuru No. 11461/03, hudoc.echr.coe.int

Bir örnek vermek gerekirse; şiddeti teşvik ederek terör eylemlerini yüceltlen söylemlerde bulunmak suretiyle ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü ve kamu düzenini bozan kişinin hapis cezasıyla cezalandırılmasında amaç ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü ve kamu düzeninin korunması; araç ise kişinin hapis cezasıyla cezalandırılmasıdır. Şayet ortada söz konusu tedbirin uygulanmasını gerektirecek devletin veya bireylerin menfaatlerini korumaya yönelik acil bir sosyal ihtiyaç yok ise amaç ve aracın orantılı olduğundan bahsedilemez. Bu bağlamdan hareketle, müdahalenin demokratik toplumda gerekliliği kriteri, bahsedilen tüm hususların somut olayda birer birer uygulanarak adil dengenin⁴⁷ kurulmasıyla elde edilmiş olacaktır.

Uyuşmazlık konusu olayın bağlamından koparılmadan, belirtilen kriterlerin bütün olarak değerlendirilip değerlendirilmediği, somut olayın özelliklerinin her yönüyle ele alınıp alınmadığı ancak mahkemelerin yerinde ve yeterli gerekçeli karar yazmaları ile tespit edilebilir. Adil yargılanma hakkının bir gereği olan ve Anayasamızın 141. maddesiyle de teminat altına alınan gerekçenin yerinde ve yeterli olması veya Anayasa Mahkemesinin tabiriyle makul olması, davaya konu olay ve olguların mahkemece nasıl nitelendirildiğini, kurulan hükmün hangi nedenlere ve hukuksal düzenlemelere dayandırıldığını ortaya koymalı, olay ve olgular ile hüküm arasındaki bağlantıyı göstermeli ve kuşkuya yer vermeyecek açıklıkta olmalıdır.

AIHM, Gözel ve Özer / Türkiye Kararı’nda gerekçenin önemine şu şekilde vurgu yapmıştır:

“(...) AIHM’nin, ihtilaflı müdahalenin ‘meşru amaçlar ile orantılı’ ve ulusal yetkililer tarafından dile getirilen müdahalenin meşru gösterilmesi için belirtilen gerekçelerin ‘ilgili ve yeterli’ olup olmadığını tespit etmesi gerekmektedir. AIHM bunu yaparken, ilgili olayların kabul edilebilir bir değerlendirmesine dayanmalı ve ulusal yetkililerin 10. maddedeki ilkelere uygun kuralları uygulayıp uygulamadığından emin olmalıdır (...).”

İfade özgürlüğünün kısıtlanmasının ‘gerekliliğinin’ inandırıcı bir şekilde ortaya konup konmadığını değerlendirmek için AIHM, kendisini, içtihadına uygun olarak, Türk hâkimlerin gerekçelerine göre konumlandırmalıdır.⁴⁸

⁴⁷ Anayasa Mahkemesi 2012/1184 başvuru numaralı 16.07.2017 tarihli Karar’ında bu hususu şu şekilde vurgulamıştır:

“(...) Anayasa Mahkemesi, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını, müdahalede bulunulurken hakkın özüne dokunulup dokunulmadığını, ölçülü davranılıp davranılmadığını ve düşüncüyü açıklama özgürlüğü ile başkalarının şeref ve itibarının korunması hakkının çatışması hâlinde adil bir dengenin kurulup kurulmadığını her olayın kendine has özelliklerine göre takdir edecektir.”

⁴⁸ AIHM’nin 06.07.2010 tarihli Gözel ve Özer / Türkiye Kararı, Başvuru No. 43453/04 ve 31098/05, www.inhak.adalet.gov.tr

Sonuç

Voltaire'e "İnsan hakları için ne yapabiliriz?" diye sorulduğunda "İnsanların bilmesini sağlayın." dediği söylenir.⁴⁹ İnsan haklarının öğrenilmesi, gerçek anlamda içselleştirilmesi ve toplumun her katmanına taşınması söylendiği kadar kolay olmamakla birlikte özünde insanın haysiyetini koruma niyetinin yattığı bir gerçektir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin de esas aldığı şekilde; temelinde özgürlük, eşitlik ve dayanışma olan insan hakları denilince şüphesiz ilk sıralarda akla gelen özgürlüklerden biri olan ifade özgürlüğü, bir özgürlüğün sınırsız kullanılmasının başka hakların ihlaline yol açabileceği temelinden hareketle ve elbette ki mutlak bir hak olmadığından sınırlı sebeplerle ve belirli şartlarda kısıtlanabilir.

Çoğulculuk, açık fikirlilik ve hoşgörü olmaksızın bir anlam taşımayan demokratik toplumun temel gerekliliği olan ifade özgürlüğünün kısıtlanmasında toplumla bireyin çıkarını dengeleyen bir yaklaşım benimseyen AİHM, belirli prensipler geliştirerek dikkate alınması gereken kriterleri belirlemiştir. Diğer yandan, Türkiye'nin taraf olduğu, 1954 yılında onaylanmasıyla iç hukukumuzun bir parçası hâline gelen ve Anayasamızın 90. maddesiyle de kanunlar üstü bir niteliğe bürünen AİHS'nin birincil amacının, Sözleşme metninin ülke mahkemeleri tarafından AİHM içtihadı temelinde uygulanmasını sağlamak olduğu göz önüne alındığında, AİHM'nin belirlediği kriterleri iç hukukumuzda da esas tutmak bir anlamda kaçınılmaz olmuştur.

İfade özgürlüğünün kısıtlanmasına ilişkin değerlendirme, AİHM tarafından, AİHS'nin 10. maddesinin ikinci fıkrası temel alınarak üç aşamalı test uygulamasıyla yapılmaktadır. Mahkeme bu teste geçmeden önce ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin mevcudiyetine dair kanaat edinir; ardından, anılan müdahalenin kanunla öngörülüp öngörülmediğini; sonrasında, anılan fıkarda belirtilen meşru amaçlardan biri veya birkaçına uygunluğunu ve son olarak demokratik toplumda gerekli olup olmadığını incelemektedir.

Demokratik toplumda gereklilik kriteri, öncelikle özgürlüğe yapılan müdahalenin zorunlu toplumsal ihtiyacı karşılayıp karşılamadığını belirlemek anlamını taşıdığından, Mahkeme, ifadenin içeriğinin kullanıldığı bağlamından koparılmadan; ifadeyi kullanan kişi ve muhatabının; ifadenin açıklandığı yerin, zamanın, ortamın; açıklanmasında kullanılan aracın ve yöntemin ne olduğunu göz önünde bulundurarak ve nihayet müdahalenin izlenen meşru amaçla orantılı olup olmadığını tespit ederek sonuca ulaşır. İfadenin bağlam açısından değerlendirilmesi, adil dengeyi kurulumu açısından da mutlak bir gerekliliktir.

Kısıtlamaya ilişkin ve çalışmada belirtilen tüm kriterlerin ele alınması, aslında hukukumuzda somut olayın özellikleri diye tabir edilen kavramın kendisi olmakla beraber bu kavramın gereklerinin yerine getirilip getirilmediğinin tespiti de ancak mahkemelerin yerinde ve yeterli gerekçeli karar yazmalarıyla mümkündür.

⁴⁹ Benedek, Wolfgang. *İnsan Haklarını Anlamak, İnsan Hakları Eğitimi El Kitabı*. Türkçe Baskısı: SIDA Desteği ile RWI ve Türkiye Adalet Akademisi İşbirliği Kapsamında hazırlanmıştır. Türkiye Adalet Akademisi Yayınları: Ankara. 2014. s. 28.

AIHM tarafından uygulanan üç aşamalı testte dikkate alınan kriterlerin, gerek ilk derece gerekse yüksek mahkemelerimiz tarafından özellikle son yıllarda daha fazla esas alındığını, ifade özgürlüğüne ilişkin ilkelerin yargı kararlarımızda belirginleştiğini ve AIHS hükümleri ile AIHM içtihatlarına doğrudan atıf yapılarak verilen kararların arttığını görmekteyiz.

Yargı organlarımızın belirtildiği şekilde duyarlılığının gelişmesi, zorunlu yargı yetkisini kabul ettiğimiz AIHM tarafından ülkemiz aleyhine verilen ihlal kararlarının önemli ölçüde azalmasını sağlayacağı gibi insan haklarının içselleştirilmesi bakımından da oldukça önem arz etmektedir.

Kaynakça

Kitap ve Makaleler

Alacakaptan, Uğur. Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları, Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar - Türk Uygulaması ve Değerlendirmesi. *Hukuk Kurultayı 2000, Cilt 2*. Ankara. 2000.

Benedek, Wolfgang. *İnsan Haklarını Anlamak, İnsan Hakları Eğitimi El Kitabı*. Türkçe Baskısı: SIDA Desteği ile RWI ve Türkiye Adalet Akademisi İşbirliği Kapsamında hazırlanmıştır. Türkiye Adalet Akademisi Yayınları: Ankara. 2014.

Benedek, Wolfgang., Kettemann, Matthias C. *İfade Özgürlüğü ve İnternet*. Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi AB-AK Ortak Projesi. Ankara. 2016.

Doğru, Osman., Nalbant, Atilla. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi - Açıklama ve Önemli Kararlar, 2. Cilt. 2. Baskı*. Ankara. 2013.

Doğru, Osman. *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Cilt 1. 1. Baskı*. Legal Yayincılık: İstanbul. 2004.

Doğru, Osman., Nalbant, Atilla. *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Türkiye Karar Özetleri (1995-2000)*. İstanbul Barosu Yayınları: İstanbul. 2001.

Fendoğlu, Hasan Tahsin. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, İfade Özgürlüğü Özel Sayısı, Sayı: 25*. Ankara. 2016.

İfade Özgürlüğü ile İlgili AIHM Kararları Kaynakçası. Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi AB-AK Ortak Projesi yayını: Ankara. 2017.

İnceoğlu, Sibel. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*. Beta Yayınları: İstanbul. 2013.

Macoevi, Monica. *İfade Özgürlüğü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları, No. 2*. Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü Genel Müdürlüğü. Strazburg. 2001.

MATRA, Yargıda İfade Özgürlüğüne Yönelik Farkındalığın Arttırılması Projesi. Türkiye Adalet Akademisi Yayınları: Ankara. 2013.

Çelikboya, Menent. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde İfade Özgürlüğü İşığında Basın Özgürlüğü ve Türk Hukuku*. İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Yüksek Lisans Programı Tezi (İnsan Hakları Hukuku). İstanbul. 2011.

Nefret Söylemi Tematik Bilgi Notu. T.C. Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı. 2015.

Tanju, Erhan. *AİHM Kararları Işığında İfade ve Basın Özgürlüğü*. 1. Baskı. Ankara. 2012.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (2005-2015). Ankara. 2015.

Yıldırım, Zeki. *Terörizmin Propagandası Suçu*. Adalet Yayınevi: Ankara. 2014. s. 144.

Yılmaz, Pınar. *Görsel İşitsel Medyada İfade Hürriyeti ve Sınırlandırılması, Uzmanlık Tezi*. Ankara. 2011.

Yüksek, Mehmet. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde İfade Özgürlüğünün Sınırları. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, İfade Özgürlüğü Özel Sayısı, Sayı: 25*. Ankara. 2016.

Voyatzis, Panayotis., Vajic, Nina. İnternet ve İfade Özgürlüğü: “Cesur Yeni Dünya” ve AİHM'nin Evrilen İçtihadı. *İfade Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Nicolas Bratza'ya İthafen Kaleme Alınmış Makaleler*. Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi AB-AK Ortak Projesi. Ankara. 2016.

Zwaak, Leo., Şahin, Kemal., Karagöz, Kasım., Tümay, Murat., *İfade Özgürlüğü Ders Kitabı*.

İnternet Kaynakları

www.uhdigm.adalet.gov.tr

<http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/>

www.inhak.adalet.gov.tr

www.yargitay.gov.tr

hudoc.echr.coe.int

Üç Aşamalı Testin İdari Yargı Kararlarına Uygulanması

Bülent Küfüdür

Ankara 17. İdare Mahkemesi Başkanı

bulentkufudur@hotmail.com

Özet

Temel hak ve özgürlükler, anayasal metinlerde yer alırken genellikle sınırlayıcı düzenlemelere de yer verilmektedir. Bu sınırlamalar, ilgili hak ve özgürlüğe özgü olabileceği gibi bunun yanında Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 13. maddesinde düzenlendiği hâliyle genel sınırlamalar şeklinde de olabilmektedir.

Toplumsal gerçeklikler, hakkın kötüye kullanılabilme ihtimali ve daha pek çok sebeple temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ideal bir durum olmasa da kabul edilebilir bir olgudur. Bu noktada önemli olan, sınırlandırmanın maksimum seviyelere çıkarılarak “hakkın özüne” dokunulmamasıdır. Tüm özgürlükler gibi ifade özgürlüğü de sınırsız ve mutlak bir hak olmayıp, nispi, yani belli ölçüler içinde sınırlandırılabilir niteliktedir. Başkalarının (birey ve toplum bağlamında) hakları ifade özgürlüğünün sınırlarını belirlemektedir.¹

Öte yandan, tarihsel gerçekleri inkâr söylemi, demokratik rejimi yıkmayı hedefleyen ifadeler, ırkçılık, hoşgörüsüzlük, şiddet ve nefret barındıran ifadeler, pornografi ve çocukların korunması ile ilgili hususlar; ifade özgürlüğünü sınırlandırma kriterleri ile birlikte tartışılması sona ermeyecek ve sürekli geliştirilecek bir alan olarak karşımızda durmaktadır. Bu bağlamda, sınırlandırmanın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ile uyumu hususunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) konuya ilişkin içtihatları belirleyicidir.² AİHM, sınırlandırma gerçeği ve tartışmalı konuları da dikkate alarak, ifade özgürlüğü ihlal iddialarını sonuçlandırmada “üç aşamalı test”i uygulamaktadır. Bu testin, Anayasa Mahkemesinin itiraz ve iptal davalarındaki “norm denetimi” sırasında, Anayasa'nın 13. maddesini uygulama yönteminden belirgin bir farkı yoktur. Üç aşamalı test hem AİHM tarafından Sözleşme'nin (AİHS) 8, 9, 10 ve 11. maddeleri kapsamındaki davaları çözüme bağlamakta kullanılmaktadır hem de Anayasa'nın 90. maddesi gereği, Türk hâkimler açısından ifade özgürlüğünü ilgilendiren davalar hakkında karar verirken böyle bir gerekçeyi takip etmek yarar sağlayacaktır. Danıştayın kimi kararlarında, özellikle de radyo ve televizyon yayınlarına ilişkin verdiği kararlarda üç aşamalı testin uygulandığı görülmektedir. Ancak, ilk derece mahkemeleri olan idare mahkemelerinde ifade özgürlüğü ile ilgili kararlarda üç aşamalı testin uygulandığı karar sayısı çok fazla değildir. Ayrıca, Bölge İdare Mahkemeleri 20 Temmuz 2016 tarihi itibarıyla istinaf mahkemeleri olarak faaliyete başlamış olup, bu itibarla idari yargı alanında Bölge İdare Mahkemelerinin içtihatları da artık belirleyici ve yönlendirici olacaktır. İşte bu olgulardan hareketle, idari yargı alanında ifade özgürlüğünü ilgilendiren uyuşmazlıklarda üç aşamalı testin kullanılması ve bunun idari yargı kararlarına uygulanmasına katkı sağlamak ve uygulayıcılara pratikte yol göstermek amacıyla bu makale hazırlanmıştır.

¹ Sağlam, Abdi. AİHS'ye Göre İfade Özgürlüğü Hakkı Kapsamında Kamu Görevlileri Açısından Görev ve Sorumluluk Kavramı. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, İfade Özgürlüğü Özel Sayısı, Yıl: 7, S. 25.* Ankara. Şubat. 2016. s. 83.

² Sağlam, Abdi. agm. s. 83.

Anahtar kelimeler: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, ifade özgürlüğü, sınırlandırma, üç aşamalı testin uygulanması, idari yargı kararları, hâkimin rolü.

Abstract

Although fundamental rights and freedoms are ranked among constitutional texts, they are also included in restrictive regulations. These restrictions can both be peculiar to relevant rights and freedoms, and also be in the form of general restrictions that is regulated within Article 13 of the Constitution of the Turkish Republic.

Although not an ideal situation, restriction of fundamental rights and freedoms due to social realities, possibility of abuse of rights and several more reasons is an acceptable fact. At this point, it is important not to tarnish “the core of the right” by means of maximizing restrictions. Freedom of expression, like all, is not an absolute and limitless right, but it is relative which means that within certain measures it has a determinable characteristic. Others’ rights (in the context of individuals and society) determine the limits of freedom of speech.

On the other hand, issues related to denial of historical events, statements on overturning the democratic regime, racism, intolerance, statements of violence and hatred, pornography and protection of children cover the area that will be ever-growing discussion topics on restriction measures of freedom of speech. In this context, on the subject of compliance of the restriction with European Convention on Human Rights (ECHR), the case law of the European Court of Human Rights (ECHR) is determinant. In consideration with restriction fact and controversial issues, ECHR implements three part test to conclude the cases on violation of freedom speech. This test does not have a significant difference than implementation of Article 13 of the Constitution on ‘norm review” in objection and annulment cases brought before the Constitutional Court. Three part test is in use for settlement of cases by the ECHR related to Articles 8 ,9, 10 and 11 of the ECHR, and also could be beneficial for Turkish judges to follow this justification on adjudication of freedom of speech cases in terms of Article 90 of the Constitution. It is seen that three part test is implemented in some cases of the Council of State, especially in the ones related to radio and television broadcasting. However, implementation of three part test is limited in freedom of expression judgments of the Administrative Court that is the first instance court. Besides, case law of the Regional Administrative Courts is determinant too since they have started serving as courts of appeal as of July 20, 2016. Depending on these facts, this article has been written in order to implement three part test for disputes on freedom of speech in the field of administrative procedure, support its implementation in the judgments of administrative law and provide guidance for the implementers.

Keywords: European Court of Human Rights, European Convention on Human Rights, freedom of speech, restriction, implementation of three part test, adjudication of administrative procedure, role of the judge.

Giriş

“İfade özgürlüğü, insanın serbestçe haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanmaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir.”³ İfade özgürlüğü, demokratik toplumun temellerinden biri olup toplumun gelişmesi ve bireyin kendini geliştirmesi ve gerçekleştirmesi için vazgeçilmez koşullar arasında yer alır. Bu bağlamda toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır. Aynı şekilde birey özgün kişiliğini, düşüncelerini serbestçe ifade edebildiği ve tartışabildiği bir ortamda gerçekleştirebilir. İfade özgürlüğü, kendimizi ve başkalarını tanımlamada, anlamada ve algılamada, bu çerçevede başkalarıyla ilişkilerimizi belirlemede ihtiyaç duyduğumuz bir değerdir.”⁴ Sadece kendi içinde bir hak değil, aynı zamanda diğer hakların etkili şekilde kullanılması açısından bir koşul olan ifade özgürlüğü, kanaat özgürlüğünü, haber ve görüş alma ve verme özgürlüğünü kapsar.

İfade özgürlüğü, özellikle AİHS'nin 10. maddesi ve Avrupa Konseyi Üye Devletlerinin anayasaları dâhil olmak üzere hem uluslararası hem de bölgesel insan hakları anlaşmaları ile korunmaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 26. maddesine göre herkes düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. AİHS ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na göre ifade özgürlüğü vatandaşlar ve yabancılar dâhil herkes içindir. Gazeteciler, siyasetçiler, sivil toplum örgütleri, sanatçılar, yazarlar, düşünürler, hukukçular, öğretmenler ve öğrenciler gibi toplumun her kesimi hatta şirketler ve tüzel kişiler dahi ifade özgürlüğünden yararlanabilmektedir. Kamu yararı taşıyan konularda bilgi vermek, basın açısından sadece bir hak değil aynı zamanda görev olduğu için, AİHM bu temel hak bağlamında basın özgürlüğünün özel bir yeri olduğunu vurgulamaktadır. Bu husus, basının hür olduğunu ve sansür edilemeyeceğini belirten Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 28. maddesiyle de teyit edilmektedir. İfade özgürlüğü, demokratik toplumun temel taşlarından biri olmasının yanında başkalarının haklarının korunması, hoşgörünün artırılması ve farklılıklara saygı açısından da önemli bir koşuldur. İfade özgürlüğü, bireyin gelişimi için şarttır. Toplumsal tartışmanın olmazsa olmazıdır. Özgür basın ve kamusal eleştiri için gereklidir ve diğer hakların gerçekleştirilmesi için ön koşuldur. Herkes düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, sanatsal ifade ile hatta sessiz kalarak veya başka yollarla, tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Evde, okulda, sokakta, iş yerinde, basında, internette, sosyal medyada, Mecliste, mahkemede, kışlada, cezaevinde (...) her yerde ve her dilde; sadece her şey yolunda giderken değil, toplumsal kriz, çatışma, gerilim anlarında da kısacası her zaman ve her koşulda geçerli bir haktır. İfade özgürlüğü, birçok hak ve özgürlüğün üzerine kurulu olduğu bir “kaynak hürriyet” durumundadır. Örnekeleyecek olursak; düşünce açıklaması yazı yoluyla (kitap,

³ Anayasa Mahkemesinin 25/06/2014 tarihli Ali Karatay Kararı, Başvuru No. 2012/990; 23/01/2014 tarihli Emin Aydın Kararı, Başvuru No. 2013/2602. www.anayasa.gov.tr

⁴ Anayasa Mahkemesinin 23/01/2014 tarihli Emin Aydın Kararı, Başvuru No. 2013/2602.

gazete vb.) yapılıyorsa “basın hürriyeti”; radyo-televizyon ve sanat etkinlikleri yoluyla yapılıyorsa “görsel-işitsel iletişim hürriyeti”nden bahsedilir. Kişinin diğer insanlarla bir araya gelerek düşüncelerini açıklamasında “toplantı hürriyeti” veya “dernek kurma hürriyeti”nden; kişinin dinî konulardaki düşüncelerini açıklamasında “din ve vicdan hürriyeti”nden söz edilir. Düşünce açıklamaları, kişiler arasındaki özel ve gizli mektup, duyuru, bildiri, broşür, bülten gibi haberleşme yöntemleriyle yapılıyorsa “özel haberleşme hürriyeti” söz konusudur.⁵ Düşüncenin serbestçe açıklanabilmesi demokrasinin temelidir. Seçilenlerin yanında seçmenlerin de düşüncelerini açıklayabilmesi gereklidir. Günümüzün modern, çoğulcu ve katılımcı demokrasilerinde halk da kendi geleceğini ilgilendiren bütün konularda düşüncelerini açıklayarak karar alma sürecine dâhil olmaktadır.⁶ Dolayısıyla ifade özgürlüğünün olmadığı yerde eleştiri ve muhalefet olamayacağı için demokrasinin de olamayacağı kesindir. Eleştiri ve bilgi verme sınırını aşarak yoğun olarak eyleme götürecek şekilde fikir aşılama anlamında propaganda da ifade özgürlüğü içinde yer alır.⁷

Ancak ifade, şiddete yol açması ve / veya nefret söylemi içermesi durumunda koruma alanı dışında kalır. Belirtilen tüm bu özelliklerine karşın, düşünce tarihine baktığımızda ifade özgürlüğünün çok da masum bir kavram olmadığını görüyoruz. İnsanlık tarihinde devlet yapısının bu yolla eleştirilerek yıpratıldığını, sonra da çöktürülerek yeni bir devlet yapısının ortaya çıktığını görmek mümkündür.⁸ Dolayısıyla her ne kadar ifade özgürlüğünün sınırsız olması gerektiğini savunular var ise de devletin devamı için demokratik rejim anlayışı çerçevesinde bu hürriyet sınırlandırılmalıdır. Devlet zorunlu hâllerde ve istisnai tedbir olarak bu yetkisini kullanmalıdır.⁹ En demokratik rejimlerde dahi, ifade özgürlüğü hakkının kullanımı belirli bazı sınırlamalara tabi tutulabilmektedir. Bu itibarla; yaşam hakkı, kötü muamele ve işkence yasağı, köleliğin yasak olması gibi mutlak olan bazı haklar dışında kalan diğer tüm özgürlükler gibi ifade özgürlüğü de belli sınırlar dâhilinde ancak belli koşullarla kısıtlanabilmektedir. Birey ve toplum bağlamında başkalarının hakları bu özgürlüğün sınırlarını belirlemektedir. Temel insan hakları kategorisinde değerlendirilen ifade özgürlüğü asıl olup sınırlama ise istisnai hâllerde söz konusu olabilmektedir. Sınırlamanın AİHS ile uyumu hususunda ise AİHM’nin içtihatları belirleyicidir. AİHM’nin ifade özgürlüğü konusunda çok sık atıf yaptığı temel kararlardan olan ve aynı zamanda AİHM’nin bu konudaki ilk kararı olma özelliğini taşıyan Handyside / Birleşik Krallık Davası’nda, “ifade özgürlüğünün, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız yahut ilgilenmeye değmez görülen haber ve düşünceler için değil aynı zamanda devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, olanlara çarpıcı gelen, rahatsız edici haber ve düşünceler için de uygulanacağı belirtilmiş olup; çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin gereklerinden olan bu durum olmazsa demokratik toplumdaki

⁵ Kuzu, Burhan. *Düşünceyi Açıklama Hürriyeti ve Ülkenin Bölünmez Bütünlüğü* (TMK md. 8). 21. *Asra Girerken Çağdaşlaşma, Demokrasi ve İnsan Hakları*. Aydınlar Ocağı Yayını, Açık Oturumlar Dizisi: 16. İstanbul. 1996. s. 34.

⁶ Ünal, Şeref. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri*. TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu, Yay. No. 89. Ankara. 2001. s. 242.

⁷ Zabunoğlu, Yahya. *Düşünceyi İfade Özgürlüğü*. Ankara Barosu Yayını: Ankara. 14.07.1999. s. 5.

⁸ Çeçen, Anıl. *Düşünceyi İfade Özgürlüğü*. Ankara Barosu Yayını: Ankara. 14.07.1999. s. 12.

⁹ Sunay, Reyhan. *Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasası’nda İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*. Ldt Yayınları: Ankara. 2001. s. 74.

bahsedilemeyeceği vurgulanmıştır. Bu itibarla; diğer şeylerin ötesinde, bütün formalite, şart, sınırlama ve cezaların hedeflenen meşru amaçla orantılı olmasının gerektiği (...)” ifade edilmiştir.¹⁰

AIHS’nin 10. maddesinin 2. fıkrasında, ifade özgürlüğünün belli formalite, şart, sınırlama ve cezalara tabi tutulabileceği belirtilmektedir. Bu hakkın Sözleşme’ye uygun olarak sınırlandırılması için üç (3) koşulun varlığı aranmaktadır. Bunlar; sınırlamanın yasayla öngörülmüş olması, sınırlamanın meşru amaçlara dayanması ve sınırlamaların demokratik bir toplum için gerekli olmasıdır. Sınırlamanın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile uyumu hususunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin konuya ilişkin içtihatları belirleyicidir. AIHM, ifade özgürlüğü ihlal iddialarını sonuçlandırmada “üç aşamalı testi” uygulamaktadır. Öte yandan, AIHM’nin, AIHS’nin uygulanması kapsamındaki yargısal yetkisi ikincil niteliktedir. AIHS’nin genel mantığı öyle kurulmuştur ki burada sayılan hakların korunmasının ilk ve esas sorumluluğu akit devletlere düşer. AIHM’nin varlık nedeni, devletlerin uygulamalarını izlemek, yargı denetimi gücünü kullanmaktır yani iç hukuk sisteminin takdir payı ile Avrupa çapında denetim el ele gider. Takdir payı doktrini bağlama göre farklı tarzlarda uygulanır ve devletlere tanınan takdir hakkı buna göre değişir. Dolayısıyla ulusal yargı makamlarınca yapılan yargısal denetim oldukça önemlidir. Ayrıca, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 90. maddesinin, Sözleşme hükümlerinin öncelikli olarak uygulanması konusunda hâkimlere yüklediği görev ve sorumluluk, AIHM’nin ihlal kararlarının iç hukukta yargılamanın yenilenmesi sebebi kabul edilmesine ilişkin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 53. maddesinin amir hükmü ve ihlal kararlarından dolayı ödenen tazminatların, sorumluluğu bulunan hâkimlere rücu edilebilmesi olanağının bulunması, bu konuda iç hukukta hâkimin rolünü oldukça artırmaktadır. Bu çalışmada, ifade özgürlüğünü ilgilendiren idari davalarda üç aşamalı testin uygulanarak, bunun yargı kararlarına yansıtılmasında idari yargının kapasitesinin güçlendirilmesine bir katkı yapılması amaçlanmıştır. Belirtilen amaca yönelik olarak, önce ifade özgürlüğünün sınırlandırma sebepleri açıklanacak, ardından üç aşamalı testin uygulanması yöntemi AIHM ve Anayasa Mahkemesi içtihatları çerçevesinde izah edilecek ve bu bağlamda üç aşamalı testin idari yargı kararları özelinde yargı kararlarına uygulanması pratiği yapılacaktır.

A- İfade Özgürlüğüne İlişkin Sınırlandırma Koşulları

1- Genel durum

İfade özgürlüğü, AIHS’nin 10. maddesinde yer almaktadır. AIHS’nin 10. maddesi, iki fıkra temelinde oluşturulmuştur: İlk fıkra korunacak özgürlükleri, ikincisi ise bir devletin, ifade özgürlüğünün kullanılmasına müdahalesinin meşru olacağı durumları saymaktadır.

¹⁰ AIHM’nin 07.12.1976 tarihli Handyside / Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No. 5493/72, s. 49. hudoc.echr.coe.int/ent

Onuncu maddenin 1. fıkrası şöyledir: “Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir.” Görüldüğü üzere 1. fıkra, ifade özgürlüğünün üç unsurunu teminat altına almaktadır: 1- Kanaat sahibi olma özgürlüğü, 2- Bilgi ve kanaatlere ulaşma özgürlüğü, 3- Bilgi ve kanaat açıklama özgürlüğü. Bu özgürlükler serbestçe, kamu otoritelerinin müdahalesi olmaksızın (2. fıkranın gerekleri dışında) ve ulusal sınırlardan bağımsız olarak kullanılabilir. Onuncu maddenin 2. fıkrası ise şöyle demektedir: “Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli tutulması kaydıyla alınmış bilginin açıklanmasının engellenmesi veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı şekil şartlarına, koşullara, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir.”

İfade özgürlüğü üzerindeki her tür kısıtlama, koşul, sınırlama veya herhangi bir müdahale biçimi, bu özgürlüğün sadece belirli bir kullanımı üzerinde uygulanabilir. İfade özgürlüğü hakkının içeriğine asla dokunulamaz. Bu açıdan AİHS’nin 17. maddesi şöyle demektedir: “Bu AİHS hükümlerinden hiçbirisi; bir devlete, topluluğa veya kişiye, AİHS’de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya burada öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlamalara uğratılmasına yönelik bir etkinliğe girişme veya eylemde bulunma hakkını sağlar biçimde yorumlanamaz.”

Açıktır ki bir hakkın içeriği üzerinde yapılan sınırlama, o hakkın yok edilmesine benzer bir anlama gelir.

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 veya şerefine halel gelmesi her durumda bir suç veya tazminat nedeni olarak görülmemelidir. Benzer tarzda, kamu önünde yapılan yargı gücünün otoritesini tehlikeye atacak türden açıklamalar, böyle bir eleştiri her yapıldığında cezalandırılmamalıdır. Başka biçimde söylenecek olursa ifade özgürlüğü hakkının kullanımı üzerinde bir kısıtlama veya cezai tedbir belirleme ve uygulama konusunda kamu otoritelerinin bir yükümlülüğü yoktur, sadece böyle bir olanağı vardır. Farklı bir yaklaşım, haklar ve değerler yahut çıkarlar arasında bir hiyerarşiye yol açar ve ifade özgürlüğünün, örneğin insanlık onurunu ve şerefini koruma hakkının, ahlakın veya kamu düzeninin ardından listenin sonuna yerleştirilmesiyle sonuçlanırdı.¹¹

Dolayısıyla 2. fıkradaki “zorunlu tedbir” ibaresi yükümlülük anlamında olmadığı gibi, koşul, şart, gerekli anlamlarını da içermemektedir. Söz konusu ibare, devletlerin

¹¹ Macovei, Monica. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 10. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz. “Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi Projesi” kapsamında basılan *İnsan Hakları El Kitapları*, No. 2. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü. Strazburg. 2001. Türkçe Baskı: Şen Matbaa: Ankara. 2013. s. 23-24.

belirtilen koşullar gerçekleştiğinde kısıtlama olanağına sahip olduğuna işaret etmektedir ve bundan öteye daha geniş bir anlam içermemektedir. Onuncu maddenin 2. fıkrası devletleri yasak ve ceza koymaya zorlamamakta, onların kendilerine uygun bir çözüm yolu bulmalarını engellemektedir.¹²

Devletler, ancak AİHS’de belirtilen meşru amaçları sağlamak için bu özgürlüğün kullanılmasını sınırlandırabilir. Sözleşme’nin 10. maddesinin 2. fıkrasında, ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamaları haklı kılabilen dokuz meşru amaca yer verilmiştir.¹³ Bu amaçlar; ulusal güvenlik, ülke bütünlüğü, kamu güvenliği, suçun ve düzensizliğin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlakın korunması, gizli bilgilerin ifşasının önlenmesi, başkalarının şeref ve haklarının korunması, yargı organlarının otorite ve tarafsızlığının sağlanmasıdır. AİHM’nin yerleşik içtihatlarında, Sözleşme’nin 10. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen sınırlama sebeplerinin istisnai nitelikte olduğu ve dar yorumlanması gerektiği belirtilmektedir.¹⁴ Bununla beraber, hedeflenen meşru amaçlar açısından ulusal makamların belli bir takdir hakkının bulunduğu hususu da vurgulanmaktadır.¹⁵ Takdir hakkı, hem ulusal yasa koyucuya hem de yürürlükteki mevzuatı uygulamakla görevli olan yargı mercilerine tanınmıştır.¹⁶ Diğer yandan, ulusal makamların takdir yetkisi 10. maddenin 2. fıkrasında sayılan bütün amaçlar bakımından aynı genişlikte değildir. Ahlakın korunması amacı ile ilgili Handyside / Birleşik Krallık Davası’nda AİHM, “Sözleşmeciler Devletlerin ahlaki gereklere bakışının özellikle günümüzde zamana ve yere göre değiştiğini ve ulusal makamların, ahlaki gereklerin kapsamı konusunda, uluslararası yargıdan genellikle daha elverişli durumda olduklarını” belirtmiştir. Avrupa Konseyine üye olan aynı zamanda AİHS’yi imzalayarak AİHM’nin yargı yetkisini kabul eden devletlerin ortak bir ahlak ve din anlayışı olmaması ve bu değerlerin devletten devlete farklılaşabilmesi nedeniyle AİHM, bu değerlerin korunması bakımından ulusal makamlara ve ulusal yargı mercilerine daha geniş bir takdir marjı tanımaktadır. Ancak, ifade özgürlüğünü sınırlandırma amacının yargılama organlarının otorite ve tarafsızlığını sağlama gibi çok daha nesnel bir kavram olduğu bir durumda Mahkeme, Sözleşmeciler Devletlerin daha dar bir takdir yetkisine sahip olacağını vurgulamıştır çünkü, Mahkemeye göre, Sözleşmeciler Devletlerin uygulamalarında, bu alanda oldukça esaslı ortak bir temel oluşmuş durumdadır.¹⁷

Öte yandan, ifade özgürlüğü kısıtlanırken maddede sayılan sınırlama sebepleri haricinde başka bir sınırlama sebebine dayanılmaz.¹⁸ Sözleşme’nin 10. maddesinin 2. fıkrasında sayılan sınırlama kısıtlarının, Anayasamızın “düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü” için öngördüğü sınırlama ölçütlerine büyük ölçüde uyumlu olduğu

¹² Handyside / Birleşik Krallık, 07.12.1976, p. 54. Karar’ın Türkçe çevirisi için bk. Doğru, Osman. *İnsan Hakları Avrupa İchtihatları (İHAİ)*. Beta Yay.: İstanbul. 1996. s. 55-73.

¹³ D. J. Harris., M. O’Boyle., E. P. Bates., C. M. Buckley. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*. Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi. Oxford University Press. 2009. Avrupa Konseyi. Türkçe Baskı: Şen Matbaa: Ankara. 2013. s. 487.

¹⁴ The Sunday Times / Birleşik Krallık (No. 2), Başvuru No. 13166/87, 26.11.1991, s. 65.

¹⁵ Tammer / Estonya, Başvuru No. 41205/98, 06.02.2001, s. 60.

¹⁶ Engel ve Diğerleri / Hollanda, No. 5100/71, 5101/71..., 08.06.1986, s. 55.

¹⁷ Sunday Times / Birleşik Krallık (No.1), p. 49 (bk. Bozkurt, Enver., Dost, Süleyman. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Türkiye*. Süleyman Demirel Üniversitesi İİBF Dergisi, Y: 2012, C. 7, S. 1. s. 53.).

¹⁸ Mutatis mutandis, Klass ve Diğerleri / Almanya, No. 5029/71, 06.09.1978, s. 42.

söylenir.¹⁹ İfade özgürlüğü, Anayasa'nın 26. maddesinde “Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” kenar başlığı ile şu şekilde düzenlenmiştir:

“Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama veya yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak veya vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü; radyo, televizyon, sinema veya benzeri yolların devletçe bir izin rejimine tabi tutulmasına engel değildir.

Bu hürriyetlerin kullanılması; millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyet'in temel nitelikleri ve Devlet'in ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.

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

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir.”

Anayasa'nın “Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması” kenar başlıklı 13. maddesi ise şöyledir:

“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyet'in gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

Görüldüğü üzere, Anayasa'daki düzenlemeler genel itibarıyla AİHS ile uyumlu hükümler içermektedir. Anayasa Mahkemesi pek çok kararında AİHM kararlarına atıf yapmakta ve benzer kriterleri kullanmaktadır.²⁰ Bununla beraber, ifade özgürlüğü hakkının kullanımı ile ilgili baz alınacak kriterler AİHM'nin, 10. maddeye ilişkin içtihatları ile belirlenerek açıklığa kavuşturulmaktadır. Bu itibarla, Anayasa'nın 26. maddesinde yer verilen sınırlama sebeplerinden Sözleşme'nin 10. maddesinden farklı olanlar, AİHM içtihatlarında ortaya konan kriterlere uygun bir şekilde yorumlanmalı ve uygulanmalıdır. Böylece, Anayasa'nın 26. maddesindeki sınırlama sebepleri ile AİHS'nin 10. maddesindeki sınırlama sebepleri arasındaki uyum tam anlamıyla sağlanacak ve sınırlama sebepleri arasındaki az sayıdaki farklılık sorun oluşturmaz. Uygulamada, gerek AİHM gerekse Anayasa Mahkemesinin

¹⁹ Özbey, Özcan. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru Yöntemleri*. 3. Baskı. Adalet Yayınevi: Ankara. 2008. s. 346.

²⁰ Anayasa Mahkemesinin 04.06.2015 tarihli Bekir Coşkun Kararı, Başvuru No. 2014/12151, www.anayasa.gov.tr

İçtihatları Anayasa'nın 26. maddesi ile Sözleşme'nin 10. maddesi arasındaki uyumu pekiştiren yönde olmuştur.

AİHS, ifade özgürlüğünün görev ve sorumluluklarla kullanılabileceğini belirtmekte ve böylece bu özgürlükten yararlanan kişiler açısından bir hareket sınırı çizmektedir. Bu, görevleri nedeniyle bazı kişilerin diğerlerinden daha geniş sınırlamalara tabi olması demektir.

AİHM, basın mensupları ile ilgili Sürek / Türkiye Davası'nda görev ve sorumlulukların çatışma ve gerginlik ortamlarında daha fazla önem kazandığını vurgulamıştır.²¹

İfade özgürlüğünün sınırlanması, devletin (kamu otoritesi) veya üçüncü kişilerin ifade özgürlüğünü kullanan kişiye yaptığı müdahaleler ile ortaya çıkmaktadır. Devletin ifade özgürlüğü ile ilgili olarak pozitif ve negatif yükümlülükleri bulunmaktadır. Devletin, pozitif yükümlülüğü uyarınca ifade özgürlüğünün rahatça kullanılabileceği ortamı oluşturması; negatif yükümlülüğü gereğince de hukuk tarafından kabul edilen sınırlar içerisinde bu özgürlüğün kullanılmasına müdahale etmemesi gerekmektedir. İfade özgürlüğünün kısıtlanma koşulları da devletin negatif yükümlülükleri kapsamındadır.²² İfade özgürlüğünün kullanılabilmesi için 3. kişilerin fiziksel saldırı ve tehditlerinden korunma veya basın yayın organlarının dağıtımının engellenmesini önleme gibi pozitif yükümlülükleri vardır.²³ AİHM, devletin pozitif yükümlülüğünü Dink / Türkiye Kararı'nda şöyle ifade etmiştir: “Öte yandan, AİHM, başvuranların şikâyetlerinin ve mevcut davadaki özel koşulların AİHS'nin 10. maddesi çerçevesinde devletin pozitif yükümlülüğünü devreye soktuğu kanaatindedir. İfade özgürlüğünün gerçek ve etkili bir biçimde kullanımı yalnızca devletin her türlü müdahaleden imtina etme görevine bağlı değildir. Bu hakkın kullanımı bireyler arası ilişkilerde dahi pozitif koruma tedbirlerinin alınmasını gerekli kılar. Esasen, bazı durumlarda devlet, ifade özgürlüğü hakkını gerçek kişilerden kaynaklanan ihlallere karşı da korumakla yükümlüdür.”²⁴

İfade özgürlüğü sadece kendi içinde önem taşımakla kalmaz ayrıca, AİHS'den kaynaklanan başka hakların da korunması açısından merkezî bir rol oynar.²⁵ Bu ayrıcalıklı konumu nedeniyle ifade özgürlüğü kural, sınırlama ise istisnadır. Bu ilke, AİHS'nin 10. maddesi uygulamaya konulurken ifade özgürlüğü hakkının geniş yorumlanmasını, sınırların ise dar yorumlanmasını gerektirir.

²¹ Bozkurt, Enver., Dost, Süleyman. agm. s. 55.

²² Göktepe, Hüseyin. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Nefret Söylemi ve Dine Hakaret. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, İfade Özgürlüğü Özel Sayısı, Sayı: 25, Yıl: 7.* Ankara. Şubat. 2016. s. 169.

²³ Doğru, Osman., Nalbant, Atilla. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (Açıklama ve Önemli Kararlar)*. Pozitif Matbaası: Ankara. 2013. s. 356.

²⁴ Dink / Türkiye Kararı, 14.09.2010, Başvuru No. 2668/07, 6102/07, 3079/09, 7124/09, hudoc.echr.coe.int/eng

²⁵ Özbey, Özcan. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 62 (1)*. Ankara. 2013. s. 99.

AİHS 10. maddesinin temel işlevi, herkesin ifade özgürlüğünü korumaktır. Bu nedenle ki AİHM, bu maddenin 2. fıkrasında öngörülen kısıtlamaların dar yorumlanmasına yönelik kurallar tesis etmiş bulunmaktadır. Aynı şekilde, ulusal makamların 10. maddenin 2. fıkrasında sıralanan nedenlerden herhangi birinin söz konusu olduğu her durumda ifade özgürlüğünün kullanılmasına müdahale etmemesi gerekir zira böyle bir durum, bahsi geçen hakkın içeriğinin sınırlandırılmasına yol açacaktır. Mahkeme, ulusal makamlarca alınan tedbirin ifade özgürlüğü hakkının kullanımı üzerindeki kısıtlayıcı etkisine bakarak bir olayda müdahalenin olup olmadığına karar vermektedir.

İfade özgürlüğü mutlak bir hak değildir. Sorumluluklar ve ödevler içermektedir. Bu nedenle sınırlandırılabilir ancak, sınırlamalar üç aşamalı gereklilik testi ile formüle bağlanmış olan çok katı kurallara tabidir. Birkaç istisna dışında -ki bu istisnalar AİHS'nin 17. maddesinin (hakları kötüye kullanma yasağı) uygulanması yoluyla bahse konu ifadenin 10. maddenin kapsamından çıkarılması ile ilgilidir- tüm sınırlamalara üç aşamalı test uygulanmalıdır. Üç aşamalı testin uygulanmayacağı, dolayısıyla AİHS'nin 17. maddesi uygulamasıyla ifade özgürlüğü korumasının doğrudan doğruya dışında kalacak olan bu ifadeler, daha çok nefret söylemi, tarihî gerçeklerin inkârı gibi en uç örneklerle sınırlıdır.

2- Üç aşamalı test

AİHS madde 10/2, düşünceyi açıklama özgürlüğüne getirilebilecek sınırlamaları, bu özgürlüğü koşullara, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlama biçiminde göstermiştir. Düşünceyi açıklama özgürlüğüne getirilebilecek olası bütün sınırlamalar bu kavramlar altında ele alınabilir.²⁶ AİHM, ifade özgürlüğünün Sözleşme'ye uygun olarak sınırlandırılması için üç koşulun varlığını aramaktadır. Bu uygulama üç aşamalı test olarak ifade edilmektedir.

Üç aşamalı test, AİHM tarafından AİHS'nin 8 (özel ve aile hayatına saygı hakkı), 9 (düşünce, vicdan ve din özgürlüğü), 10 (ifade özgürlüğü) ve 11. (toplantı ve dernek kurma özgürlüğü) maddeleri kapsamındaki davaları çözüme bağlamakta kullanılmaktadır. AİHS'nin bahsedilen maddelerinde yer verilen hakkın sınırlandırılmasına ilişkin koşullar büyük ölçüde benzerlik göstermektedir. Bu nedenle üç aşamalı testin aşamaları, anılan maddelerde belirtilen sınırlamaya ilişkin koşullardan ve ihlâl başvurularında AİHM'nin bu koşulları Sözleşme'nin ruhuna uygun olarak yorumlayarak somut olaylara (davalara) uygulamasıyla ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda, AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrasına göre, akit devletlerin herhangi birinde ülkenin yetkili mercileri üç koşulun hepsi birden yerine geldiği takdirde ifade özgürlüğünün kullanımına müdahale edebilirler.

Bunlar:

²⁶ Tezcan, Durmuş., Erdem, Ruhan, Mustafa., Sancakdar, Oğuz. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması*. T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı. Baskı: Ankara Açık Cezaevi: Ankara. 2004. s. 264.

- Müdahale (yani “şekil şartı”, “koşul”, “sınırlama” veya “yaptırım”) yasada öngörülmüş olmalıdır.
- Müdahale şu yarar veya değerlerden biri veya birkaçının korunması amacını taşımalıdır: Ulusal güvenlik; toprak bütünlüğü; kamu güvenliği; kamu düzeninin sağlanması veya suç işlenmesinin önlenmesi; sağlığın ve ahlakın korunması; başkalarının itibar ve haklarının korunması; gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi ve yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması.
- Müdahale demokratik bir toplumda gerekli olmalıdır.

AİHS 10. maddenin asli işlevi herkesin ifade özgürlüğünü korumaktır. Dolayısıyla AİHM, 2. fıkrada olanak tanınan kısıtlamaların kesin yorumu için kurallar belirlemiştir.

Sunday Times Davası’nda, AİHM şöyle demektedir: *“Kesin yorum, istisna hükmünde sözü edilenlerin dışında hiçbir kriterin bir kısıtlamaya temel olamayacağı ve bu kriterlerin de kullanılan dilin günlük kullanımını aşan bir tarzda anlaşılmaması gerektiği anlamına gelmektedir. İstisna hükümleri söz konusu olduğu zaman (...) kesin yorum ilkesi, hükmün kendisinin geniş anlamından dolayı bazı güçlüklerle karşılaşır yine de bu yorum tarzı yetkili mercilere bir dizi açık seçik tarzda tanımlanmış yükümlülükler getirir (...).”*²⁷

Esas olarak, AİHM sınırdaki yer alan herhangi bir vakada bireyin özgürlüğünün, devletin yüksek çıkarıddiası karşısında kayırılması gerektiği yolunda bir hukuki standart ihdas etmiştir. AİHM’nin her üç koşulun da yerine gelmiş olduğuna hükmettiği durumlarda, devletin müdahalesi meşru olarak görülecektir. Her üç koşulun da yerine geldiğini ispat yükü devletin omuzlarındadır.²⁸

Üç aşamalı testin başında, ilk önce ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahalenin varlığını gösteren olguların tespiti gerekmektedir. Mahkeme ifade özgürlüğüne yönelik bir ihlal bulunmadığına hükmederse üç aşamalı teste girişmeye gerek kalmaz. Ayrıca, AİHM üç aşamalı testi uygularken üç koşulun mevcut olup olmadığını yukarıda yer verilen sıraya göre inceler. Bu inceleme sırasında koşullardan birinin yerine gelmediğini saptadığında, sonraki koşulların incelemesine geçmeyerek dosyaya bakmayı durdurur ve müdahalenin haksız olduğuna ve ifade özgürlüğünün ihlaline hükmeder.

Birinci aşama: müdahalenin varlığını tespit ve yasayla öngörülmüş olmak

Temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini ileri süren başvuruçular, genellikle olayları anlatmakta ve kendilerinden uzmanlık beklenmediği için hukuki nitelendirmelerde hatalar yapmaktadır. Bundan farklı olarak kişiler, herhangi bir hak ihlaline uğramamış olsalar da haklarının ihlal edildiği inancı ile hareket edebilmektedirler. Bu sorunları ortaya koyabilmek adına üç aşamalı testin birinci aşamasını üç alt başlık altında incelemek gerekmektedir:

²⁷ The Sunday Times / Birleşik Krallık (No. 1), Başvuru No. 6538/74, 26.04.1979.

²⁸ Macovei, Monica. age. s. 36.

1. Müdahale, ifade özgürlüğünün hangi kapsamıyla ilişkilidir? Bilindiği gibi ifade özgürlüğü, düşünceye sahip olma, bilgi ve düşünceyi açıklama ve bilgiye ulaşma özgürlüklerini bünyesinde barındırmaktadır. Bu yönleri ile olayın somutlaştırılması, ihlal tespitini kolaylaştıracaktır.

2. Gerçek anlamda bir müdahale var mıdır? Kişiler, herhangi bir ihlal bulunmasa da haklarının ihlal edildiği düşüncesinde olabilirler. Bu nedenle müdahale oluşturan durumun somutlaştırılması gerekir. İfade özgürlüğüne müdahale edilme biçimleri, özgürlüğün kullanılma şekline göre değişkenlik gösterecektir. Basılmış bir kitabın toplatılması, süreli yayına sansür uygulanması, toplantı ve gösteri talebine olumsuz cevap verilmesi, gösterinin dağıtılması, soruşturma açılması, vb.

3. Müdahalenin yasal zeminde bir dayanağı olmalıdır. İfade özgürlüğünün sınırlandırılması ancak kanunla mümkün olacağından öncelikle müdahalenin yasal karşılığı belirlenecektir (Örneğin; Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu, Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, Yüksek Öğretim Kanunu ve benzeri diğer yasal mevzuattaki düzenlemeler). Kanunilik; yasa, kanun hükmünde kararname [KHK], tüzük, yönetmelik, yargı içtihadı vb. yazılı veya yazılı olmayan fakat yürürlükte bulunan hükümlerin tamamını kapsamaktadır. Bu hükümlerle ilgili olarak bulunması gereken en önemli özellikler şunlardır:

a- Herkes tarafından erişebilir olmalıdır.

b- Herkes tarafından anlaşılabilir açıklıkta olmalıdır.

c- Mevcut hükümler, hukukun keyfî kullanımına karşı güvence içermelidir

AİHM'nin yorumuna göre, “hukuken öngörülmüş” ifadesinden şu iki koşul anlaşılmaktadır: Birincisi, uygulanacak olan hukuk, yeterince ulaşılabilir olmalıdır; diğer bir ifadeyle vatandaşlar belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmelidirler. İkincisi, vatandaşların davranışlarını düzenlemelerine imkân sağlamak için yeterli açıklıkta düzenlenmemiş norm, “hukuk” kuralı olarak kabul edilemez. Vatandaşlar belirli bir eylemin gerektirdiği sonuçları, durumun makul saydığı ölçüde ve eğer gerekiyorsa uygun bir danışmayla önceden görebilmelidir. Bu sonuçların mutlak bir belirginlikle önceden görülebilir olması gerekmez çünkü tecrübeler bunun mümkün olmadığını göstermektedir. Belirgin olması daha çok arzu edilir, ancak bu aşırı derecede bir katılığı beraberinde getirebilir; oysa hukuk, değişen koşullara ayak uydurabilmelidir. Bu nedenle birçok yasa az veya çok, kaçınılmaz olarak muğlak terimlerle ifade edilir; bunların yorumu ve uygulanması, hukukun tatbiki ile ilgilidir.²⁹

²⁹ The Sunday Times / Birleşik Krallık (No.1), Başvuru No. 6538/74, 26 Nisan 1979. Bk. Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi AB-AK Ortak Projesi kapsamında basılan *İfade Özgürlüğü ile İlgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Kaynakçası*. Yorum Matbaacılık: Ankara. 2017. s. 34.

AİHM, öncelikle Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. paragrafında yer alan “kanunla öngörülme” koşuluna göre, ihtilaf konusu tedbir kararının, iç hukukta yasal bir dayanağının bulunması kavramının niteliklerini taşıması gerektiğini hatırlatmaktadır. Bu nitelikler, ilgili yasanın herkes için ulaşılabilir, bazı sonuçlar öngörebilir ve aynı zamanda hukukun üstünlüğü ilkesi ile de bağdaşır olmasıdır (bk. diğerleri arasında, Dink / Türkiye, No. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, § 114, 14 Eylül 2010). AİHM'nin yerleşik içtihadına göre, bir kanun, o kanunla yargılanan her kişinin bu yasa uyarınca davranışlarını gözden geçirmesine imkân verecek açıklıkta yazılması hâlinde öngörülebilir kabul edilecektir (bk. diğer birçok karar arasında, RTBF / Belçika, No. 50084/06, § 103, 29.03.2011; Akçam / Türkiye, No. 32964/96, § 87, 30 Ekim 2001).

AİHM, çok az sayıda davada örf ve âdet hukuku kurallarının veya uluslararası hukuk ilkelerinin ifade özgürlüğüne müdahale için hukuki bir temel oluşturabileceğini kabul etmiştir. Örneğin, Sunday Times Davası'nda AİHM, Britanya örf ve âdet hukukunun mahkemeye saygısızlığa ilişkin kurallarının “yasayla öngörülen” koşuluna uyacak kadar kesin olduğuna hükmetmiştir (Ancak, AİHM'nin bu kararını takiben, bu alanda formel nitelikte mevzuat kabul edilmiştir). Her ne kadar örf ve âdet hukukunun ifade özgürlüğünü kısıtlamak için kullanılmasını dışlamamak gerekirse de bu daha ziyade ender görülen bir istisnai durum olmalıdır. İfade özgürlüğü o kadar önemli bir değerdir ki kısıtlanması her zaman, yalnızca parlamentoda yapılacak tartışma ve oylamayla sağlanabilecek olan demokratik meşruiyet temelinde olmalıdır. Ulusal mahkemeler, ifade özgürlüğünün kullanılmasına getirilen kısıtlamanın hukuki zeminini oluşturan yasaların, başka normların, uygulamaların veya içtihadın kalitesini incelemelidir. Önce, alenilik ve ulaşılabilir olma koşullarına bakılmalıdır. Yayımlanmamış iç yönetmelikler veya başka tür normlar, şayet kişi bunların varlığından ve / veya içeriğinden haberdar değil idiyse bu koşulları kesinlikle yerine getirmez.³⁰

İkinci aşama: müdahalenin haklı sebebe dayanması (meşru amaç)

İfade özgürlüğü, mutlak bir özgürlük değildir ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlama rejimine tabidir. İfade özgürlüğüne ilişkin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında sınırlama sebeplerine yer verilmiştir. Basın özgürlüğünün sınırlanmasında ise kural olarak 28. maddenin dördüncü fıkrası gereğince Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 26 ve 27. madde hükümleri uygulanacaktır. Bundan başka basın özgürlüğünün sınırlanmasında 28. maddenin beşinci, yedinci ve dokuzuncu fıkralarında bazı özel sınırlama sebeplerine yer verilmiştir.

Ancak ifade ve basın özgürlüklerine yönelik sınırlamaların da bir sınırının olması gerektiği açıktır. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 13. maddesindeki ölçütler göz önüne alınmak zorundadır. Bu sebeple ifade özgürlüğüne getirilen sınırlandırmaların denetiminin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 13. maddesinde yer alan meşru amaçlar çerçevesinde ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 26 ve 28. maddeleri kapsamında yapılması gerekmektedir.

³⁰ Macovei, Monica. age. s. 40-41.

AİHS’de düzenlenen meşru amaçlar ise şu şekilde sıralanabilir:

- *Ulusal güvenliğin korunması*
- *Toprak bütünlüğünün korunması*
- *Kamu emniyetinin korunması*
- *Düzensizliğin ve / veya suç işlenmesinin önlenmesi*
- *Sağlığın korunması*
- *Ahlakın korunması*
- *Başkalarının şöhretinin veya haklarının korunması*
- *Gizli olarak elde edilen bilgilerin açıklanmasının önlenmesi*
- *Yargı organlarının otorite ve tarafsızlığının sürdürülmesi*

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda düzenlenen “meşru amaçlar” ile AİHS’de düzenlenen “meşru amaçlar” genel olarak örtüşmektedir.

Ancak “ahlakın korunması” ve “sağlığın korunması” ifadeleri Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda açıkça yer almamaktadır.

“Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devlet’in ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması”, “suçluların cezalandırılması”, “özel ve aile hayatlarının korunması” ve “kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması” meşru amaçları da AİHS’de yer almamaktadır. Fakat bu düzenlemelerdeki farklılık yorumla giderilebilir niteliktedir.

İfade özgürlüğüne yönelik müdahalelerde AİHM tarafından ortaya konulan kriterler esas alınarak yorum ve uygulama yapıldığında, öngörülen meşru amaçlar bakımından Anayasa’nın 26. maddesi ile AİHS’nin 10. maddesinin 2. fıkrası arasındaki farklılık ortadan kalkacak ve uyum sağlanmış olacaktır. Burada önemli olan, meşru amaçların istisnai nitelikte olduğu, dar yorumlanması gerektiği ve Sözleşme’de ve Anayasa’da öngörülen meşru amaçların dışında bir amaçla sınırlandırma yapılamayacağıdır.

Terör bağlamında öne çıkan meşru amaçlar, “ulusal güvenliğin korunması, toprak bütünlüğünün korunması, kamu emniyetinin korunması, düzensizliğin ve / veya suç işlenmesinin önlenmesi ve gizli olarak elde edilen bilgilerin açıklanmasının önlenmesi”dir.

AIHM her somut uyuşmazlıkta müdahalenin meşru bir amaca dayanıp dayanmadığını kendisi tespit etmektedir. Örneğin Kayasu / Türkiye Davası'nda³¹ Mahkeme, uyuşmazlık konusu müdahalelerin her birinin, Sözleşme'nin 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.³²

Üçüncü aşama: demokratik toplumda gereklilik ve orantılılık

Demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Öze dokunma yasağını ihlal etmeyen müdahaleler yönünden gözetilmesi öngörülen “demokratik toplum düzeninin gerekleri” kavramı, öncelikle ifade özgürlüğü üzerindeki sınırlamaların zorunlu veya istisnai tedbir niteliğinde olmalarını, başvurulabilecek en son çare veya alınabilecek en son önlem olarak kendilerini göstermelerini gerektirmektedir. “Demokratik toplum düzeninin gereklerinden olma”, bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik olmasını ifade etmektedir. Buna göre, sınırlayıcı tedbir, bir toplumsal ihtiyacı karşılamıyorsa veya başvurulabilecek en son çare niteliğinde değilse demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilemez.

Başka bir ifadeyle, yapılan sınırlama, hak ve özgürlüğün özüne dokunarak kullanılmasını engelliyor veya aşırı derecede güçleştiriyorsa, etkisiz hâle getiriyorsa veya ölçülülük ilkesine aykırı olarak sınırlama aracı ile amacı arasındaki denge bozuluyorsa demokratik toplum düzenine aykırı olacaktır.

AIHM içtihatları incelendiğinde, demokratik bir toplumda gerekli olma hususunun, “hukukun üstünlüğü, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik” unsurlarını içerdiği anlaşılar. Yapılan müdahale “zorlayıcı toplumsal ihtiyacı” karşılamalı ve kamunun genel yararı ile ifade özgürlüğüne müdahale edilen kişinin menfaati arasında adil ve orantılı bir denge kurulmalı, takdir yetkisi de doğru kullanılmış olmalıdır. Zorlayıcı toplumsal gereksinime dayanmadan ifade özgürlüğüne yapılan müdahale meşru amaca ulaşmak için gerekli olarak nitelenemeyecektir. Özellikle basın söz konusu olduğunda demokratik toplumda gereklilik, “zorlayıcı toplumsal bir ihtiyacı” ortaya koymaktadır. Devletlere zorlayıcı toplumsal ihtiyacı belirleme hususunda bir miktar takdir hakkı verilmiştir. Yerel makamların takdir yetkisini makul, dikkatli ve iyi niyetle kullanıp kullanmadığı dâhil somut olay tüm yönleriyle AIHM tarafından dikkatli şekilde incelenmekte, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin “istenen meşru amaçlara uygun” olup olmadığı ve ulusal makamlar tarafından sunulan gerekçelerin “ilgili ve yeterli” olup olmadığı denetlenmektedir.³³ Mahkemenin, 10. maddenin uygulanması ile ilgili demokratik toplumda gereklilik ölçütünün yorumlanmasına ilişkin kararları Handyside Kararı ile

³¹ Kayasu / Türkiye, Kar. No. 10308, Başvuru No. 64119/00, 13.11.2008. Prg. 87.

³² Özbe, Özcan. agm. s. 58.

³³ Yüksek, Mehmet. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde İfade Özgürlüğünün Sınırları. Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi AB-AK Ortak Projesi kapsamında basılan Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, İfade Özgürlüğü Özel Sayısı, S. 25, Y. 7. Ankara. Şubat. 2016. s. 128.

başlamış, Oberschlick, The Sunday Times (No.1) ve Lingens Kararları ile devam ederek bu konuda belirli bir içtihat alanı oluşturulmuş, demokratik toplumda gereklilik ölçütü irdelenirken dikkate alınması gereken temel prensipler bu kararlarla ortaya konulmuştur.³⁴ Sözleşme'nin 10. maddesi bakımından “gerekli” sıfatı, “toplumsal ihtiyaç baskısının” varlığına işaret eder. Bu demektir ki başka şeyler bir yana, bu alanda getirilen her “formalite”, “koşul”, “yasak” ve “ceza”, izlenen meşru amaçla orantılı olmalıdır.³⁵

Mahkeme, Sunday Times / Birleşik Krallık Kararı'nda; Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında yer verilen gerekli sıfatının, “zorunlu” kelimesi ile eş anlamlı olmadığı gibi; “kabul edilebilir”, “olağan”, “yararlı”, “makul” veya “arzu edilen” kelimelerinin ifade ettiği anlamlarındaki esnekliğe sahip olmadığını vurgulamaktadır. Yine, “gereklilik” kavramının ima ettiği sosyal ihtiyaç baskısının varlığını ilk aşamada değerlendirme açısından ulusal makamlar söz sahibidir.³⁶

Üç aşamalı testin uygulanmasında, somut olayda müdahalenin gerekli olduğu sonucuna ulaşılmış ise bakılacak diğer bir kriter müdahalenin orantılı olup olmadığıdır (ölçülülük kriteri).

Ölçülülük denetimi, ulaşılmak istenen amaçtan yola çıkılarak bu amaca ulaşmak için seçilen aracın denetlenmesidir. Bu sebeple düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile basın özgürlüğü alanında getirilen müdahalelerde, hedeflenen amaca ulaşabilmek için seçilen müdahalenin elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Bu bağlamda demokratik toplumun temellerinden olan ifade özgürlüğünün sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız yahut ilgilenmeye değmez görülen ifadeler için değil, Devletin veya toplumun bir bölümünü eleştiren, onlara çarpıcı gelen, rahatsız edici ifadeler için de geçerli olduğu kuşkusuzdur çünkü bunlar, demokratik toplum düzeninde geçerli olan çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir.

Orantılılık ve ölçülülük testi yapılırken somut olaya yönelik cevap alınması gereken sorular vardır. Bu sorular AİHM uygulamaları ile ortaya çıkmıştır:

- İfadenin içeriğinde şiddet çağrısı, nefret söylemi ve terör propagandası var mı?
- İfadeyi kullanan kişi kimdir (kişinin terörle ilgisi, tanınmışlık düzeyi, toplumu etkileme gücü vb.)?
- İfadede kullanılan araç nedir (aracın etki ve yayılma niteliği, kitap, dergi, gazete gibi süreli ve süresiz yayınlar veya işitsel ve görsel araçlar)?
- İfadede kullanılan yöntem nedir (yöntemin etkinliği ve geniş kitlelere ulaşma becerisi, resim, karikatür, şarkı, slogan, dans, heykel, duruş, hareket vb.)?

³⁴ Sağlam, Abdi. agm. s. 87.

³⁵ Handyside / Birleşik Krallık, No. 5493/72, 07.12.1976.

³⁶ Sağlam, Abdi. agm. s. 87.

- İfadenin kullanıldığı yer neresi (Terör eylemlerinin yaygın olduğu veya güvenliğin zayıfladığı noktalarda ortaya konan ifade ile sakin yerlerde ortaya konan ifadenin etkisi farklılık göstermektedir.)?

- İfade ne zaman kullanılmıştır (Terör olaylarının etkili olduğu bir dönemde kullanılan ifadeler kamu düzenini daha olumsuz yönde etkileyebilecektir -zamanın soğutucu etkisi.)?

Demokratik toplumda gereklilik kriteri açısından değerlendirme yapıldığında, ulusal makamların takdir yetkisinin diğer aşamalara göre belli bir oranda daha fazla olduğu kabul edilmektedir. Ancak aynı zamanda diğer kriterlere nazaran bu kriterin uygulanması belli bir zorluk içermektedir. Bu nedenlerin de etkisiyle AİHM içtihatlarında ihlal kararlarının en çok ortaya çıktığı aşamanın testin üçüncü aşamasıyla yani demokratik toplumda gereklilik kriteri açısından yapılan değerlendirmeye ilgili olduğu görülmektedir.

B- Üç Aşamalı Testin İdari Yargı Kararlarında Uygulanması

1- İdari yargı alanı ve ifade özgürlüğü

Türkiye’de idari yargı teşkilatı; Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinden oluşmaktadır. Danıştay, ülke çapında uygulanan düzenleyici işlemlere, Bakanlar Kurulu kararlarına, 2576 sayılı Danıştay Kanunu’nun 24. maddesinde belirtilen işlemlere ve çeşitli kanunlarda ilk derece mahkemesi olarak Danıştayın görevli olduğu belirtilen işlemlere (Örneğin; 4046 sayılı Kanun’da Özelleştirme Yüksek Kurulu kararlarına karşı açılacak davaların Danıştayda görülmesi, HSYK Kanunu’nda hâkim ve savcıların meslekten çıkarılmasına dair disiplin cezalarına karşı açılan davaların Danıştayca incelenmesi öngörülmüştür.) karşı açılan davalara ilk derece mahkemesi olarak bakmakta; bunların dışında, ilk derece idare ve vergi mahkemelerinde açılan davaları temyiz mercii olarak incelemektedir. Bölge İdare Mahkemeleri, 2014 yılında yapılan ancak 2016 yılında uygulamaya geçirilen yasal düzenlemeler neticesinde, yargı çevresi içinde kalan idare ve vergi mahkemelerinde açılan davalarda bu mahkemelerce verilen yürütmenin durdurulması kararlarına karşı yapılan itirazları ve esastan verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurularını, istinaf mahkemesi olarak incelemektedir. İlk derece mahkemeleri olan idare ve vergi mahkemeleri ise 2577 sayılı Kanun’un 2. maddesinde tanımlanan ve Danıştayın ilk derece mahkemesi olarak baktığı davaların dışında kalan iptal, tam yargı ve idari sözleşmelerden kaynaklanan davaları incelemektedir. İdare mahkemeleri, vergi, resim ve harçlar dışında kalan idari uyumsuzlukların çözümünde genel görevli ilk derece mahkemeleridir. Vergi, resim ve harçlarla ilgili olan davalara ise vergi mahkemeleri bakmaktadır. İdari yargının görev alanı oldukça geniştir: Mahalli idareler, yükseköğretim kurumları, bağımsız idari otoriteler (regülasyon kurumları), kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu iktisadi teşekkülleri ve yüzde elliden fazla hissesi devlete ait olan kamu şirketleri dâhil tüm kamu kurum ve kuruluşlarının idari işlem ve eylemleri ile bunların taraf oldukları idari sözleşmelerden doğan

uyuşmazlıklar idari yargının görev alanını oluşturmaktadır. Kamu otoritelerince yapılan tüm idari işlemler veya eylemler idari yargının görev alanına girdiğinden ötürü idari yargının dava potansiyeli oldukça fazladır. İdari yargının çok çeşitli ve sayısal olarak da fazla dava konuları içinde ifade özgürlüğü ile ilgisi bulunan idari uyuşmazlık türü de hayli çoktur: Radyo ve televizyon yayınları nedeniyle RTÜK (Radyo ve Televizyon Üst Kurulu) tarafından yayıncı kuruluşlara uygulanan yaptırımlar; izin, ruhsat ve tahsis işlemlerinden doğan idari davalar; kamu görevlilerinin disiplin cezaları veya atama işlemlerinden doğan idari uyuşmazlıklar; idari makamlarca tesis edilen, afiş, ilan, reklam, tanıtım broşürü vb. nesnelerin yasaklanması, toplatılması veya dağıtımının engellenmesi işlemlerinden doğan ihtilaflar, keza toplantı ve gösterilerin, tiyatro, film, gösteri vb. etkinliklerin yasaklanmasından doğan davalar; idari makamların yayın yasaklamalarına ilişkin işlemlerinden doğan uyuşmazlıklar; üniversite personeli veya öğrencilere çeşitli söylem, eylem veya aktivitelerinden dolayı verilen cezalara ilişkin davalar ile diğer pek çok konuda kamu otoritelerince tesis edilen işlemlerden yahut girilen eylemlerden doğan ve ifade özgürlüğü ile ilgili olan pek çok idari uyuşmazlık türü bulunmaktadır. Diğer taraftan, idari yargı mercilerinin verdiği kararlar, kamu otoritelerinin uygulamalarında yol gösterici ve yönlendirici etkisi olan kararlardır. Dolayısıyla idari yargı kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının yer alması, genel olarak insan haklarının, konumuz özelinde ise ifade özgürlüğünün güvence altına alınarak etkin bir şekilde korumadan yararlanmasında etkili ve kalıcı olacaktır.

Türkiye, 1953 yılında yürürlüğe giren AİHS'yi, Avrupa Konseyinin kurucu üyesi olarak 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı Kanun ile onaylamış, AİHM'ye bireysel başvuru hakkını 1987 yılında tanımış, 1990 yılında da AİHM'nin zorunlu yargılama yetkisini kabul etmiştir. AİHS 1954 yılında onaylansa da ülkemizin iç hukuk sistemine yansımaları, AİHM'ye bireysel başvurunun ve ardından AİHM'nin zorunlu yargı yetkisinin kabulünden sonra olmuştur. AİHM'nin yargı yetkisinin kabul edildiği 1990'lı yılların başı aynı zamanda bölücü terör örgütünün gerçekleştirdiği terör eylemlerinin ivme kazandığı ve buna paralel olarak devletin terörle mücadeleyi yoğun şekilde yürüttüğü bir dönemdir. Bireysel başvuru hakkının tanınması ve yargı yetkisinin kabul edilmesiyle birlikte AİHM'ye Türkiye aleyhine yapılan başvuruların hızla arttığı ve AİHM'nin Türkiye aleyhine yoğun olarak ihlal kararları verdiği bu dönemde (90'lı yılların başında), Avrupa Birliği üyesi bazı ülkelerin, terör örgütlerinin Avrupa'daki faaliyetlerine demokratik bir toplumda kabul edilemeyecek, olmaması gereken bir şekilde aşırı hoşgörü ile yaklaşmasına duyulan tepkinin yanında, terörle mücadelenin verdiği psikolojik baskının etkisi, AİHM'nin ihlal kararlarının halkımız nezdinde olumsuz karşılanmasına ve yeterince anlaşılamamasına yol açmıştır. Bu durum, ulusal yargı makamlarını da etkilemiş ve bunun etkisiyle AİHS hükümleri ve AİHM kararları o dönemlerde iç hukukta tam anlamıyla karşılığını bulamamıştır. Ancak terör eylemlerinin büyük ölçüde azalması ve Avrupa Birliği müktesebatına uyum kapsamında gerçekleştirilen pek çok reform ile birlikte 2000'li yılların başından itibaren AİHS'nin uygulanması ve AİHM içtihatlarının dikkate alınması yönünde ulusal yargı kurumlarında farkındalık artmaya başlamış ve bu durum yargı kararlarına da yansımıştır. Anayasa Mahkemesi başta olmak üzere, Yargıtay ve Danıştay da kararlarında AİHM içtihatlarına atıf yapmaya, AİHS hükümlerini uyuşmazlıklarda uygulamaya başlamıştır. İdari yargıda bu yönde öncü sayılabilecek adımlar Danıştay tarafından atılmıştır. Danıştay;

önceleri kamu görevlilerine verilen disiplin cezalarına, gösteri ve basın açıklaması, afiş dağıtılması gibi etkinliklerin yasaklanması işlemlerine karşı açılan davalarda AİHS hükümlerine ve AİHM içtihatlarına dayanarak kararlar vermiştir. Danıştayın ifade özgürlüğü konusunda AİHS'nin 10. maddesini ve buna bağlı olarak AİHM içtihatlarını kararlarına yansıtması ise biraz daha geç olmuştur. Ancak Danıştayın, AİHS'nin 10. maddesi kapsamında kalan uyuşmazlıklarda üç aşamalı testi daha sistematik şekilde kararlarında uygulaması ise 2012 yılından itibaren (Danıştay 10. Dairesinin 90'lı yıllarda verdiği ve üç aşamalı testin kısmen uygulandığı birkaç karar dışında) başlamıştır. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkının tanınması ve Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarında üç aşamalı testi uygulamasıyla birlikte gerek Danıştay gerekse Yargıtay kararları bundan olumlu etkilenmiş, bunun sonucunda yüksek yargı kararlarında üç aşamalı test daha sık uygulanmaya başlanmıştır. Danıştayın 2012 yılından başlayarak 2012-2013-2014 yıllarında, özellikle radyo ve televizyon yayınlarına uygulanan yaptırımlara ve yayın yasaklarına karşı açılan davalarda, AİHS'nin 10. maddesine, AİHM içtihatlarına atıf yaparak ve üç aşamalı testi uygulayarak karar verdiği görülmektedir.³⁷ İdari yargıda genel görevli ilk derece mahkemeleri olan idare mahkemelerinde AİHS hükümlerinin ve AİHM içtihatlarının uygulanması suretiyle verilen bazı kararlar bulunmakta ve bu konuda farkındalık giderek artmakta ise de bu konuda hâlen arzu edilen ve olması gereken durumda olunmadığı bir gerçektir. Bunun nedenleri üzerinde ilerleyen bölümlerde durulacaktır. Avrupa Birliği-Avrupa Konseyi ve Adalet Akademisinin Ortak Projesi olarak yürütülen, Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi Projesi kapsamında verilen eğitimin olumlu yansımaları görülmeye başlanmış olup bu tür projelerin bu konuda kapasiteyi artıracığı kuşkusuzdur.

2- İdari yargı kararlarında üç aşamalı testin uygulanma şekli

Danıştayın, AİHS hükümlerine ve AİHM kararlarına atıf yapılan kararları incelendiğinde üç aşamalı testin uygulanması yerine genellikle AİHS'nin konu ile ilgili maddesi -8. madde veya 10. madde- hükmü yazıldıktan sonra somut olaya ilişkin maddi olayın açıklandığı ve AİHM'nin varılan sonuca ilişkin bazı kararlarına atıf yapıldıktan sonra sonuca ulaşarak hüküm kurulduğu görülmektedir. Örneğin, asılmak istenen afişler için yapılan başvurunun 2911 sayılı Kanun'a dayanılarak reddedilmesi üzerine açılan davada, idare mahkemesinin ret kararını bozan Danıştay 10. Dairesinin bozma kararında, davanın konusu Anayasa'nın 26. maddesi, AİHS'nin 10. maddesi, işleme dayanak 2911 sayılı Kanun'un ilgili maddeleri açıklandıktan sonra maddi olay ortaya konulmuş; ardından asılmak istenen afişteki ifadelerin halkı ayırıştırma ve kutuplaştırma sonucu doğurmaktan uzak olduğu, çoğulcu demokratik sistemlerin gereği olarak izin istenen faaliyetin ifade özgürlüğü kapsamında kaldığı, sınırlama sebeplerinin geçerli olmadığı belirtilmiş; ifade özgürlüğünün siyasi partiler ve üyeleri için özel önem taşıdığını vurgulayan bazı AİHM kararlarına atıf yapılarak söz konusu afişin asıldığı diğer yerlerde olay çıkmadığı hatırlatıldıktan sonra idarece yasaklanan afiş asma faaliyetinin siyasi partinin ifade özgürlüğü kapsamında kaldığı ve işlemde hukuka

³⁷ Danıştay 13. Dairesi, 15.11.2012 tarih, E. 2011/3029, K. 2012/3056; 21.11.2012 tarih, E. 2010/3745, K. 2012/3258; 26.11.2014 tarih, E. 2013/1727, K. 2014/3711; 31.12.2014 tarih, E. 2013/2894, K. 2014/4670.

uyarlık bulunmaması nedeniyle işlemin iptali gerektiği gerekçesine yer verilmiştir.³⁸ Görüldüğü üzere, bu kararda, dayanak yasal düzenlemeler belirtilmiş; AİHS'ye ve AİHM kararlarına atıf yapılmış; olayın neden ifade özgürlüğü kapsamında kaldığı açıklanmış ve yapılan işlemin ifade özgürlüğüne haksız bir müdahale olduğu sonucuna varılmıştır. Ancak, karar tekniği açısından üç aşamalı test uygulanmamış, yasal dayanak ve olgu ortaya konarak AİHM kararları referans gösterildikten sonra doğrudan sonuca ulaşılmıştır. Bu olayda Danıştay tarafından varılan sonuç esasında ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninde gerekli olmadığına ilişkindir ancak bu sonuca ulaşılırken müdahalenin meşru bir amacının olup olmadığı, varsa hangi meşru amaçla yapıldığı tartışılmamıştır. AİHS'ye ve AİHM kararlarına atıf yapılması, ifade özgürlüğü yönünden yapılan değerlendirmeler ve ulaşılan sonuç bakımından bu kararın isabetli ve ifade özgürlüğünün korunmasına dair güzel bir karar olduğu kuşkusuzdur. Bununla birlikte, üç aşamalı test tam olarak uygulanmamış, sadece yasallık ve demokratik toplum düzeninde gereklilik kriterleri değerlendirilmiş, meşru amacın varlığına dair ikinci aşama kriteri yönünden bir değerlendirme yapılmamıştır. İncelenen olayda, idarenin ifade özgürlüğüne müdahalesinin meşru bir amacı olduğundan, meşru amaç kriteri yönünden değerlendirme yapılmamasının varılan sonuca olumsuz bir etkisi olmamıştır. Ancak, olayda müdahalenin meşru amacının ne olduğunun gösterilmemiş olması bakımından karar, gerekçe yönünden eksik kalmıştır. İfade özgürlüğüne müdahalenin meşru amacının bulunmadığı bir olay (uyuşmazlık) söz konusu olaysaydı, meşru bir amacı bulunmayan müdahalenin ifade özgürlüğünü ihlal sonucu doğurduğu tespiti yapılarak sonraki aşamaya yani demokratik toplum düzeninde gereklilik ve ölçülülük kriteri yönünden değerlendirmeye geçilmeyerek bu aşamada hukuka aykırılık ve iptal kararı verilmesi gerekirken, meşru amaç kriteri değerlendirilmediği için bu aşamada ihlal tespiti atlanarak gereksiz yere üçüncü aşamaya geçilmesi ve bu aşamada da bir sorun bulunmadığı takdirde ise aslında meşru amacı bulunmayan bir müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olduğu gibi çelişkili bir durumun ortaya çıkması söz konusu olacaktır. Bu itibarla, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin bir ihlal olup olmadığını AİHM içtihatları ile ortaya konan prensipler çerçevesinde tespit edebilmek için üç aşamalı testin her bir aşamasının sırasıyla irdelenerek karara yansıtılması gerekir. Yukarıda incelenen Danıştay 10. Dairesinin anılan kararına konu olayda, meşru amaç kriteri yönünden değerlendirme yapılacak olursa idarenin müdahalesinin kamu düzeninin sağlanması amacını taşıdığı görülmektedir. İdari yargı kararları arasında AİHS'ye ve AİHM kararlarına atıf yapılanların büyük çoğunda karar sistematigi verilen örneğe benzer niteliktedir.

Danıştayın, kimi kararlarında ise üç aşamalı testi dörtlü kriter olarak uyguladığı görülmektedir. Bu kriterler şunlardır:

1. Sınırlamanın yasa ile öngörülmüş olması
2. Sınırlama veya yasaklama ile meşru bir amaç güdülüp güdülmediği
3. Orantılılık

³⁸ Danıştay 10. Dairesi, 11.02.2015 tarih, E. 2011/8848, K. 2015/394.

4. Sınırlamanın demokratik toplum gereklerine uygun olup olmadığı

Görüldüğü üzere burada, müdahalenin varlığının tespiti kriteri bulunmuyor; demokratik toplum gereklerine uygun olma ve orantılılık ayrı kriterler olarak değerlendirilmekte ve orantılılık, demokratik toplum gereklerine uygun olma kriterinden önce uygulanmaktadır. Danıştay 13. Dairesi özellikle radyo ve televizyon yayınlarına uygulanan yaptırımlara karşı açılan davalarda bu dörtlü kriteri uygulamaktadır.³⁹ Anayasa Mahkemesi ise şu kriterleri;

1. Müdahalenin varlığı
2. Müdahalenin ihlal oluşturup oluşturmadığı
3. Kanunilik
4. Meşru amaç
5. Demokratik toplum düzeninde gerekli olma ve ölçülülük

şeklinde beşli kriter olarak uygulamaktadır. Danıştayın ve Anayasa Mahkemesinin uyguladıkları kriterlerin AİHM'nin uyguladığı üçlü testten farklı bir yanı bulunmamaktadır. AİHM'nin 3'lü testi, Anayasa Mahkemesinin 5'li testi ve Danıştayın 4'lü testi özü itibarıyla aynı kriterleri içermektedir.

Aslında, idari yargı kararlarında üç aşamalı testin uygulanması son derece basit olup aynı zamanda hâkimlere karar yazımında büyük kolaylıklar sağlayacaktır. İdari yargı kararlarının en çok eleştirilen yönü, kararların mevzuat ve maddi olayı anlatım kısmının çok uzun ancak gerekçe kısmının ise yetersiz olması hatta bazen kararın gerekçesinin dahi olmamasıdır. Üç aşamalı test bir sistematik içinde uygulandığı için maddi olayın ve mevzuat hükümlerinin çok uzun açıklanması sorunu ortadan kalkacaktır.

İdari yargıda yetersiz gerekçe nedeniyle eleştirilen kararların şablonu genellikle şu şekildedir: Davanın konusu yazıldıktan sonra dayanak mevzuat hükümleri yazılmakta (bazen yasanın olayla ilgili olmayan hükümleri hatta konu ile ilgisi olmayan yasalar yazılmakta) ardından uzun bir paragrafta maddi olay açıklanmakta ve varılan yargıya ilişkin gerekçe ise genellikle birkaç cümle şeklinde ve kısaca açıklanmaktadır.

Üç aşamalı test, idari yargı kararlarına uygulandığında, gereksiz şekilde ve sayfalarca mevzuat hükümleri yazılması şeklindeki eleştirilen uygulama son bulacaktır. Testin uygulanması sırasında yasal dayanak (kanunilik) kriteri çerçevesinde işlemin (müdahalenin) yasal dayanağı olup olmadığı değerlendirileceğinden ayrıca mevzuat hükmünün yazılmasına da ihtiyaç kalmayacak ve olayla ilgisi olmayan, işleme dayanak oluşturmayan mevzuat hükümlerinin gereksiz yere kararda bulunması önlenecektir.

³⁹ Danıştay 13. Dairesi, 26.11.2014 tarih, E. 2013/1727, K. 2014/3711.

Üç aşamalı testin idari yargı kararlarına uygulanması, idari yargı alanında ifade özgürlüğü ile ilgili somut bir olay üzerinden şöyle açıklanabilir:

Örnek olay:

Hakkâri'nin Dağlıca bölgesinde meydana gelen terörist saldırılarla ilgili olarak hadisenin oluşuna ilişkin çeşitli yorumların ve değerlendirmelerin yapıldığı yayınların radyo televizyonlarda yoğun bir şekilde yer almasıyla birlikte, Başbakan Yardımcısı ve Devlet Bakanı tarafından yayımlanan Genelge ile “kamu düzenini ve halkın moral değerlerini olumsuz etkileyen, güvenlik güçlerine dönük zaaf imajı yayan, toplumsal psikolojiyi olumsuz etkileyen radyo ve televizyon yayınlarının, toplumsal sorumluluğa ve duyarlılığa uygun yayın anlayışı temelinde, güvenlik güçlerinin moral değerlerinin yüksek tutulması, toplumsal psikolojinin olumsuz etkilenmemesi ve çocukların ruh sağlığının korunması amacıyla 3984 sayılı Kanun’un 25. maddesi uyarınca bu konuya ilişkin radyo ve televizyon yayınlarının durdurulmasına” karar verilmiştir. Bu Genelge’ye karşı Danıştaya dava açılmıştır. Bu örnek olaya ilişkin davada üç aşamalı testin uygulanışı aşağıda gösterilmiştir:

- Müdahalenin varlığı ve yasal dayanak: Olayda Hakkâri Dağlıca bölgesinde meydana gelen terörist saldırılar nedeniyle yapılan tüm radyo ve televizyon yayınları Devlet Bakanlığı Genelgesi ile süresiz olarak durdurulmuştur. Dolayısıyla ifade özgürlüğü kapsamında basın ve haber alma özgürlüğüne bir müdahale bulunmaktadır. 3984 sayılı Kanun’un 25. maddesi yargı kararları saklı kalmak kaydıyla yayınların önceden denetlenemeyeceğini ve durdurulamayacağını kurala bağlanmış, ancak, bu kuralın istisnası olarak maddenin devamında, millî güvenliğin açıkça gerekli kıldığı hâllerde yahut kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması kuvvetle ihtimal dâhilinde ise Başbakan veya görevlendireceği bakanın yayını durdurabileceği hükmüne yer verilmiştir. Dayanak yasa anlaşılır ve ulaşılabilir niteliktedir. Bu durumda müdahaleyi sağlayan Genelge’nin yasal dayanağı mevcuttur ve testin ilk aşamasındaki kriter yönünden ihlal bulunmamaktadır.

Testin bu aşamasına ilişkin olarak yeri gelmişken idari uyumsuzluklara dair bazı özel durumlardan söz etmek yararlı olacaktır. Öncelikle, Türkiye’de idari işlemlerin kanunilik sorununa sık rastlanmaz. Anayasa’nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanun ile sınırlanabileceği kurala bağlanmıştır: Kamu görevlilerinin hak ve yükümlülüklerinin kanunla düzenleneceği (madde 128); idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği; Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelikler çıkarabilecekleri (madde 124); yükseköğretim personelinin özlük, disiplin ve ceza işlerinin kanunla düzenleneceği (madde 130); Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun görev ve yetkilerinin kanunla düzenleneceği (madde 133); suç ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin ancak kanunla konulacağı (madde 38); basın hürriyetinin sınırlanmasında Anayasa’nın 26 ve 27. maddeleri hükümlerinin uygulanacağı yönündeki

Anayasa hükümleri, sınırlama ve düzenlemelerin kanunla yapılması gerektiğine ilişkin bazı örneklerdir. Anayasa'nın yukarıda yer verilen maddelerinde ve birçok başka maddesinde hak, yükümlülük, sınırlama ve yaptırımların ancak kanunla düzenlenebileceği belirtilmiştir. Bununla birlikte kanunla çerçevesi çizilmeden veya açıkça kanunla yetki verilmeden yönetmelik veya başka tür bir ikincil düzenleme ile yaptırım yahut yükümlülük getirilmesi durumunda, bu düzenlemelere karşı açılan davalarda Danıştay bu nitelikteki düzenlemeleri iptal etmektedir. Hatta yasal dayanağı olmadan veya yasal sınır aşarak yapılan düzenlemeler uyarınca tesis edilen işlemlere karşı açılan davalarda, idari yargı yerleri, yürürlükte olan yönetmelik veya genelgeyi ihmal ederek (bunlar dava konusu olmasa da) üst hukuk normlarına, yani yasaya ve / veya Anayasa'ya göre idari işlemin yargısal denetimini yapabilmektedir. Dolayısıyla, ülkemizde idari işlemlerin yasal dayanak sorununa pek rastlanmamaktadır hatta şekli açıdan değerlendirildiğinde kanunilik ilkesi bakımından ülkemizin birçok Avrupa ülkesinden daha iyi durumda olduğu söylenebilir. Ülkemizde şekli açıdan yasal dayanak olmasından ziyade kanunların AİHS'nin ve Anayasa'nın öngördüğü temel sınırlama ilkelerine aykırı düzenlemeler içermesi, yani dayanak yasaların aşırı sınırlayıcı (orantısız) veya idareye sınırlama konusunda aşırı yetkiler veren hükümler içermesi durumu söz konusudur. Bu nedenle ki hâkimler, üç aşamalı testin orantılılık kısmında AİHS hükümlerine ve Anayasa'nın 13 ve 26. maddesine aykırı olan kanun hükümlerini uygulayıp uygulamamakta, dolayısıyla Anayasa'nın 90. maddesini esas alarak konunun çözümünde, yapısal ve fiili kimi etkenler nedeniyle tereddütler yaşamaktadır. Ayrıca, idari yargı içtihatlarına göre, idarenin işlem yaparken dayandığı yasal dayanak yerine yargı yerinin başka bir yasal dayanağı koyması yani “yasal temel ikame yetkisi” bazı şartların varlığı hâlinde olanaklıdır. Böylece hukuka aykırı temele dayanan idari işlem, bu yöntemle doğru yasal temele dayandırılmaktadır.⁴⁰

- **Meşru amaç:** Yukarıdaki örneğe dönülecek olursa radyo ve televizyon yayınlarının durdurulmasına ilişkin Genelge'nin ulusal güvenliğin ve kamu düzeninin sağlanması amacıyla tesis edildiği, bu nedenle basın ve haber alma özgürlüğüne yapılan müdahalenin AİHS'nin 10. maddesi, Anayasa'nın 26. maddesi ve AİHM kararları çerçevesinde meşru bir amacının bulunduğu görülmektedir. İdari işlemler yoluyla yapılan müdahalelerde meşru amaç kriteri yönünden pek ihtilaf doğmamaktadır. Ancak, uygulamada çoğunlukla bu kriter yönünden değerlendirme yapılmamakta, kararlarda daha ziyade kanunilik ile demokratik toplumda gereklilik ve orantılılık kriterlerine yer verilmektedir. Bundan başka, idari yargı kararlarında sıkça yer verilen bir kavram bulunmaktadır. Bu, “kamu yararı” kavramıdır. Mahkemelerin, idari işlemin hangi yönden kamu yararına olduğunu veya tersi durumu somut bir şekilde ortaya koymayarak kamu yararı kavramına dayanarak verdikleri kararlar hep eleştiri nedeni olmuştur. İşte üç aşamalı testin uygulanmasında müdahalenin kanunilik ve meşru amaç kriterleri yönünden dayanağı mevcut ise genel itibarıyla müdahaleye yol açan işlemin kamu yararı amacına sahip olduğu kabul edilecektir. Ancak bu durum, ifade özgürlüğüne veya basın özgürlüğüne yapılan müdahalenin haklı olduğu sonucunu doğurmamaktadır. Bu sonuca ulaşabilmek için müdahalenin, üç aşamalı kriterin üçüncü aşaması olan demokratik bir toplumda gereklilik ve orantılılık kriterine de uygunluğunun saptanması gerekir.

⁴⁰ Çağlayan, Ramazan. İdari Yargılama Hukukunda Yargı Yerinin Sebep İkame Yetkisi. *Danıştay Dergisi*, Yıl 2016, S. 141. s. 16-17.

- **Demokratik toplumda gereklilik ve orantılılık:** İdari işlemlerle ifade özgürlüğüne yapılan müdahalelere ilişkin davalarda en kritik ve zor aşama, demokratik toplumda gereklilik ve orantılılık kriterinin uygulanması aşamasıdır. Bu aşamanın uygulanması sırasında bazı durumlarda AİHM kararları ile ortaya konulan ilkelerin dışına çıkılabildiği görülmektedir. O nedenle, demokratik toplumda gereklilik kriteri yönünden değerlendirme yapılırken, demokratik toplumun özellikleri olan “çoğulculuk”, “hoşgörü” ve “açık fikirlilik” ilkelerinin göz önünde bulundurularak değerlendirme yapılması, ayrıca dava konusu olan işlemle yapılan müdahalenin acil bir toplumsal ihtiyacı karşılayıp karşılamadığı, başvurulabilecek en son çare olup olmadığı, dolayısıyla demokratik toplumda gerekli olup olmadığının incelenmesi gerekir. Demokratik toplumda gereklilik değerlendirmesi bakımından ulusal makamların ve ulusal yargı kurumlarının, olayların ülkenin toplumsal düzenine etki durumunu değerlendirmede AİHM yargıçlarından daha avantajlı oldukları kabulünden hareketle bir miktar takdir marjı bulunmakla birlikte, bu takdir marjının, ifade özgürlüğünün özünü zedeleyecek veya bu özgürlükten faydalanılmasını önemli ölçüde kısıtlayacak biçimde kullanılmaması gerekir. Bu bağlamda, örnek olaya dönecek olursak; Genelge ile getirilen yayın yasağı, yayın öncesi sansür niteliğindedir. Ayrıca, kamu düzenini, halkın moral değerlerini, çocukların ruh sağlığını ve toplumsal psikolojiyi olumsuz etkileyen yayınlardan neyin kastedildiği, hangi tür yayınların bu kapsama girdiği belirtilmemiştir. Radyo ve televizyonlarda haber, yorum, bilgilendirme, drama, reklam, karikatür, resim, fotoğraf, ses vb. yayın çeşitlerinden hangisinin yayın yasağı kapsamında olduğu belirsizdir. Daha da önemlisi yayın yasağının ne kadar süre ile uygulanacağı da belirsizdir. Yani ileriye doğru sınırsız bir şekilde yayın durdurma söz konusudur. 3984 sayılı Kanun millî güvenliğin açıkça gerekli kılması yahut kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasının kuvvetle ihtimal dâhilinde olması hâli dışında yayınların önceden denetlenememesini öngörmektedir. Söz konusu terörist saldırılar sonucunda maalesef çok sayıda güvenlik görevlimiz şehit olmuş, bu olaya ilişkin olarak radyo ve televizyonlarda yapılan yayınlarda bazı askerlerin teröristler tarafından esir alındığı, güvenlik güçlerinin zaafiyeti olduğu yönünde haberlere ve yorumlara yer verilmiştir. Bu konuda farklı türde çok sayıda haber ve program yapılmış, olayın gerçekleştiği yere ait arşivden alınan görüntüler, canlandırma yolu ile ve gerçekte ilgisi olmayan görüntüler ile eşleştirilip bu görüntülere dayanarak haber ve yorumlara yer verilmiştir. Bu haber ve programların bazısında doğrudan güvenlik güçleri hedef alınmakla toplumda bir belirsizlik, güvenlik kuvvetlerine karşı itimatsızlık ve bununla bağlantılı olarak kamu düzeninin ciddi şekilde bozulduğu imajının toplumda sistematik bir şekilde yayılmaya çalışıldığı fark edilmekteydi. Bunun yanı sıra belirtilen özel amaçları taşımayan, sorumlu yayıncılık kapsamında haber verme amacını taşıyan ve yetkilileri ve yetkili kurumları bu çerçevede eleştirip sorgulayan pek çok haber ve yayın da yapılmaktaydı. Olayın toplum üzerinde yarattığı etki nedeniyle o tarihlerde özellikle kamu düzenini olumsuz etkileyebilecek toplumsal bir tepki uyandırmaya yönelik haber ve yayınların kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasına yol açabileceği kabul edilmelidir. Bu açıdan değerlendirildiğinde uygulanan tedbirin (müdahalenin) acil bir sosyal ihtiyacı giderdiği görülmektedir.

Ancak, hangi tür yayınların ne kadar süreyle yasaklandığı belirsizdir. Hangi ifade türünün yasak kapsamında olduğu da belli değildir. Bu nedenle, getirilen yayın yasağı, toplumun bir olay hakkında bilgi edinme hakkının tüm yollarını ölçsüzce ve belli bir

süre konmaksızın yasaklamaktadır. Bu yönüyle müdahale orantısızdır. Eğer yasaklanan yayınların türleri, yasaklamanın süresi belirtilmiş olsaydı, ayrıca basın özgürlüğü ile haber alma hakkı arasındaki denge kurularak ve haber alma hakkını engellemeyecek şekilde, kapsamı ve süresi belli sınırlı bir yasaklama işlemi tesis edilseydi demokratik toplum gereklerine uygun ve orantılı olduğu ve hak ihlali doğmadığı sonucuna ulaşılabilecekti. Sonuç olarak, müdahalenin, üç aşamalı testin üçüncü aşamasındaki orantılılık kriterine uygun olmadığı ve ifade özgürlüğü ile basın özgürlüğünün ihlal edildiği görülmektedir. Bu örnek olayda Danıştay 13. Dairesi “*yayın yasağının kapsamı ve sınırlarının belli olmaması, radyo ve televizyon yayınlarının çeşitliliği de göz önüne alındığında yayın durdurma kapsamına alınan ‘kamu düzenini ve halkın moral değerlerini etkileyen, güvenlik güçlerine dönük zaaf imajı yayan, toplumsal psikolojiyi olumsuz etkileyen radyo ve televizyon yayınlarının’ hangi tür yayınlar olduğunun açık ve somut şekilde ortaya konulmaması nedeniyle, durdurmanın kapsam ve sınırlarının kararda belli edilmediği ve kararın bu şekliyle 3984 sayılı Kanun’un 25. maddesinin 1. fıkrasına aykırılık oluşturduğu*” gerekçesiyle önce yürütmenin durdurulmasına sonra da dava konusu Genelge’nin iptaline karar vermiştir. Kararda düşüncesi olan Danıştay Savcısı ise ölçülülük ilkesinin ihlal edildiği gerekçesiyle iptali gerektiği yönünde görüş bildirmiştir.⁴¹

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, “*Anayasa ve yasaya göre yürütme organına istisnai olarak kullanılmak üzere tanınan yayınların yasaklanması konusundaki yetkinin sınırlarının aşıldığı, böylece halkın bir olay hakkında bilgi edinme hakkının tüm yollarının kapatıldığı ve ölçülülük ilkesinin ihlal edildiği; öte yandan, getirilen yayın yasağına ilişkin belirli bir süreyi de içermediği, dolayısıyla söz konusu yasağın süresiz olduğu, uygulanan yasağın yayın öncesi sansür niteliğinde olduğu göz önünde bulundurularak söz konusu yayın yasağının uygulanacağı sürenin kararda belli edilmesinin zorunlu olduğu, diğer koşullar yönünden hukuka uygunluk sağlansa dahi yayın yasağının uygulanacağı sürenin kararda belirtilmemiş olmasının tek başına iptal sebebi oluşturacağının kuşkusuz olacağı*” açıklamasını eklemek suretiyle Danıştay 13. Dairesinin anılan kararını onamıştır.⁴²

Yukarıda yer verilen Danıştay kararlarında hem idarenin yasa ile verilen yetkisini aştığına hem de ölçülülük ilkesine uygun olmamaya dayanılarak hüküm kurulmuştur. Bu durum, Danıştay kararında yasallık ilkesi ile ölçülülük ilkesi birlikte ihlal gerekçesi olarak mı değerlendirildi sorusunu akla getirmektedir zira idarenin yasa ile verilen yetkiyi aşması, tesis edilen idari işlemin yetki unsuru bakımından yasal dayanağının bulunmaması durumunu ifade etmektedir. Müdahalenin gerçekten yasal dayanak sorunu varsa üçüncü aşamaya yani ölçülülük değerlendirmesine gitmeden daha ilk aşamada yani testin geriye kalan iki aşaması uygulanmadan yasal dayanaksızlık nedeniyle ihlal (iptal) kararı verilmeliydi. Olayın dayanağı 3984 sayılı Kanun’un 25. maddesine bakıldığında millî güvenliğin açıkça gerekli kılması veya kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması kuvvetle ihtimal dâhilinde ise idarece yayın yasağı getirilebileceği görülmektedir. Bu nedenle, olayda yasal dayanak sorunu yoktur. Yasaklanan yayın türlerinin belirsizliği ve yasaklamanın süresiz oluşu demokratik bir toplumda gereklilik ve ölçülülük kriteri ile

⁴¹ Danıştay 13. Dairesi, 19/12/2008 tarih, E. 2007/13686, K. 2008/7969.

⁴² Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 01/04/2013 tarih, E. 2009/1637, K. 2013/1160.

ilgili bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. İdarenin, yasada öngörülenden fazla müdahalede bulunması, yani Danıştay kararında “yasa ile verilen yetkinin aşılması” olarak belirtilen husus aslında üç aşamalı testte demokratik bir toplumda gerekli olmama ve orantısız olma olarak adlandırılan durumdur. Dolayısıyla Danıştay kararında, yasal dayanak kriterine çağrışım yapacak şekilde “yasal sınırın aşıldığı” ifadesine yer verilmesi yasal dayanak kriteri yönünden bir değerlendirmeyi ve ihlali işaret etmemekte, bu tespitin aslında ölçülülük kriteri yönünden bir değerlendirmeye ilişkin olduğu, kararların içeriğinden anlaşılmaktadır. Ayrıca, olayda radyo ve televizyonlarda yapılan yayınların internet ortamında ve görsel basında fazlasıyla yer aldığını, bu nedenle söz konusu yayın yasağının demokratik toplumda acil bir sosyal ihtiyacı karşılamadığı ve ölçülülük kriterinden önce söz konusu müdahalenin demokratik toplumda gerekli olma kriterini karşılamadığı ve bu yönden ihlal olduğu görüşünde olanlar bulunmaktadır. Ancak, yapılan bazı yayınların basın sorumluluğu ilkesi ile uyumlayacak ölçüde ve kamu düzenini bozma amacını taşıması ve gerçekten de o dönemde kamu düzeninin bu yayınlardan olumsuz etkilenerek bozulma ihtimalinin ciddi şekilde bulunması nedeniyle, olayda süresi, sınırı ve niteliği açıkça belirlenecek ve haber alma hakkını kısıtlamayacak şekilde yapılacak yayın yasağının acil bir sosyal ihtiyaca yönelik olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle, üç aşamalı test uygulanmamış olmakla birlikte, Danıştayın ölçülülük kriterine dayanarak vermiş olduğu kararın isabetli olduğu düşünülmektedir.

Söz konusu yayın yasağı yani müdahale, idari bir düzenlemeye (genelge) değil de bir ceza mahkemesi kararına dayansaydı ve bu yasağa uymayarak yayın yapan bir yayıncı kuruluşa yaptırım uygulansaydı sonuç ne olurdu? AİHS’nin 10/2. maddesinde ve Anayasa’nın 26. maddesinde sınırlandırmanın meşru amaçları arasında yargı organlarının otorite ve tarafsızlığının korunması bulunmaktadır. Demokratik bir toplumda yargı kararlarına uyulmaması gibi keyfi bir tutum kabul edilemez. Nitekim Anayasa’nın 138. maddesi ve 2577 sayılı Kanun’un 28. maddesi uyarınca yargı kararlarına uyulması zorunludur. Öte yandan, yargı kararlarına uyulmamasının yargı oranlarının otorite ve tarafsızlığını olumsuz etkileyeceği kuşkusuzdur. Ancak, inceleme yapılırken yayın yasaklarını iki kategoriye ayırmak gerekir. Birinci kategori, soruşturması devam eden konularda mahkemelerce verilen yayın yasaklarıdır. Danıştay bu kategoriye ilişkin yayın yasaklarında soruşturma evresi tamamlanarak, kovuşturma evresi başladığında yayın yasağı sona ereceğinden, bu tarihten sonra konu ile ilgili yapılan yayınlar hakkında idari yaptırım uygulanamayacağı görüşündedir.⁴³ İkinci kategori ise ceza yargılaması sırasında olayla ilgili olarak ceza mahkemesince getirilen yayın yasaklarıdır. Bu şekildeki yayın yasakları genellikle olayla ilgili yorum ve tartışma programlarına ilişkindir. Olayla ilgili halkın haber alma hakkı kapsamında kalan haberler bu yayın yasağının dışındadır. Aksi takdirde basın özgürlüğüne orantısız müdahale söz konusu olur. Bu kategoriye ilişkin yayın yasaklarına uyulmamasından doğan uyumsuzlukta, toplumu bilgilendirme amacının dışına çıkılarak yargılaması devam eden olayla ilgili olumsuz yorum yapılmasının, “yayınlara hukukun üstünlüğü, adalet ve tarafsızlık esasına aykırı olamayacağına” ilişkin yayın ilkesini ihlal ettiği gerekçesiyle uygulanan idari yaptırım kararına karşı açılan davayı reddeden mahkeme kararını Danıştay onamıştır.⁴⁴

⁴³ Danıştay 13. Dairesi, 03.12.2012 tarih, E. 2011/2853, K. 2012/3485 ve 03/12/2012 tarih, E. 2011/2853, K. 2012/3485.

⁴⁴ Danıştay 13. Dairesi, 26.12.2014 tarih, E. 2013/3195, K. 2012/4595.

İdari yargı uyuşmazlıklarında üç aşamalı testin uygulanmasında hâkimlerin orantılılık kriterinin uygulanmasında sık karşılaştığı bir sorun da şudur: Diyelim ki devlet memuruna, amirine veya üstüne hakaret etmek ve aşağılamak suçundan ötürü soruşturma açılarak kademe ilerlemesi cezası verilmiş olsun. Bu cezaya karşı açılan davada mahkeme, konuyu ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirerek üç aşamalı testi uygulayıp 657 sayılı Yasa'nın 125. maddesinin (D) fıkrasında, "amirine veya üstüne hakaret etmek veya aşağılamanın devlet memurunun 1 yıl süreyle kademe ilerlemesinin durdurulmasını gerektirdiği" tespitine dayanarak müdahalenin yasal dayanağının olduğu sonucuna varmış olsun. Davacıya verilen cezanın başkalarının şöhret ve haklarını koruma meşru amacını taşıdığı ve acil bir ihtiyacı karşıladığı da mahkemece saptanmıştır. Ancak mahkeme, bu cezayı alan bir memurun terfi edemeyeceği ve daire başkanlığı ve daha üst görevlere atanamayacağı dikkate alındığında bu yönüyle uygulanan yaptırımın (müdahalenin) orantılı olmadığı kanaatine varmış olsun. Bu tespite göre mahkemenin, müdahalenin ifade özgürlüğüne orantısız bir müdahale olduğunu belirterek iptal kararı vermesi gerekir fakat, davacının amirine hakaret ettiği saptandığına göre bu fiiline uyan yasa maddesine göre verilen ceza yasaya uygundur. Nitekim mahkeme yasallık kriterinin karşıladığını belirlemiş ve o aşama geçirilmiştir. Dolayısıyla, verilen ceza yasaya uygun ve yasal dayanak var fakat uygulanan yasa kuralının kendisi orantılılık ilkesine aykırı ise mahkeme yasa kuralını görmezden gelerek karar verebilecek midir? Mahkeme yasa kuralını görmezden gelip ceza orantısızdır der ve bu gerekçe ile iptal kararı verirse hem önceki aşamada müdahalenin yasal dayanağı olduğu tespiti ile bir ölçüde çelişecek hem de yerindelik denetimi yaptığı ve kanun hükmünü dikkate almadığı eleştirisi ile karşılaşacak; muhtemelen bu kararı istinaf veya temyiz merci tarafından bozulacak ve belki kararı veren hâkimler üst mahkemeden zayıf not alma durumu ile karşılaşacaktır. Davacının, yaptırımı gerektiren fiilinin amirine hakaret veya aşağılayıcı ifade niteliğinde olmadığı mahkemece saptanırsa maddi olaydan yola çıkılarak bu fiilin anılan yasa kuralı uyarınca cezayı gerektiren bir fiil olmadığı belirtilerek (demokratik bir toplumda gerekli olmadığı gerekçesiyle) iptal kararı verilebilir. Sorun, fiilin dayanak yasa kuralı kapsamında cezayı gerektirmesi ancak yasanın bu fiil için öngördüğü cezanın orantısız olması durumudur. Bu durumlarda hâkimin veya mahkemenin ilgili yasa maddesinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla somut norm denetimi yolu ile yasa kuralının iptali için Anayasa Mahkemesine başvurusu mümkündür. Bu yöntem daha uzun ve sonucu Anayasa Mahkemesinin kararına bağlayan, dolayısıyla da sorunu kısa sürede çözmeyen bir yöntemdir. Diğer bir yol ise Anayasa'nın 90. maddesinin dikkate alınmasıyla AİHS hükümlerinin doğrudan uygulanarak yasa hükmünün Sözleşme'nin 10. maddesine aykırı olduğu belirtilmek suretiyle Sözleşme'ye dayanılarak bir karar verilmesidir. Bu yol daha pratik bir yol olmakla birlikte hâkimlerin, Anayasa'nın 90. maddesini uygulayarak Sözleşme'ye aykırı yasa maddesini yok sayıp Sözleşme'yi doğrudan uygulaması yönteminden kaçındıkları ve bu yöntemi çok tercih etmedikleri bunun da temelsiz sayılmayacak kimi endişelerden kaynaklandığı bilinen bir gerçekliktir. Anayasa'nın 90. maddesinin uygulanmasının önünde hukuki bir engel bulunmasa da genellikle yürütmenin yerindelik denetimi yapıldığı, kanuna aykırı karar verildiği yönündeki şikâyetlerinden doğan, bazen de temyiz mercilerinin tutumlarından (içtihatlarından) kaynaklanan birtakım fiilî, yapısal ve yargısal engellerin ortadan kaldırılarak bu konuda mahkemelerin ve hâkimlerin endişe duymadan karar vermesinin sağlanması bu tür sorunların çözümünü sağlayacaktır. Belirtilen sorunun, Anayasa'nın 13 ve 26. maddelerinin doğrudan olaya uygulanarak,

yani 90. maddeyi uygulamadan da çözülebileceği görüşünde olanlar bulunmaktadır. Ancak, yukarıda belirtilen 90. maddenin uygulanması ile ilgili sorunlar ve çekinceler aynı şekilde ve hatta daha güçlü bir biçimde doğrudan Anayasa'nın 13 ve 26. maddelerinin uygulanarak, dolayısıyla yasa kuralı dikkate alınmaksızın verilecek ihlal ve / veya iptal kararları için de geçerli olacaktır.

C- Hâkimlerin Rolü

İfade özgürlüğünün korunmasında hâkimin rolü çok önemli ve belirleyicidir. Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca yargı organları ve Yasama Meclisi, AİHS'yi ve AİHM kararlarını dikkate almak zorundadır. Hâkimler ve mahkemeler, Anayasa'nın 90. maddesini yok sayamazlar ve uygulamaktan kaçınamazlar. Anılan Anayasa hükmü bu konuda herkese ödev ve sorumluluk yüklemektedir. Ayrıca bu Anayasa kuralının uygulanmasının önünde yasal engeller varsa Yasama Meclisinin bu engelleri kaldırması; hâkimlerin Anayasa'nın 90. maddesini uygulamasının önünde hukuki olmasa da fiilî, yapısal veya yargısal birtakım engeller varsa bu engellerin de yürütme erki, yargı organları ve yargı ile ilgili kurum ve kurullar tarafından ortadan kaldırılarak bu konuda bir güvence oluşturulması gerekir. Hâkimlerin de yetkisini kullanırken keyfiliğe kaçmaması, 90. maddeyi iç hukuk bakımından başka seçeneğin ve çözümün olmadığı, başka bir anlatımla sadece gerekli olan durumlarda harekete geçirerek yargı kurumlarına olan güveni sarsmaması, iç hukukta kanunları tümüyle uygulanamaz hâle getirecek tarzda uygulamalardan kaçınması icap eder.

Bununla birlikte, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 53. maddesinde AİHM'nin ihlal kararlarının, yargılamanın yenilenmesi sebebi olduğu hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla, Türkiye tarafından imzalandıktan sonra yürürlük kanunuyla iç hukukumuz hâline gelen AİHS'nin uygulanma zorunluluğunun yanı sıra AİHM kararlarına uyma / uygulanma zorunluluğu İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 53/1-ı hükmünün emredici sonucudur. Ayrıca, hâkimlerin vermiş oldukları kararlardan dolayı AİHM tarafından ihlal kararı verilerek tazminata hükmedilmesi ve bu sonucun oluşmasında hâkimin kusuru veya ihmalinin olduğunun anlaşılması hâlinde rücu yolu ile hâkimin tazmin sorumluluğuna gidilebilmektedir. Bu sebeplerle ve hâkimlik mesleğinin yüklediği hukuki ve vicdani sorumluluğunun sonucu olarak ifade özgürlüğünün güvence altına alınmasında ve bunun gerçekleşmesi için de AİHS hükümlerine ve AİHM kararlarına uygun yargı kararları verilmesinde hâkimlerin öncelikli bir rolü bulunmaktadır.

Sonuç

İfade özgürlüğü, temel bir hak olarak hem Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda hem de AİHS'de güvence altına alınmıştır. Bu hak aynı zamanda ulusal ve uluslararası hukuk sisteminde korunan diğer birçok hakkın etkin bir şekilde kullanılmasına temel teşkil etmektedir. İfade özgürlüğü mutlak bir hak değildir. Anayasa'da ve AİHS'de öngörülen koşullarda ve ancak kanunla sınırlanabilir fakat sınırlamanın hakkın özünü zedelememesi, özgürlüğün asıl, kısıtlamanın ise istisna olması gerekir. Sınırlamanın hangi koşullarda olabileceği Anayasa'nın 26. maddesinde ve Sözleşme'nin 10/2. maddesinde belirtilmiştir. Bu iki metin arasında sınırlanma sebepleri bakımından farklılık bulunmamakta, Anayasa'nın 26. maddesindeki sınırlandırma sebepleri ile Sözleşme'nin 10/2. maddesindeki sebepler uyum göstermektedir.

İfade özgürlüğüne müdahale niteliğindeki uygulama ve yaptırımların yargısal denetiminde üç aşamalı test uygulanmaktadır. Üç aşamalı testin, idari yargı kararlarına uygulanmasında Danıştayın öncü rolü üstlendiği, özellikle radyo ve televizyon yayınlarına ilişkin yaptırımlara, toplantı ve gösteri yürüyüşleri ile afiş vb. nesnelerin yasaklanmasına ilişkin işlemlere karşı açılan davalarda Danıştayın üç aşamalı testi başarılı şekilde uyguladığı, ancak idare mahkemelerinde üç aşamalı testin uygulandığı karar sayısının çok sınırlı olduğu görülmektedir. Bunda, idare mahkemelerinde görev alan hâkimlerin büyük bir çoğunluğunun meslekte yeni olması ve insan hakları-ifade özgürlüğü gibi konularda farkındalığı sağlayacak bir eğitim sürecinden geçmemiş olmaları önemli bir etkidir. Diğer bir etken de Anayasa'nın 90. maddesinin uygulanması konusunda hukuki bir engel olmasa da fiili ve yapısal bazı engellerin bulunmasıdır. Özellikle yüksek yargı mercilerinin (temyiz ve istinaf) bu konuya yeterince eğilmesi ve temyiz-istinaf incelemelerinde Anayasa'nın 90. maddesini dikkate alarak kararlar vermesi, ilk derece mahkemelerinde görev alan hâkimleri cesaretlendirecektir. Bu konuda, AB-AK ve Adalet Akademisinin Türk Yargısının İfade Özgürlüğünün Kapasitesinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi, hâkim ve savcılarının rolünün artırılmasında çok önemli bir işlev görmüştür. Bu Proje sonrasında kısa bir süre içinde olumlu yönde değişiklikler görülmeye başlanmıştır.

İdari yargıda üç aşamalı testin uygulanması ile birlikte kararların gerekçesiz olması sorunu kendiliğinden ortadan kalkacak ve kararlar konusunda bir standart sağlanacaktır. Üç aşamalı testin idari uyuşmazlıklara uygulanmasında yasal dayanak ve meşru amaç kriterleri yönünden pek sorun (ihlal) bulunmamakta, daha ziyade demokratik toplumda gereklilik ve ölçülülük aşamasında birtakım zorluklar yaşandığı ve ihlallerin çoğunun bu aşama ile ilgili olduğu görülmektedir. İdari yargının görev alanının çok geniş olması ve ifade özgürlüğünü ilgilendiren birçok idari uyuşmazlığın bulunması nedeniyle idari yargı hâkimlerinin kararlarında üç aşamalı testi uygulamaları bu konuda büyük bir ilerleme sağlayacaktır. Bu çalışma, idari yargı alanında ifade özgürlüğüne ilişkin konularda üç aşamalı testin uygulanmasına dikkat çekmek ve bu konuda bir farkındalık yaratmak amacıyla hazırlanmıştır. Bu konuda idari yargı hâkimleri oldukça isteklidir ancak eğitim ve moral yönden desteklenmeleri önemlidir.

Kaynakça

Kitap ve Makaleler

Bozkurt, Enver., Dost, Süleyman. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Türkiye” isimli makaleden alıntı. *Süleyman Demirel Üniversitesi İİBF, Y. 2002, C. 7. S. 1.*

Çağlayan, Ramazan. İdari Yargılama Hukukunda Yargı Yerinin Sebep İkame Yetkisi. *Danıştay Dergisi, Yıl 2016, S. 141.*

Çeçen, Anıl. *Düşünceyi İfade Özgürlüğü*. Ankara Barosu Yayını: Ankara. 14.07.1999.

D. J. Harris., M. O’Boyle., E. Bates., C. M. Buckley. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi. Oxford University Press. 2009. Avrupa Konseyi. Türkçe Baskı: Şen Matbaa: Ankara. 2013.

Doğru, Osman., Nalbant, Atilla. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (Açıklama ve Önemli Kararlar)*. Pozitif Matbaası: Ankara. 2013.

Doğru, Osman. *İnsan Hakları Avrupa İçtihatları (İHAİ)*. Beta Yay.: İstanbul. 1996.

Göktepe, Hüseyin. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Nefret Söylemi ve Dine Hakaret. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, İfade Özgürlüğü Özel Sayısı, S. 25, Yıl: 7.* Ankara. Şubat 2016.

Kuzu, Burhan. “Düşünceyi Açıklama Hürriyeti ve Ülkenin Bölünmez Bütünlüğü (TMK md. 8)”. *21. Asra Girerken Çağdaşlaşma, Demokrasi ve İnsan Hakları, Açık Oturumlar Dizisi: 16.* Aydınlar Ocağı Yayını: İstanbul. 1996.

Macovei, Monica. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 10. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*. “Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi Projesi” kapsamında basılan *İnsan Hakları El Kitapları, No. 2.* Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, Strazburg. 2001. Türkçe Baskı: Şen Matbaa: Ankara 2013.

Özbey, Özcan. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru Yöntemleri*. 3. Basım. Adalet Yayınevi: Ankara. 2008.

Özbey, Özcan. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 62 (1).* Ankara. 2013.

Sağlam, Abdi. AIHS’ye Göre İfade Özgürlüğü Hakkı Kapsamında Kamu Görevlileri Açısından Görev ve Sorumluluk Kavramı. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, İfade Özgürlüğü Özel Sayısı, Yıl: 7, S: 25.* Ankara. Şubat. 2016.

Sunay, Reyhan. *Avrupa Sözleşmesi'nde ve Türk Anayasası'nda İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*. Ldt Yayınları: Ankara. 2001.

Tezcan, Durmuş., Erdem, Ruhan, Mustafa., Sancakdar, Oğuz. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*. T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı. Baskı: Ankara Açık Cezaevi: Ankara. 2004.

Ünal, Şeref. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri*. TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu. Yay. No. 89. Ankara. 2001.

Yüksek, Mehmet. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde İfade Özgürlüğünün Sınırları. Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi AB-AK Ortak Projesi kapsamında basılan *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, İfade Özgürlüğü Özel Sayısı*, S. 25, Y. 7. Ankara. Şubat 2016.

Zabunoğlu, Yahya. *Düşünceyi İfade Özgürlüğü*. Ankara Barosu Yayını: Ankara. 14.07.1999.

İnternet Kaynakları

www.anayasa.gov.tr

hudoc.echr.coe.int/ent

www.danistay.gov.tr

**Tazminat Hukukunda
İfade Özgürlüğü ile Özel Hayatın Gizliliği
Arasında Adil Denge**

Seda Duysak Fidan* Aysun Yıldız**

*Ankara Bölge Adliye Mahkemesi
25. Hukuk Dairesi Üyesi-Hâkim
seda.fidan@adalet.gov.tr

**Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi
aysunyildiz@adalet.gov.tr

Özet

İnsan hakları kavramının ortaya çıkmasıyla beraber ulusal ve uluslararası mevzuatlarda yer bularak güvence altına alınan klasik insan hakları arasında düşünce ve ifade özgürlüğü ile özel hayatın gizliliği ve korunması hakları da bulunmaktadır. Düşünce ve ifade özgürlüğü ile özel hayatın gizliliği ve korunması hakları nispi haklar arasındadır. Anılan hakların nispi hak olmalarının sonucu, sınırlandırılabilir ve yararlanma alanlarının daraltılabilir olmasıdır. İfade özgürlüğü hakkının meşru sınırlama sebepleri arasında başkalarının şöhret ve haklarının korunması yer almaktadır. Kullanılan ifadenin, başkasının özel ve aile hayatı ile konut ve haberleşme hürriyetine ilişkin olması durumunda, düşünce ve ifade özgürlüğü ile özel hayatın gizliliği ve korunması hakları karşı karşıya gelecektir. Bu durumlarda, hukuk düzeninden bu iki temel hak ve hürriyeti aynı zamanda koruması beklenemez. Hangisine üstünlük tanınacağı konusunda bazı kriterler saptanarak o olayda ve o an için korumasız kalması gereken veya korunması gereken temel hak ve hürriyetin belirlenmesi mecburidir. Bu çalışmada, özel hayatın gizliliğinin korunması gerektiği iddiasına dayalı olarak açılan tazminat davalarında, ifade ve düşünce özgürlüğü hakkının kullanıldığı yönünde savunma getirildiğinde, ulusal mahkemelerin konuya bakışı ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yaklaşımı incelenecektir.

Anahtar kelimeler: temel hak ve hürriyetler, düşünce ve ifade özgürlüğü, özel hayatın gizliliği ve korunması, çatışan haklar, adil denge.

Abstract

Together with the emergence of the concept of human rights, fundamental human rights along with the freedom of thought and expression and the privacy and protection of private life have been guaranteed and found their place under national and international legislations. Rights of freedom of thought and expression and the privacy and protection of private life are among relative rights. As a result of being relative rights, the abovementioned rights can be restricted. The exercise, enjoyment and sphere of these rights can be limited. Among the reasons of the legitimate limitation of the right to freedom of expression is protection of reputation and rights of others. In case the expression concerns someone else's private life, family life, residence and communication freedom, freedom of thought and expression will clash with privacy and protection of private life. In these cases, it cannot be expected from the law to protect these two fundamental right and freedom at the same time. In terms of recognition of superiority for that case and that moment, it is obligatory to determine which fundamental right and freedom needs to remain unprotected or protected according to certain criteria. The view of the national courts and approach of the European Court of Human Rights will be examined in terms of the compensation cases filed with the claim that the private life needs to be protected, when a defense is made stating that freedom of thought and expression has been exercised in the concrete case.

Keywords: fundamental rights and liberties, freedom of thought and expression, privacy and protection of private life, conflicting rights, fair balance.

Giriş

1982 Anayasası'nın "Kişinin Hakları ve Ödevleri" başlıklı ikinci bölümünde yer verilen temel haklar arasında, 20. maddede özel hayatın gizliliği, 25. maddede düşünce ve kanaat hürriyeti, 26. maddede düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti yer almaktadır. 90. maddesinde ise milletlerarası antlaşmaları uygun bulma usulü düzenlenmiş, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu kabul edilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni Türkiye 18 Mayıs 1954'te onaylamış, 28 Ocak 1987'de de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bireysel başvuru hakkını tanımıştır. Mahkemenin zorunlu yargı yetkisini ise 28 Ocak 1990'da kabul etmiştir.¹ Böylece Sözleşme, ulusal mahkemeler ve bütün kamu otoriteleri için bağlayıcı bir nitelik kazanmıştır. Sözleşme'nin 8. maddesinde özel ve aile hayatına saygı hakkı, 10. maddesinde ifade özgürlüğü düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi her iki temel hak, ulusal ve uluslararası mevzuatta en üst düzeyde koruma altındadır. Ancak gerek Anayasamızda gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde hakların kötüye kullanılamayacağı hükümleri bulunmaktadır. Anayasa'nın 12. maddesinin 2. fıkrasında temel hak ve hürriyetlerin, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva ettiği; 14. maddesinde ise Anayasa'yla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini mümkün kılacak şekilde yorumlanamayacağı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 17. maddesinde Sözleşme'deki hiçbir hükmün, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme'de öngörölmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme veya eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamayacağı düzenlenerek hakların rasyonel olmayan kullanımı hâlinde karşı karşıya gelebileceklerine işaret edilmiştir.² İşte bu durumda çatışan haklar arasında adil denge kurulmalıdır. Normları uygulayan ulusal mahkemelerimiz ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, ifade özgürlüğü ve özel hayatın gizliliğinin korunması hakları arasında adil denge kurulması için belirlediği kriterler başlıklar hâlinde ortaya konularak söz konusu kriterlerin kullanıldığı Yargıtay, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları incelenecek ve son olarak değerlendirmelere yer verilecektir.

I. İfade Özgürlüğü ve Özel Hayatın Gizliliği Kavramlarının Tanımı - Kapsamı

A- Tanımlar

1- İfade özgürlüğünün tanımı

Öncelikle ifadenin bir tanımı yapılması gerekirse; insana özgü biyolojik bir faaliyet olan düşünme sonucu ortaya çıkan düşüncenin anlatıldığı önermelere ifade denildiği söylenebilir. İfadeler sözlü, yazılı, görsel, sanatsal ve benzeri şekillerde olabilir.

¹ <http://www.aihmbasvuru.com/78-basliklar/72-aihm-tarihce.html> Erişim tarihi: 11.02.2017.

² İnceoğlu, Sibel (editör). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa - Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*. Şen Matbaa: Ankara. 2013. s. 83-90.

İfade özgürlüğü, insanın serbestçe haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerinden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir.³

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında ifade özgürlüğüne yönelik sınırları kesin olarak belirlenmiş bir tanıma rastlanmasa da ifade özgürlüğünün önemine sıklıkla değinilmektedir. Mahkeme; ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun vazgeçilmez esasını ve bu toplumun gelişiminin ve her bireyin kendini gerçekleştirmesinin temel koşulunu oluşturduğunu; 10. maddenin 2. fıkrası hükümleri saklı kalmak kaydıyla ifade özgürlüğünün sadece kabul edilen, zararsız veya farklı olan bilgi yahut düşünceler için değil aynı zamanda hoşla gitmeyen, sarsıcı veya rahatsız edici olanlar için de geçerli olduğunu, bunların, demokratik toplumun onlarsız olamayacağı çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gereği olduğunu; 10. maddede açıklandığı gibi bu özgürlüğe yapılan sınırlamaların her hâlde dar yorumlanması ve herhangi bir sınırlama gereksiniminin ikna edici bir biçimde ortaya koyulması gerektiğini belirtmektedir.⁴

2- Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının tanımı

İnsan, yaşamı boyunca, toplumu oluşturan diğer bireylerle birlikte geçirdiği zaman içinde ortak hayatına ilişkin süreci; ailesi, arkadaşları, yakınları gibi sınırlı kişilerle paylaştığı zaman içinde ise özel hayatına ilişkin süreci; hiç kimsenin bilmesini istemediği veya sadece kendisi tarafından seçilen kişi / kişilerle paylaştığı zaman içinde de gizli hayatına ilişkin süreci yaşar.

Özel hayatın gizliliğinin korunması hakkı; özel ve aile hayatına ve konutuna yapılan müdahalelere, beden ve akıl tamlığına, ahlak ve fikir hürriyetine, şeref ve itibarına karşı her türlü izleme, gözetleme ve baskı altına alma eylemlerine, haberleşmenin engellenmesine, yazılı ve sözlü özel haberleşmelerden kötü niyetle faydalanılmasına, meslek sırrı olarak kendisine bildirilen veya kendisinin öğrendiği bilgilerin ifşa edilmesine karşı ferdin güvence altına alınması olarak tanımlanmıştır.⁵

B- Kapsam

1- İfade özgürlüğü hakkının kapsamı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesi 1. fıkrasında, “Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme

³ Anayasa Mahkemesinin 25.06.2014 tarihli Ali Karatay Kararı, Başvuru No. 2012/990, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi: 12.02.2017.

⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 08.07.1986 tarihli, Lingens / Avusturya Kararı, Başvuru No. 9815/82, paragraf 41; 18.07.2000 tarihli Şener / Türkiye Kararı, Başvuru No. 26680/95, paragraf 39.

⁵ Şen, Ersan. *Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması*. Kazancı Yayınları: İstanbul. 1996. s. 6-7.

özgürlüğünü de kapsar. Bu madde devletlerin, radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.” denilmektedir.

Sözleşme metninin düzenleniş biçiminden ifade özgürlüğünün aslında üç temel hakkı kapsadığı anlaşılmaktadır. Bunlar; kanaat sahibi olma, bilgi ve kanaatlere ulaşma ile bilgi ve kanaatleri açıklama haklarıdır.

Anayasamızın 25. maddesi, “*Herkes düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz.*” şeklindedir. Maddenin düzenleniş biçiminden kanaat sahibi olma özgürlüğünün esasen ifade özgürlüğünün herkese tanınan temel unsuru olduğu ve her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz denilerek ifade özgürlüğüne getirilecek sınırlamalardan neredeyse muaf olduğu söylenebilir. Kanaat sahibi olma özgürlüğünün, kanaatleri açıklamaya zorlanmama negatif özgürlüğünü de içerdiği anlaşılmaktadır.

Anayasamızın 26/1. maddesi şunu söylemektedir: “*Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına yahut toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak veya vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.*” İfade özgürlüğünün kapsadığı ikinci ve üçüncü haklar olarak sayılan bilgi ve kanaatlere ulaşma ve bilgi ve kanaatleri açıklama haklarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nden farklı olarak Anayasamızda ayrı bir madde başlığı altında düzenlendiği görülmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, denetim işlevinin, kendisine demokratik bir toplumun ayırt edici özelliklerine çok büyük dikkat sarf etme yükümlülüğü verdiğini beyan ettiği Handyside / Birleşik Krallık, 1976 tarihli kararında “ifade özgürlüğünün bu tür bir toplumun asli temellerinden, bu toplumun ilerlemesinin ve her bireyin gelişmesinin temel koşullarından birini oluşturduğunu” belirtmiştir.

Bilgi ve kanaatlere ulaşma ile bilgi ve kanaatleri yayma hakkının demokratik bir ülkenin siyaset yaşamının işleyişi açısından yüksek öneme sahip olduğu kuşkusuzdur. Basılı ve görsel medya açısından bakıldığında, insanın düşünme becerisini kullanabilmesi için üzerinde düşünmesini gerektirir bilgiye, habere, ifadeye ulaşmasına bir aracı olması bakımından bilgi ve kanaatlere ulaşma hakkına hizmet ettiği, basın özgürlüğünün de ifade özgürlüğünden doğduğu söylenebilir.

2- Özel hayatın gizliliğinin korunması hakkının kapsamı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 8. maddesi 1. Fıkrasında, “Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.” denilmektedir.

Özel hayatın gizliliği kavramıyla korunan; kişinin özel hayatı, aile hayatı, konutu ve iletişimidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi özel hayatın ne olduğuna dair açık ve kesin bir tanım getirmemiştir. Yıllar boyunca özel hayat kavramı; isim taşıma, kişinin görüntüsü veya itibarının korunması, aile kökeni hakkında bilgilenme, fiziksel ve

manevi bütünlük, cinsel ve toplumsal kimliği, cinsel hayatı ve eğilimleri, sağlıklı bir çevre, kendi kaderini belirleme hakkı ve kişisel özerklik, arama ve el koymadan korunma ve telefon görüşmelerinin gizliliği dâhil olmak üzere birçok değişik duruma uygulanmıştır.⁶

Anayasamızın 20/1. maddesinde, “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.”; 21. maddesi ilk cümlesinde, “Kimsenin konutuna dokunulamaz.” ve 22. maddesi 1. fıkrasında, “Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.” denilmektedir. Görüldüğü gibi, Sözleşme’nin 8. maddesi ile korunan kişinin özel hayatı, aile hayatı, konutu ve iletişimi, Anayasamızda ayrı maddelere konu edilerek düzenlenmiştir.

Korumanın amacı, “İnsanın özel yaşamı ile aile mahremiyeti konusunda, başkalarının değer yargıları oluşturmalarına esas teşkil edecek bilgilerin kendisinden habersiz veya yanlış biçimde toplanması ve bunların düzeltilmesi olanağına sahip bulunmaması, zayıfın kuvvetli tarafından ezilmesi sonucunu yaratır.” şeklinde özetlenmiştir.⁷

II. Hakların Çatışması Hâlinde Aralarında Adil Denge Kurulması İçin İçtihatlar ile Getirilmiş Kriterler

İnsan hakları yargısı, bir dengeler oyunudur. Bir yandan bireylerin hakları arasında, öte yandan bireyin hakları ile toplumun çıkarları arasında sürekli bir uzlaşma sağlamak gerekmektedir.⁸

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, önüne gelen uyuşmazlıkta başvurusunun Sözleşme’nin 8. maddesine mi yoksa 10. maddesine mi dayanarak konuyu Mahkeme huzuruna taşımış olması arasında bir ayırım yapmaksızın, prensip olarak bu hakların eşit saygı görmeyi hak ettiğini belirtmiştir.⁹

Düşünce ve ifade özgürlüğü ile özel hayatın gizliliğinin korunması hakkı karşı karşıya geldiğinde o olayda ve o an için hangi hakka üstünlük tanınacağına yönelik Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında belirtilen, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtayca da kullanılan bazı kriterler bulunmaktadır.

Söz konusu kriterlere başlıklar hâlinde bakılması isabetli olacaktır.

⁶ Roagna, Ivana. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması - Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları*. Çeviren: Ayşe Gül Alkış Schaling. s. 12.

⁷ Tezcan, Durmuş. *Bilgisayar Karşısında Özel Hayatın Korunması*.

http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg8/dtezcان.pdf, erişim tarihi: 14.02.2017.

⁸ Türmen, Rıza. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlamaları*. *Yargıtay Dergisi*, C. 28, Ocak-Nisan 2002. s. 197.

⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 10.11.2015 tarihli, Couderc ve Hachette Filipacchi Associes / Fransa Büyük Daire Kararı, Başvuru No. 40454/07.

A- Söz konusu bilginin kamu yararı içeren bir tartışmaya katkı sağlayıp sağlamadığı

İlk ve en önemli kriter, bilginin kamu yararı içeren bir tartışmaya katkı sağlayıp sağlamadığı konusudur. Nitekim salt eğlence amacı ile ortaya atılan bilgi bir başkasının özel hayatının gizliliğini ihlal ediyorsa ilk aşamada özel hayatın gizliliğinin korunmasına karar verilebilir. Bunun haricinde bilgi, kamu yararı taşıyan bir tartışmaya katkı yapsa bile, amacın kişinin özel hayatının gizliliğinin ihlali olduğunun ifadenin sunulmuş biçiminden anlaşılması hâlinde dahi özel hayatın gizliliğinin korunması gerekecektir. Bu nedenle mahkemelerin gerekçelerinde hangi hakka üstünlük tanıdıklarına dair objektif olarak kabul edilir nedenleri açıkça göstermeleri beklenmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne gelen (Başvuru No. 40660/08-60641/08) bir olayda, başvuru Monako'nun son Prensi Rainier III'ün kızı Prenses Caroline von Hannover ve eşi Prens Ernst August von Hannover'dır. Başvurular, 2002 ve 2004 yılları arasındaki kayak tatilleri sırasında rızaları olmaksızın çekilen ve iki dergide yayımlanmış olan üç fotoğrafın yasaklanması için yerel mahkemelerde davalar açmışlardır. Federal Adalet Mahkemesi, fotoğrafların tartışılmasında genel yarar bulunmadığı kanısına vardığı ikisi bakımından yayın yasağı kararı almış fakat başvuru St. Moritz'deki bir kayak tatili sırasında yürüyüş yaparken görüntüleyen ve diğer konuların yanı sıra Prens Rainier'in sağlık sorunlarına değinen bir makalenin eşlik ettiği üçüncü fotoğraf bakımından yayını yasaklama kararı vermeyi reddetmiştir. Bu karar, Federal Anayasa Mahkemesi tarafından onanmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yerel mahkemelerin Prens Rainier'in hastalığını toplumu ilgilendiren güncel bir vaka olarak nitelendirmesinin yersiz olmadığını tespit etmiş ve "makalenin ışığında değerlendirilen fotoğrafın en azından belli bir ölçüde genel yarar taşıyan bir tartışmaya katkıda bulunduğunu kabul etmiştir" (Bu açıdan, başvuru benzer koşullarda görüntüleyen diğer iki fotoğrafın yayımlanmasını yasaklayan kararın, bu fotoğrafların yalnızca eğlence amaçlı yayımlanmalarından dolayı alındığını kaydetmiştir). Üstelik Prenses Caroline'in Monako Prenslığı adına hangi resmî işlevleri üstlendiğinden bağımsız olarak, tartışmasız bir şekilde başvuru sıradan bireyler olmadığını, kamusal figürler olarak kabul edilmeleri gerekeceğini; fotoğrafların çekildiği koşullar bakımından ise başvuru fotoğrafların el altından, gizlice veya başka bir nahoş biçimde çekildiğini gösterecek herhangi bir delil sunmamış olduklarını, yerel mahkemelerce durumun bu yönde tespit edilmiş olduğunu dikkate aldığını; sonuç olarak, yerel mahkemelerin, yayıncı şirketin ifade özgürlüğü hakkıyla başvuru özel yaşama saygı hakları arasında özenli bir denge sağladığı, bu suretle, makalelerin ışığında değerlendirilen fotoğrafların genel yarar taşıyan bir tartışmaya katkılarının bulunup bulunmadığına büyük önem atfedilerek ve ayrıca fotoğrafların çekildiği koşulları da inceleyen ulusal mahkemelerin takdir payı dikkate alındığında, yerel mahkemelerin 8. maddedeki pozitif yükümlülüklerine uygun davranmadıkları söylenemez denilmiştir.¹⁰

¹⁰ [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["vonhannover59320"\], "display":\["0"\], "languageisocode":\["TUR"\], "appno":\["40660/08", "60641/08"\], "documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\], "itemid":\["001-140341"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) ; erişim tarihi: 16.02.2017.

Anayasa Mahkemesinin 2013/5574 başvuru no.lu bir başka davasında, başvuru, kendisinin haberde zikredilen olayların geçtiği dönemde Erzincan Cumhuriyet Başsavcısı olduğunu, ifade özgürlüğünün Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi” amacı ile sınırlanabileceğini, yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için bir yargı görevlisi olarak kendisinin korunması amacıyla ifade özgürlüğünün sınırlanması gerektiğini ileri sürmüştür. İlk derece mahkemesince davanın reddine karar verilmiş; hüküm, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 27/05/2013 tarih ve Esas 2012/11135, Karar 2013/10003 sayılı İlâmı ile onanmıştır.

Anayasa Mahkemesi söz konusu dava ile ilgili olarak şu kanaate ulaşmıştır: “İlk olarak, bir ulusal günlük gazetede yayımlanan haber veya yazıların olgular temelinde gelişen bir tartışmaya katkı sunup sunmadığı ve içeriğinin kamunun merakını giderme isteğinin ötesine geçip geçmediği sorularına cevap verilmesi gerekir. Bu bağlamda, bir haber veya yazının kamuyu bilgilendirme değeri ne kadar yüksek ise kişinin söz konusu haber veya makalenin yayımlanmasına o kadar çok boyun eğmesi gerekir. Aksine, yazının bilgilendirme değeri ne kadar düşükse kişinin korunan çıkarına da o kadar çok üstünlük tanınması gerekir. (...) Somut başvuruya konu gazete haberinde başvurunun, “Ak Parti ve Gülen”i bitirme planı” olarak anılan planı uygulamaya geçirdiği iddiasıyla tutuklandığı belirtilmiştir. Dolayısıyla, söz konusu gazete haberi, bu habere önceki Ergenekon soruşturma süreci ile birlikte değerlendirildiğinde *ihtilaflı haber ve yazının, bir ölçüde, kamusal nitelikli bir tartışmaya katkı sundukları kabul edilebilir*. Bu hususla ilgili olarak, basının kamusal nitelikli bütün sorunlarla ilgili bilgi ve fikir yayma fonksiyonuna, kamunun bu bilgi ve fikirleri alma hakkının eklendiği hatırlanmalıdır. (...) Son olarak başvurunun olayların geçtiği zaman diliminde üst düzey bir kamu görevi olan Erzincan Cumhuriyet Başsavcısı olduğu ve gazete haberinden önce meydana gelen olaylarla birlikte daha da artan ve itiraz götürmeyen tanınmışlık derecesi dikkate alındığında, başvuru, az bilinen bir kişi olduğunu iddia edemez. (...) Bu şartlarda, yukarıdaki değerlendirmelerin tamamı ve yargı mercilerinin farklı çıkarları dengelerken sahip oldukları takdir payları da dikkate alındığında, Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında yer alan pozitif yükümlülüklerle uyulduğu sonucuna varılmıştır. Açıklanan sebeplerle bu maddenin ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.”¹¹

Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 2013/16524 Esas sayılı Kararı'nda, davacı, davalının sahibi olduğu ... TV'nin ana haber bülteninde fiziksel görüntüsü ile ilgili gerçeklik taşımayan tasvirlerde bulunduğu, eleştiri sınırlarını aşan biçimde ifadeler kullanıldığını ve kişilik haklarının zedelendiğini iddia ederek manevi tazminat ödetilmesi isteminde bulunmuş; ilk derece mahkemesince davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Yargıtay, söz konusu dava hakkında şu sonuca ulaşmıştır: “Davacı, Türkiye’de süper star olarak bilinen bir sanatçıdır. Görsellik içeren bir meslek icra ettiğinden dış görüntüsüne dikkat etmekte olduğu, bazı estetik operasyonlar geçirdiği kendisi

¹¹<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/2deec20e-e2b8-43b6-80b4-8faf5fea1515?highlightText=%C4%B0lhan%20Cihaner&wordsOnly=False>; erişim tarihi, 18.02.2017

tarafından ikrar edilen ve toplum tarafından da bilinen bir gerçektir. Bu nedenle davacı ile ilgili haberler toplum tarafından ilgiyle takip edilmektedir. Dava konusu fotoğrafların fotomontaj olduğu ileri sürülmemiştir; bu fotoğraflarda gözlemlenen durumdan yola çıkılarak davalılar tarafından estetik operasyonların tehlikeleri ile ilgili bir haber hazırlanmış, uzman görüşüne başvurulmuş, davacının estetik yaptırmadığı yönündeki açıklamasına da yer verilmiştir. (...) Şu durumda, davacının ülkemizde tanınmış bir sanatçı olması, kendisi ile ilgili haberlere toplumun ilgi göstermesi, davacının görüntüsünden yola çıkılarak estetik ameliyatların tehlikeleri hakkında hazırlanan haberde kamu yararı bulunması nedenleri ile haber içeriğinin davacının kişilik haklarına saldırı amacı taşımadığı, kamusal sorumluluk anlayışıyla yayımlandığı, toplumsal bir menfaat söz konusu olduğu, yukarıdaki açıklamalar dikkate alındığında, yayına sınırlama getirmek için meşru bir amaç ve demokratik toplum yönünden bir gereklilik bulunmadığı sonucuna varılmış olup kararın bozulması gerekmektedir.”¹²

İncelenen üç kararda da davacıların başvurularının, özel hayatının gizliliğinin korunması hakkı kapsamında kişilik haklarının ihlal edildiği nedenine dayalı olduğu, mahkemelerce ifade özgürlüğü ile özel hayatın gizliliği hakkının korunması arasında adil denge kurulması için öncelikle ifadenin kamu yararı içeren bir tartışmaya katkı sağlayıp sağlamadığının tartışıldığı, üçünde de fotoğraf-haber-bilginin kamu yararı içeren bir tartışmaya katkı sağladığı tespitinde bulunulduktan sonra ifade özgürlüğüne üstünlük tanındığı görülmektedir.

B- Özel hayatının gizliliğinin korunmasını isteyen kişinin toplumsal statüsü ve haberin konusu

Siyasi kimliği olan veya topluma mal olmuş sanatçı, sporcu gibi kamusal alanda hareket eden bireyler ile sıradan bireyleri ayırarak bir sonuca gitmek isabetli olacaktır. Kamu tarafından tanınmayan bir bireyin özel hayatının gizliliğinin korunmasını isteme hakkının, kamu tarafından tanınan bireyler için sağlanan korumadan daha geniş yorumlanması gereklidir.

1- Topluma mal olmuş kişiler hakkında örnekler: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince görüşülen 39954/08 başvuru numaralı davada; Almanya’da yüksek tirajlı yerel bir günlük gazete çıkaran başvuru şirketi, tanınmış bir televizyon aktörünün kokain bulundurmaktan yakalanması ile ilgili Eylül 2004 tarihinde manşetten bir makale yayımlamıştır. Gazetenin iç sayfalarında konu ile ilgili detaylı bir makaleye daha yer verilmiş ve aktörün üç adet fotoğrafı da makalede kullanılmıştır. Aktörün talebi üzerine, Alman mahkemelerince makale ve ona eşlik eden fotoğrafların yeniden yayımlanmasını yasaklayan bir karar verilmiş, karar Haziran 2005’te Alman Federal Mahkemesi tarafından da onanmıştır. Başvuru şirkete ait gazetede Temmuz 2005’te, aktörün yasa dışı bir şekilde uyuşturucu madde bulundurmaktan bir para cezasına mahkûm olduğunu bildirir ikinci bir makale yayımlanmıştır. Alman mahkemesi ilk yasaklama kararındaki

¹² <http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet>, erişim tarihi: 18.02.2017.

gerekçelerle bu makalenin de yeniden yayımlanmasının yasaklanmasına hükmetmiştir. Bu karar itiraz aşamasında onanmıştır. Sonra da başvuru şirketi, bu yasağı ihlal etmesinden dolayı, her biri 5.000 euro tutarında iki gecikme cezası ödemeye mahkûm olmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvuruya konu edilen Alman yargı mercilerinin kararlarının demokratik toplumda gerekli olup olmadığını araştırırken ifade özgürlüğü hakkı ile özel hayata saygı hakkı arasındaki dengeden yola çıkmıştır. Mahkeme, kararında; ihtilafli makalelerin bir aktörün yakalanması ve mahkûm edilmesiyle ilgili adli olaylara dayanmakta olduğunu, bu itibarla bazı genel kamusal çıkarları ilgilendirdiğini, *aktörün tanınmışlık düzeyinin onu kamu kişisi olarak nitelendirebilmek için yeteri kadar yüksek olduğunu*, ancak buna rağmen aktörün özel hayatının etkili bir şekilde korunması yönündeki meşru beklentisinin, kamunun önünde yakalanmış olması ve bir kısım mülakatlarda özel hayatının detaylarını sunmak suretiyle bir nevi kendi kendisini sahne önüne atmış olması nedeniyle, sınırlı olduğunu belirtmiştir. Başvuru şirketi, bilgiyi yayımlama konusundaki kamusal menfaat ile aktörün özel hayatına saygı hakkı arasında bir denge kurmadığını gösterir herhangi bir emare bulunmadığına işaret etmiştir. Makalelerin aktörün özel hayatının detaylarını içermediği, esas olarak yakalamanın şartları ve sonrasıyla ilgili olduğu ve olgusal temele dayandığı; makalelerde hakaret içerir bir ifadeye de yer verilmediği tespit edilmiştir. Başvuru şirkete verilen cezaların da aktörün özel hayatının korunması meşru amacıyla orantısız olduğuna hükmeden Mahkeme, Almanya'nın başvuru şirketin ifade özgürlüğünü ihlal ettiği sonucuna varmıştır.¹³

Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 2014/7941 Esas sayılı Kararı'nda; davacı, davalı haber sitesinde hakkında çıkan haber içeriklerinde kişilik haklarına saldırıda bulunduğu iddia ederek manevi tazminat ödetilmesi isteminde bulunmuş, ilk derece mahkemesince davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Yargıtay, söz konusu dava hakkında şu sonuca ulaşmıştır: “Davacının bir siyasi partinin genel başkan yardımcısı ve milletvekili olduğu, tatilini geçirmek için gittiği yazlık evinde kendisine ait olmayan erkek giysileri bulması üzerine evine izinsiz girildiği iddiasıyla Jandarmaya şikâyetinde bulunduğu, açılan savcılık soruşturması sonunda eve en son bir bayan yakınının girdiği anlaşılarak işleme son verildiği, söz konusu soruşturmanın basına yansıdığı; bu arada davacının mensubu olduğu siyasi partinin bazı milletvekilleri hakkında ortaya çıkan ses ve görüntü kasetleri nedeniyle istifaların olduğu bir zaman diliminde dava konusu haberin yazıldığı, davacının şikâyetinin konusu ve diğer milletvekillerini istifaya götüren ses ve görüntü kasetleri nedeniyle partiye yazık olduğu yorumlarında bulunduğu; *davacının tanınmış bir siyasetçi olması, konut dokunulmazlığının ihlal edildiğine yönelik adli bir şikâyetinin bulunması nedeniyle dava konusu haberde görünür gerçeklik, güncellik ve toplumsal ilgi bulunduğu, toplumun bilgi alma, basının da yayma hakkı kapsamında kaldığı*, yorumların kişisel değer yargısı niteliğinde olup davacının siyasi kimliği nedeniyle

13

[http://hudoc.echr.coe.int/tur/{"languageisocode":\["TUR"\],"appno":\["39954/08"\],"documentcollectionid":2":\["GRANDCHAMBER"\],"itemid":\["001-119076"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/tur/{); erişim tarihi, 20.02.2017

normal koşullardan daha ağır eleştiriye açık olması gerektiği değerlendirildiğinde yazıda öze biçim arasındaki dengenin de bozulmadığı sonucuna varıldığından davalının ifade özgürlüğüne sınırlama getirilmesini gerektirir nitelikte demokratik toplum yönünden bir gereklilik bulunmaması nedeniyle istemin tümünden reddine karar verilmesi için kararın bozulması gerekmiştir.”¹⁴

2- *Sıradan kişiler hakkında örnekler:* Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 2013/7425 Esas sayılı dosyasında; davacı, avukat olduğunu, Bodrum’a tatile gittiğini, davalı haber ajansının muhabiri tarafından sahilde bikinili fotoğraflarının çekildiğini, bu fotoğrafların diğer davalı gazetelerin internet sayfasında değişik başlıklar ile yayımlanan haberlerin ekinde kullanıldığını, izinsiz olarak çekilen ve rızası dışında yayımlanan fotoğraflar yüzünden özel yaşamının olumsuz etkilendiğini, özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini belirterek tazminat isteminde bulunmuştur. Yerel mahkemece, dava konusu haberde elinin arkasında fotoğraf makinesi gizleyen birtakım kişilerin plajda gezinmekte oldukları ve güneşlenen bayanları taciz ettiklerinin anlatıldığı, davacının doğrudan veya dolaylı olarak hedef alınmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir. Yargıtay, kişilik haklarının şahsa sıkı sıkıya bağlı, devredilemeyen ve vazgeçilemeyen haklar olup hayat, beden ve ruh tamlığı, düşünce ve çalışma özgürlüğü, şeref, haysiyet, ad ve resim üzerindeki haklar olarak sayılabileceğini, ki bunlar ile de sınırlı olmadığını, bir kimsenin resmi üzerindeki hakkının hem Medeni Hukuk yönünden hem de 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda getirilen özel düzenlemeler ile korunduğunu belirtmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, özel hayat kavramının kişinin adı ve kişinin resmi gibi kişisel kimliğe bağlı olan hâlleri de kapsadığına dair kabulüne değinilen kararda; basın özgürlüğü ile kişilik değerlerinin karşı karşıya geldiği durumlarda adil dengeyi sağlamadaki temel ölçütün kamu yararı olduğu vurgulanmıştır. Davaya konu edilen haberde, esasen fotoğraf karesinde yer alan erkek şahısların konu edildiği, ne var ki davacının da tanınır biçimde fotoğraf karesinde bulunduğu ve hatta fotoğrafa ilk bakıldığında daha ön planda algılandığına dikkat çekilmiştir. Fotoğrafların çekildiği alanın yalıtılmış bir alan olmamakla birlikte günlük yaşantı içinden rastgele bir kare de olmadığı, davacının gündelik yaşantısı içinde karşı karşıya gelebileceği insanların gözü önünde olmadığına inandığı bir ortamda bulunduğu ve davranışlarına da bu şekilde yön verdiği belirtilmiştir. *Davacının topluma mal olmuş bir insan olmadığı, bu nedenle bikinili fotoğraflarının yayımlanmasında toplumsal bir yarar veya ilgiden de söz edilemeyeceği*, fotoğrafların davacının özel hayatı ile ilgili olduğu sonucuna varılmıştır. Yargıtay mevcut davanın, fikirlerin değil şahıs hakkında kişisel görüntülerin yayımlanması ile ilgili olduğuna dikkat çekmiş ve bu şartlar altında ifade özgürlüğünün daha dar yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Fotoğrafların davacının bilgisi ve rızası dışında çekildiği, tanınır biçimde yayımlandığı da gözetildiğinde, davacının kişiliğinin bir parçası olan fotoğrafının rızası dışında davalılarca yayımlanması ile kişilik haklarının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.¹⁵

¹⁴ <http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet>; erişim tarihi: 22.02.2017.

¹⁵ <http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet>; erişim tarihi: 22.02.2017.

İncelenen kararlarda; ifade özgürlüğü ile özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı arasında adil dengenin kurulması amacıyla yapılan değerlendirmede, özel hayatının gizliliğin korunmasını talep eden kişilerin toplumsal statüsünün önemi ortaya konulmuştur. Kamusal figürler olarak da ifade edilebilecek olan kamuya mal olmuş sanatçılar, sporcular, siyasetçiler ile sıradan vatandaşların, ifade özgürlüğü ve özel hayatın gizliliği noktasında farklı korumadan yararlandığı görülmektedir. Kamu tarafından tanınmayan bir kişi özel hayat hakkına ilişkin daha geniş bir korumadan yararlanmayı talep edebilirken, kamu tarafından tanınan bireyler için her zaman aynı oranda koruma söz konusu olamayacaktır.

C- İlgili kişinin önceki davranışları

İlgili kişinin haber veya yazının yayımlanmasından önceki davranışları dikkate alınması gerekli unsurlar içindedir. Kişi, öncesinde rızasıyla özel hayatına ilişkin bir bilgi-fotoğrafi kamuya paylaşmış olabilir ancak bu durum tek başına somut olay için özel hayatın gizliliğinin korunması hakkından mahrum bırakılmasını gerektirmez. Ancak kişinin öncesinde özel hayatını gizli tutmaya yönelik davranışlarının bulunması somut olayda salt bu nedenle özel hayatın gizliliği hakkına üstünlük tanınmasını gerektirmeyecektir.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 2014/6719 Esas sayılı Karar'ında; davacının ses ve müzik sanatçısı olduğunu, 13/06/2011 tarihinde Kelebek Ödül Töreni gecesine iştirak ettiğini ve ünlü bir sanatçı ile yaşadığı diyalog üzerine kaleme alınan köşe yazısında, toplumu aydınlatma amacının dışına çıkılarak kendisine hakaret edildiğini iddia ettiği; yerel mahkemece, dava konusu edilen köşe yazısı içeriğinde davalının davacı için “kendini bilmez şarkıcı bozuntusu, üzerine yürümek için kendimi zor tuttum, kendine sanatçı diyenin başına da güvenlik konulmaz ki” şeklinde, davacının kişilik haklarını ihlal eder nitelikte ifadeler kullandığı gerekçesi ile davacının tazminat istemi kısmen kabul edilmiştir. Yargıtay, *davacının, dava konusu yayından üç gün önce ... TV’de yayımlanan Altın Kelebek Ödül Gecesi programında; dava dışı bir sanatçıya ödülünün verildiği sırada program akışı içinde olmamasına karşın sahneye çıkarak mikrofonu eline aldığını ve sahnede ödülünü almak isteyen sanatçıya neden okul yaptırmadın diye sorup sonra da kendisine göre okul yaptırmasına hiç gerek olmadığını açıkladığını, ardından da en çok düet yapmak istediği sanatçı olduğunu ve kendisinin onun yanında olduğunu söyleyerek sahneden indiğini, esasen bu soruyu önceki sene aynı ödül töreninden sonra sahnedeki sanatçıya yönelten bir başka sanatçıyı yerme maksadı ile yönelttiğinin anlaşıldığını* belirtmiştir. Davalının, gazeteci kimliği ile anılan programı izlediğini ve köşe yazısında davacının anılan hareketini kişisel değer yargısını da katarak eleştirdiğini vurgulamıştır. Köşe yazısında anlatılan olayların gerçek ve güncel olduğu, davacının toplumda tanınmış bir kişi olması nedeniyle kendisi ile ilgili haberlerin toplumun ilgisini çektiği ve kendisine yönelik sert ve ağır da olsa eleştirilere katlanması gerektiği kanaatine varmıştır. Davacının sanatçı kimliği ile katıldığı bir programda, program akışını bozan eylemleri nedeni ile dava konusu köşe yazısının yazıldığı belirtilerek istemin reddedilmesi gerektiği ifade edilmiştir.¹⁶

¹⁶ <http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet>; erişim tarihi, 24.02.2017

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun önüne gelen ve 2013/4-2150 Esas numarası ile kayıtlı dosyada; davacı, tatil yaptığı bayan arkadaşı ile birlikte plajda iken çekilmiş fotoğraflarının davalı gazetede yayımlandığını, özel yaşamına ilişkin fotoğrafları yayımlamak suretiyle kişilik haklarının ihlal edildiğini ileri sürerek tazminat isteminde bulunmuştur. Yerel mahkemece, davacının Türk asıllı ünlü bir futbolcunun babası olmasının özel yaşantısının haber konusu edilmesine hak vermeyeceği gerekçesi ile istemin kısmen kabulüne karar verilmiştir. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, öncelikle davacının yurt dışındaki büyük bir spor kulübünde futbol oynayan ünlü bir futbolcunun babası olduğu, zaman zaman da oğlunun transferleri ile ilgili açıklamalarda bulunduğu ve menajeri gibi davrandığı, bu nedenle kamu nezdinde tanındığı şeklinde tespitlerde bulunmuştur. Bu bağlamda; *davacının kamuya açık alanda, magazin basınının ve magazin izleyicilerinin ilgisini çeken birçok ünlünün tatil yaptığı yörede, kendi iradesi ile oluşturduğu ortamın basına taşınmasının sonuçlarına katlanması gerektiği* vurgulanmıştır. Davalının, internet sitesinde yayımlanan haberlerin ve fotoğrafların haber verme, eleştirme ve kamuyu bilgilendirme hakkına binaen hazırlanmış, görünen gerçekliğe uygun, güncel bir haber olduğu; haberin yayımlanmasında toplumsal ilgi bulunduğu; çatışan yararlar dengesinin davacı yararına bozulmadığı, davalı yönünden hukuka uygunluk nedenlerinin bulunduğu ve böylece davacının kişilik haklarının saldırıya uğramadığı benimsenmiştir. Yargıtay ilgili dairesince bu gerekçeler ile istemin reddedilmesi gerektiği belirtilerek karar bozulmuş, yerel mahkemece önceki kararda direnilmesi üzerine dosya Hukuk Genel Kurulunun önüne gelmiştir. Hukuk Genel Kurulu 29/04/2015 tarihli kararında öncelikle AİHS'nin özel ve aile hayatına saygı hakkı başlıklı 8. maddesini değerlendirmiş ve kişinin sevgilisi ile birlikte tatil mekânında çekilmiş fotoğraflarının özel hayat niteliğinde bulunduğunu belirtmiştir. Kararda; *“Davalı gazetenin magazin bölümünde davacının tek olarak deniz kenarında objektife kendi rızası ile verdiği poz sonrasında, sevgilisi olduğu iddia edilen bayan ile deniz içinde yakından çekilmiş altı adet ve yine aynı ortamda deniz dışında çekilmiş bir adet mayolu fotoğrafı yayımlanmış ve ‘Genç Sevgilisiyle Yakalandı’ başlığı kullanılmıştır. Fotoğrafların özel bir sistem ile uzaktan çekilmediği, davacının ve sevgilisinin bulunduğu mekân içinden çekildiği, mekânsal bir yalıtımın bulunmadığı, fotoğraflara müdahale edilmediği anlaşılmaktadır. Ayrıca haberin gerçek olmadığı, tarafların sevgili olmadıkları şeklinde davacının bir iddiası da bulunmamaktadır. Diğer yandan davacı taraf, fotoğrafın uzaktan ve mekânsal olarak yalıtılmış bir bölgede çekildiğini veya fotoğrafın fotoğrafçıların sürekli takibinin ve tacizin ürünü olması gibi bir hâlin bulunduğunu iddia etmemiş, aksine davacının bir pozu da davalı gazete muhabirine kendi rızası ile verdiği anlaşılmaktadır. (...) Davacı, spor dünyasının yakından takip ettiği bir isimdir. Bu nedenle hedef alınan kişinin normal bireylerden ayrı düşülmesi zorunludur. Spor dünyasının yakından tanıdığı bir kişi de olsa, sevgilisi ile birlikte deniz kenarında çekilmiş fotoğrafının kamunun bilgisine sunulmasında korunması gereken bir basın özgürlüğü bulunmadığı söylenebilir. Ancak, mekânsal olarak yalıtılmış bir bölgede sürekli takibin ve tacizin ürünü niteliğinde olmayan, kamuya açık bir ortamda, hileli yollarla elde edilmeyen davacı ile sevgilisinin birlikte çekilmiş fotoğraflarının yayımlanmasında basın özgürlüğü korunmalıdır. Bu nedenle özel hayata saldırının varlığından söz edilemeyecektir.”*¹⁷ gerekçelerine de yer verilmiştir.

¹⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 29.04.2015 tarihli, 2013/4-2150 Esas, 2015/1298 Kararı, Uyap Doküman Sistemi, erişim tarihi: 24.02.2017.

İncelenen kararlarda, habere veya yazıya konu edilen ilgili kişinin, haber yahut yazının yayımlanmasından önceki davranışlarının adil denge analizinde dikkate alınacak unsurlardan olduğu vurgulanmıştır. Ancak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 16/04/2009 tarihli 34438/04 başvuru numaralı Egeland ve Handseid / Norveç Kararı'nda da vurgulandığı üzere; kişinin basın ile daha önceden temas hâlinde olmasının, basınla iş birliği yapmasının, basından faydalanmış olmasının tek başına, ilgili kişiyi her türlü korumadan mahrum bırakacak nitelikte olmadığını da belirtmek gerekir.¹⁸

D- Bilgi edinme ve doğrulama yöntemleri

Bireyin özel hayatının gizliliği hakkını ihlal ettiği öne sürülen ifadenin habersizce, rıza dışında, hileli yollarla elde edilip edilmediği, normal koşullarda elde edilmiş olsa bile yayımlanmasına izin verilip verilmediği, küçük bir araştırma ile gerçeğe uygun olmadığı saptanabilecek nitelikte olup olmadığı da değerlendirilmesi gereken bir unsurdur.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesince incelenen 2013/15383 Esas sayılı dosyada; davacı, Türkiye'nin üç büyük spor kulübünden birinin başkanı olduğunu, haberlerin yayımlandığı tarihlerde evli olduğunu, yayımlanan haberler nedeniyle özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini belirterek tazminat isteminde bulunmuştur. Yerel mahkemece, davacının Bodrum açıklarında yatta tatil yaparken rızası dışında görüntülediği, davacının evli ve iki çocuk babası olduğu, eşi dışında bir bayanla tatil yaptığının bilinmesinde bir kamu yararı olmadığı, konusu suç olan bir eylemin sonucu veya bir nüfuz suistimali olmadıkça böyle bir haberin yapılmasının kamu için gereksiz bir bilgi, tarafların yakınları ve kendileri için de ek bir üzüntü kaynağı olacağı gerekçeleri ile tazminata hükmedilmiştir. Dosya kapsamından, *davacının özel yatında ve denizin açıklarında olduğu, göz önünde olmaktan kaçındığı, kamuya açık bir alanda bulunmadığı, haberde kullanılan fotoğrafların magazin basını tarafından davacı takip edilerek gizlice ve nitelikli fotoğraf makineleri ile çekildiği, davacının fotoğrafların çekilmesine rızasının olmadığı* anlaşılmaktadır. Yargıtay, yapılan haber ile davacının özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğine dair yerel mahkemenin kabulünü yerinde bulmuş ancak davacı yararına hüküm altına alınan manevi tazminat miktarının orantısız olduğuna hükmetmiştir.¹⁹

Özel hayatın gizliliğini ihlal ettiği öne sürülen ifadelerin ve bu ifadeler eşliğinde kullanılan fotoğrafların ele geçirilme şeklinin, bilgi ve fotoğrafların hileli yollarla elde edilip edilmediğinin, fotoğrafların içinde çekildikleri çevrenin, çekime ve çekimden sonra yayımlanmaya ilgilinin rızası bulunup bulunmadığının bir bütün hâlinde değerlendirilmesi gerektiğinde kuşku bulunmamaktadır.

¹⁸ [http://hudoc.echr.coe.int/tur/{"itemid":\["001-92246"\]}"; erişim tarihi: 24.02.2017.](http://hudoc.echr.coe.int/tur/{)

¹⁹ <http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet>; erişim tarihi: 24.02.2017.

E- Bilginin ifade ediliş şekli, içeriği ve sonuçları

Haberin, röportajın, fotoğrafın, köşe yazısı, basın açıklaması veya makalenin hiçbir yorum katılmadan mı yoksa yorumlarla birlikte yönlendirilmiş olarak mı yayımlandığı, kişinin nasıl sunulduğu, hedef gösterilip gösterilmediği, nefret veya şiddete maruz kalınabilecek sonuçları ihtiva edip etmediği de değerlendirilmelidir. Ayrıca ifadenin ulaştığı kitlenin büyüklüğü de önem taşıyabilir.

Anayasa Mahkemesi tarafından incelenen 2013/1997 başvuru numaralı olayda; başvuru, bir gazeteci olan davalının, internet sitesinde yayımlanan bir köşe yazısı ve iki televizyon programında kendisi hakkında kullandığı sözlerin tahkir içerdiği hâlde başvurduğu hukuk yollarından sonuç alamadığını, tarafı olduğu bir ceza yargılamasında henüz nihai karar verilmemiş iken mahkûm olduğu izlenimi yaratmak suretiyle masumiyet karinesini çiğnediğini belirterek kişilik haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi, öncelikle başvurunun Türkiye'nin bilinen iş adamlarından biri olduğunu, ayrıca ülkenin önde gelen spor kulüplerinden birinde de yöneticilik yaptığını, bu nedenle kamu nezdinde iyi bilinen bir kişi olduğunu belirlemiştir. Kararda; “(...) Mevcut davada, başvurunun Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında koruma altına alınan kişisel itibarın korunmasını isteme hakkı ile ulusal günlük gazetenin Anayasa'nın 28. maddesinde güvence altına alınan basın özgürlüğü ve bu özgürlükle bağlantılı olarak Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğü arasında bir denge kurulması gerekmektedir. (...) Sosyal görevini yerine getirebilmesi için basının özgür olması kadar sorumluluk bilinci ile hareket etmesi de şarttır. Basın özgürlüğünde belli ölçüde abartıya ve hatta tahrik yoluna başvurmak mümkün olsa da (Prager ve Oberschlick / Avusturya, B. No. 15974/90, 26/04/1995, § 38) bu özgürlük aynı zamanda ilgililerin meslek ahlakına saygı göstererek doğru ve güvenilir bilgi verecek şekilde ve iyi niyetli olarak hareket etmelerini de zorunlu kılmaktadır (Bladet Tromsø ve Stensaas / Norveç [BD], B. No. 21980/93, 10/05/1999, § 65; bk. B. No. 2013/5574, 30/06/2014, § 60). Hakikaten kötü niyetli olarak gerçeğin çarpıtılması bazen kabul edilebilir eleştiri sınırlarını aşabilir. Gerçeğe uygun bir beyana, kamu nezdinde yanlış bir imaj oluşturabilecek vurgular, değer yargıları, varsayımlar hatta imalar eşlik edebilmektedir. Dolayısıyla haber verme görevi, zorunlu olarak ödev ve sorumluluklar ve basın kuruluşlarının kendiliğinden uymaları gereken sınırlar içermektedir. Bu durum özellikle basında yer alan söylemlerde isimleri zikredilen kişilerin ciddi şekilde itham edilmeleri hâllerinde geçerlidir (bk. İlhan Cihaner, § 61; AİHM kararı için bk. Mater / Türkiye, B. No. 54997/08, 16/07/2013, § 54-55).

Somut olayda ilk derece mahkemesi, davalının basın özgürlüğü ve bu bağlamda ifade özgürlüğü ile başvurunun şeref ve itibarının korunması hakları arasında bir denge kurma işlemi yapmıştır. İlk derece mahkemesi, söz konusu haber ve yazının, genel çıkarı ilgilendiren bir tartışmaya katkı sunup sunmadığı sorusuna özel bir önem vermiş, ayrıca haberin yapıldığı şartlar üzerine de eğilmiştir. İlk derece mahkemesi davaya konu yazıda ve televizyon programlarında geçen olayların gerçekliği meselesine eğilmiş ve *yayınların yapıldığı tarihte meydana gelen olaylarla yayınların içeriği arasındaki öz-biçim ilişkisinin bozulmadığına ve başvuruya konu sözlerde bahsi geçen olayların 'görünür gerçekliğe uygun' olduğuna karar vermiştir. (...)* şeklindeki

gerekçelere yer verilmiş ve başvurunun haklarının ihlal edilmediği sonucuna ulaşılmıştır.²⁰

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 21830/09 başvuru numarasıyla kayıtlı Haldimann ve diğerleri / İsviçre Davası'nda; dördü de gazeteci olan başvuruçular, 2003 yılında bir sigortacıyla müşteri gibi görüşmüşler, görüşme, sigortacının bilgisi dışında kaydedilmiş ve bu durum daha sonradan sigortacıya söylendiği hâlde sigortacı kaydın içeriğiyle ilgili görüş bildirmeyi reddetmiş, *sigortacının yüzünün gizlendiği ve sesinin değiştirildiği görüşme kaydından alınan bazı kısımlar*, hayat sigortası ürünlerinin satışı alanındaki uygulamalara ilişkin bir televizyon belgeseli kapsamında yayımlanmıştır. Kararda belirtildiği üzere; hazırlanan belgeselin konusu, yani özel sigorta şirketlerinin tavsiyelerinin düşük kalitede oluşu ve dolayısıyla tüketicilerin haklarının yeterince korunamaması hususu, kamu açısından oldukça önemli olan bir tartışmayla ilgilidir. Açıkça anlaşıldığı gibi, bilgisi dışında kameraya kaydedilen sigortacı bir halk figürü değildir. Kendisi, kameraya kaydedilmeye rıza göstermemiştir. Bu nedenle, görüşmenin gizli olduğuna makul surette inanmış olabilir. Ancak, söz konusu belgeselde kişisel olarak sigortacıya odaklanılmamış, belirli bir meslek grubundaki bazı ticari uygulamaların üzerinde durulmuştur. Ayrıca, görüşme, sigortacının ofisinde veya çalıştığı herhangi bir iş yerinde gerçekleştirilmemiştir. Sonuç itibarıyla, *sigortacının özel hayatına yapılan müdahale, belgeselde kişisel olarak ve sadece ona odaklanılması hâlinde söz konusu olacak olan müdahaleden daha hafif nitelik taşımaktadır*. İç hukukta, açıkça tanımlanmış belirli koşullarda izin verilen gizli kameraların kullanımıyla ilgili mutlak bir yasak bulunmamaktadır. Sigortacı, başvuranlar tarafından kandırıldığı şeklinde meşru bir iddiada bulunabilmekle birlikte, başvuranlar, mesleki ahlak ilkelerine kasıtlı olarak aykırı davranmakla suçlanamazlar. Başvuranlar, İsviçre Basın Konseyi tarafından belirlenen, gizli kameraların kullanımını kısıtlayan gazetecilik kurallarını göz ardı etmemişler, aslında, belgesellerinin bu tür kameraların kullanımına izin verilebilecek nitelikte bir amacının bulunduğunu belirtmişlerdir. İsviçre mahkemeleri, bu hususta görüş birliğine varamamışlardır. Sonuç olarak, başvuranların, bilgi edinme yöntemleri bakımından, somut davada uygulanabilecek ahlak ilkelerine uygun hareket etmeyi istedikleri konusunda doğru söylediklerinin varsayılması gerektiğini belirtmiştir. Olayların sunulduğu hâliyle doğruluğu hiçbir zaman tartışma konusu olmamıştır. Kayda sınırlı sayıda kişinin erişim sağladığı dikkate alındığında, söz konusu kayıt, sigortacının menfaatlerinin sadece sınırlı bir şekilde ihlaline neden olmuştur. Bu davada belirleyici husus, sigortacının yüzünün sadece saç ve ten rengi görünecek şekilde gizlenmiş ve sesinin de değiştirilmiş olmasıdır. Aynı şekilde, *sigortacının kıyafetleri görünmekle birlikte, belirgin özellikleri görünmemektedir ve görüşme, sigortacının iş yerinde gerçekleştirilmemiştir*. Mahkeme, bu nedenle, sigortacının özel hayatına yönelik müdahalenin, sigorta aracılığı alanında yapıldığı ileri sürülen yanlış uygulamalar hakkında bilgi alınmasında söz konusu olan kamu menfaatinden daha ağır basacak kadar ağır nitelik taşımadığı kanaatine varmıştır. Mahkeme, başvuranların söz konusu belgeseli yayımlamalarına engel olunmamasına ve para cezalarının nispeten hafif nitelikte olmasına rağmen, ceza verilmesi durumunun, eleştirilerin dile getirilmesi

²⁰ <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/da63e950-0663-4441-ba2a-c3b5e62474f2?wordsOnly=False>, erişim tarihi: 25.02.2017.

konusunda medya üzerinde caydırıcı etki yaratacağı ve ihlal bulunduğu kanaatine varmıştır.²¹

İncelenen kararlarda özel hayatın gizliliğini ihlal ettiği öne sürülen ifadelerin sunulduğu sırasında yorum ve yönlendirmede bulunulup bulunulmadığı, kamusal amaca hizmet eden ifadenin özel hayatın gizliliğini ihlal edebilecek bölümü yönünden önleyici tedbir alınıp alınmadığı (görüntünün mozaiklenmesi, sesin değiştirilmesi vs.) gibi konuların değerlendirilmesi gerektiğine vurgu yapıldığı anlaşılmaktadır.

Sonuç

Çatışan haklar arasında adil denge kurulması, karmaşık bir konu olup somut olayın özellikleri son derece önem arz etmektedir. Asıl olarak haklar eşit derecede korunmayı hak etmektedir. Karşı karşıya geldikleri durumlarda o an için ve o olayda hangisine üstünlük tanınacağı konusunda içtihatlarla ortaya konulan kriterlerin uygulanması ve varılan sonuca ilişkin gerekçenin ikna edici derecede açıklanmış olması gereklidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme kapsamında korunan haklar ile ilgili yaptığı incelemede ilgili ve yeterli gerekçe olup olmadığını da denetlemektedir. Haklar arasında denge kurmanın ulusal makamlar tarafından, Mahkemenin belirlediği kriterler dikkate alınarak yapılması hâlinde, Mahkemenin, kendi görüşünü ulusal mahkemelerin görüşüyle değiştirmesi için ciddi gerekçeler bulunması gerekmektedir.²²

Adil denge kurulması yolunda uygulanacak kriterlerin belirgin hâle getirilmiş olmasıyla ulusal mahkemeler ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi arasında içtihat uyumu sağlanmasına hizmet edilmiş olunmaktadır. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince haklar arasında kurulan dengelerin durağan olmadığı unutulmamalıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kararlarında, hakların tanımını yapmaktan özellikle kaçınmakta olup haklara getirilen sınırlamaları giderek dar yorumlama eğilimindedir. Bunun nedeni ise insan haklarının belirli bir toplumsal ve hukuksal çerçeve içinde var olmasıdır. Toplumsal, siyasal, ekonomik, teknolojik nedenlerle bu çerçeve değişikçe insan haklarının sınırının da değiştiği unutulmamalıdır.

21

[http://hudoc.echr.coe.int/tur#{\"display\": \"0\", \"languageisocode\": \"TUR\", \"appno\": \"21830/09\", \"documentcollectionid2\": \"CHAMBER\", \"itemid\": \"001-168691\"}](http://hudoc.echr.coe.int/tur#{\) erişim tarihi: 26.02.2017.

²² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 13.10.2015 tarihli, Bremner / Türkiye Kararı, Başvuru No. 37428/06.

Kaynakça

Kitap ve Makaleler

Doğru, Osman., Nalbant, Atilla. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Arabuluculuk ve Önemli Kararlar, 1-2 . Ciltler*. Pozitif Matbaa: Ankara. 2013.

Erdoğan, Mustafa. *Dersimiz Özgürlük*. Pınar Yayını: İstanbul. 2001.

Harris., O'Boyle., Warbrick. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*. Şen Matbaa: Ankara. 2013.

İnceoğlu, Sibel (editör). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa - Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*. Şen Matbaa: Ankara. 2013.

Kaboğlu, İbrahim Özden. *Özgürlükler Hukuku*. 6. Baskı. İmge Kibabevi: Ankara. 2002.

Macovei, Monica. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları, No. 2*. Şen Matbaa: Ankara. 2001.

Roagna, Ivana. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması - Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları*. Çeviren: Ayşe Gül Alkış Schaling. Pozitif Matbaa: Ankara. 2012.

Şen, Ersan. *Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması*. Kazancı Yayınları: İstanbul. 1996.

Tezcan, Durmuş. "Bilgisayar Karşısında Özel Hayatın Korunması".
http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg8/dtezcan.pdf

Türmen, Rıza. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlamaları*. *Yargıtay Dergisi*, C. 28, Ocak-Nisan 2002.

Özbey, Özcan. *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı*. Adalet Yayınevi: Ankara. 2012.

Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi Avrupa Birliği - Avrupa Konseyi Ortak Projesi kapsamında basılan *İfade Özgürlüğü ile İlgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Kaynakçası*. Yorum Matbaacılık: Ankara. 2016.

T.C. Anayasa Mahkemesinin İfade Özgürlüğü Konusunda Verdiği Kararların Özeti. Matbam Ajans: Ankara. 2016.

İfade Özgürlüğü ile İlgili Türk Yüksek Mahkeme Kararları Kaynakçası Kitapları.
Yorum Matbaacılık: Ankara. 2016.

*İfade Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Nicolas Bratza'ya
İthafen Kaleme Alınmış Makaleler.* Matbam: Ankara. 2012.

İnternet Kaynakları

Anayasa Mahkemesi internet sitesi için bk. www.anayasa.gov.tr

Yargıtay internet sitesi için bk. www.yargitay.gov.tr

Adalet Bakanlığı internet sitesi için bk. www.adalet.gov.tr

Türkiye Adalet Akademisi internet sitesi için bk. www.taa.gov.tr

**AİHS ve AİHM Perspektifinde Anayasa’nın 90/Son Hükmü ile
Terörle Mücadele Yasasındaki Terör Propagandasının Tartışılması
ve Yargıtayın Yaklaşımı ile Karar Değerlendirmesi**

Vahit Baltacı

Hâkim

Özet

Demokratik toplumun temeli ifade özgürlüğüdür. Demokrasilerde hem toplum ilerleyebilir hem de birey kendisini geliştirebilir. Demokratik rejimler hoşgörünün, açık fikirliliğin ve çoğulculuğun esas alındığı sistemlerdir. Bunların sağlanabilmesinin ön koşulu da herkesin kamu müdahalesi olmaksızın kanaat özgürlüğünün, haber ve görüş alma ve verme özgürlüğünün temin edilmesidir. İfade özgürlüğü, uluslararası temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmeler, Anayasa ve ulusal yasalar gibi metinlerle koruma altına alınmıştır. Metinler bir bakıma niyetlerdir. Mutlak bir hak olmaması nedeniyle sınırlamalara tabi tutulan ifade özgürlüğünün asıl korumasını yapacak olanlar uygulayıcılardır. Hukukumuzda hâkimlere verilen bu rolü yerine getirmeleri için Anayasa'nın 90/son maddesi etkili bir silahtır.

Anahtar kelimeler: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ifade özgürlüğü, ifade, Anayasa.

Abstract

The basis of democratic society is the freedom of expression. In democracies, a society can progress and an individual can improve himself as well. Democratic regimes are the systems based on tolerance, open-mindedness and pluralism. The prerequisite to realise them is providing freedom of opinion, information and communication, freedom of receiving and giving an opinion without any social intervention for everyone. Freedom of expression is protected by international agreements regarding fundamental rights and freedom as well as the Constitutional Law and national laws. These documents are the intentions, in a sense. The main protectors of freedom of expression, which is subject to restrictions since it is not an absolute right, would be the practitioners. According to our legal system, Article 90 / the last article of the Constitution is an effective weapon given to the judges that bears the relevant role.

Keywords: European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, Freedom of Speech, expression, Constitution.

A- İfade Özgürlüğü

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi¹ “Avrupa düzeninin anayasası”dır.² Sözleşme’nin 10. maddesi, ifade özgürlüğünü güvence altına almaktadır.

Madde 10: İfade özgürlüğü

“1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetmeksizin 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.”

Türkiye Cumhuriyeti 1982 Anayasası’nda da benzer bir düzenlemeyle ifade özgürlüğü teminat altına alınmıştır.

“DÜŞÜNCE VE KANAAT HÜRRİYETİ

Madde 25- Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir.

Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz.

DÜŞÜNCEYİ AÇIKLAMA VE YAYMA HÜRRİYETİ

Madde 26- Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak veya vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.”

Hem toplumun ilerlemesi hem de bireyin kendini geliştirebilmesi sadece demokratik rejimlere has bir durumdur. Demokratik toplumun temeli de ifade özgürlüğüdür. Mahkeme, Hadyside Kararı’nda da belirttiği bu yaklaşımını sonraki birçok kararında tekrarlamıştır.³

Eğer demokratik bir siyasi süreç ve her bireyin gelişmesi isteniyorsa ifade özgürlüğünün korunması hayati bir önem taşır.⁴

Mahkemenin Hadyside Kararı’nda klasikleşen ifadesine göre:

¹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi için “Sözleşme”, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi için de “Mahkeme” tabiri kullanılacaktır.

² Selçuk, Sami. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Uygulaması*. s. 400.

³ Lingens / Avusturya 1986; Şener / Türkiye, 2000; Thoma / Lüksemburg, 2001; Manonek / Slovakya, 2001; Dichand ve diğerleri / Avusturya, 2002 vb.

⁴ Monica, Macovei. *İfade Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 10. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*. s. 8.

“İfade özgürlüğü 10. maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen ‘haber’ ve ‘düşünceler’ için değil aynı zamanda devletin veya toplumun bir bölümünün aleyhine 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.”

Mahkeme demokratik toplumdan bahsedebilmek için üç unsurun gerekli olduğunu söylemektedir:

- Çoğulculuk
- Hoşgörü
- Açık fikirlilik

Sözleşme’nin 10. maddesi, ifade özgürlüğünün aşağıdaki unsurlarını teminat altına alır:

- Görüş sahibi olma özgürlüğü
- Bilgi ve görüşleri açıklama özgürlüğü
- Bilgi ve görüşlere ulaşma özgürlüğü

Korunacak ifadeler; sözlü, yazılı, görsel, reklam amaçlı ve sanatsal olabilir. Yayın (radyo, TV vb.), gazete, kitap, broşür, sembolik davranış ve simgelerin kullanılışı da ifade şekilleri olarak değerlendirilmiştir. Sözleşme’nin 10. maddesi yalnızca ifadenin içeriğine değil, biçimine yönelik koruma da sağlamaktadır. Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi de Ali Karatay, Emin Aydın ve diğer birçok kararında Anayasa’nın 26. maddesine atıfla düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanımında başvurulacak araçları “söz, yazı, resim veya başkaca yollar” olarak ifade etmiş ve “başkaca yollar” ifadesiyle her türlü ifade aracının Anayasal koruma altında olduğunu altı çizilmiştir.

B- İfade Özgürlüğünün Sınırları

İfade özgürlüğü mutlak bir hak değildir. Nispi bir hak olarak sorumluluklar ve ödevler de içermektedir. Sözleşme’nin 10/2 maddesi bu özgürlüğü kullanırken getirilebilecek sınırlamaları düzenlemektedir:

Madde 10/2:

“Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması; yasa ile 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 belgelerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin etki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.”

Benzer sınırlamalar, Anayasa’nın 26. maddesinin 2. fıkrasında da mevcuttur:

Anayasa madde 26/2:

“Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyet’in temel nitelikleri ve Devlet’in ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.”

Hem Sözleşme’nin 10/2 hem de Anayasa’nın 26/2. fıkrasında öngörülen olası kısıtlamalar dar yorumlanmalıdır.

Mahkemenin bu maddeye ilişkin görevi, ulusal makamlarca alınan tedbirin ifade özgürlüğü hakkının kullanımı üzerindeki kısıtlayıcı etkisine bakmaktır. Mahkeme bir olayda müdahalenin olup olmadığı, varsa bu müdahalenin bir “toplumsal ihtiyaç baskısına karşılık” gelip gelmediği ve müdahalenin belirtilen meşru amaçla orantılı olup olmadığına karar vermelidir.

C- Kötüye Kullanma Yasağı

Her türlü düşünce ve düşünce açıklaması, ilke bazında kural olarak koruma altındadır. Mahkeme, AIHS 17. maddesine dayanarak -giyotin hüküm olarak da bilinmektedir- ifade özgürlüğünün Sözleşme tarafından tanınan hak ve özgürlüklerin ortadan kaldırılması ile sonuçlanacak tarzda kullanılamayacağını ifade etmiştir.⁵

Mahkeme bu tür kararlarında hoşgörü paradoksu teorisini uygulamaktadır: Mutlak bir hoşgörü, hoşgörüsüzlüğü güçlendirecek fikirlere hoşgörü ile yaklaşılması hâlinde, bunların hoşgörüyü ortadan kaldırmasıyla sonuçlanabilir.⁶

İrkçılık, tarihî gerçekleri inkâr, nefret söylemi, dinsel kin ve nefreti içeren söylemler, Mahkemenin 17. madde kapsamında sık sık başvurunun kabul edilemez olduğunu belirttiği konulardır. Bunlar için Mahkemenin kırmızı çizgisidir denebilir.

⁵ Kuhnen-Almanya, Komisyon Raporu-12 Mayıs 1988; D.1.-Almanya, Komisyon Raporu, 26 Haziran 1996.

⁶ Monica, Macovei. *İfade Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 10. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, s. 9.

Mahkeme ilk kez, 1 Temmuz 1961 tarihli Lavless (No. 3) / İrlanda Kararı'nda "(...) maddenin kişiler ve gruplar açısından amacı, Sözleşme'de ifade edilen herhangi bir hakkın yine Sözleşme'de belirlenmiş olan hak ve özgürlüklerden herhangi birini yok etmek amacıyla kullanılmasını olanaksız kılmak olup hiç kimse Sözleşme'nin hükümlerinden güç alarak bu hak ve özgürlükleri yok etmeye yönelik edimlerde bulunamaz" hükmüne varmıştır.⁷

D- Şiddet Çağrısı ve Terör Propagandası

1- TERÖR

"Terör" kelimesi, Latince'den gelmektedir. Kökünü Latince *terrere* sözcüğünden alır. Terör, Fransızca *terreur* kelimesinden; terörizm de yine *terrorisme* kelimesinden dilimize geçmiştir.

Terör kelimesi, ilk defa Fransız Devrimi'nden sonra bugünkü anlamıyla kullanılmış ve yazılı metinde de 1789 yılında yayımlanan *Dictionnaire de l'Académie Française* ekinde geçmiştir. Hatta Devrim sonrası dönem tarihçilerince de terör rejimi veya terör dönemi olarak isimlendirilmiştir.

Terörün kelime anlamı; "korkudan titreme, sarsıntı geçirme veya titremeye, sarsıntıya sebep olma"dır. Fransızca *Petit Robert* sözlüğünde "bir toplumda, bir gurubun halkın direnişini kırmak için meydana getirdiği ortak korku" anlamında yer almıştır. Türk Dil Kurumu sözlüğünde ise terör, "yıldırma, cana kıyma ve malı yakıp yıkma, korkutma, tedhiş" olarak tanımlanmıştır. Tedhiş, Arapça bir kelime olup terörle aynı anlama gelmektedir. Kelimenin Türkçe karşılığı "yıldırma"dır.

Gerek kanunumuzda gerekse terörle mücadeleyi konu edinen uluslararası sözleşmelerde terörün net bir tanımı yapılmamıştır. Bunun yerine terör eylemi olarak nitelendirilebilecek eylemler sayılmıştır. Uluslararası toplum, terör tanımında anlaşamamıştır. Birisi için terörist olan diğeri için özgürlük savaşçısı olarak kabul edilmiştir. Bunun sonucu olarak da tanım yerine spesifik terör eylemi tek tek sayılarak onları yasaklayan ve mücadele eden antlaşmalar yapılmıştır. Türkiye'nin taraf olduğu 27 Ocak 1997 tarihli "Terörizmin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi" buna örnektir.⁸

Hukukumuzda terör kavramı, 3713 sayılı Terörle Mücadele Yasası'nda birinci maddenin başlığı olarak yer almış ancak tanım yapılmamış, nelerin terör eylemi olduğu sayılmıştır.

⁷ İfade Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Nicolas Bratza'ya İthafen Kaleme Alınmış Makaleler, s. 262.

⁸ Vahit, Baltacı. *Yeni TCK ve CMK'da Terör Suçları ve Yargılaması*. s. 15.

2- TERÖRİZM

“Terörizm” kelimesini, Türk Dil Kurumu sözlüğü “siyasi bir amaca ulaşmak için yıldırma hareketlerini düzenli bir biçimde kullanma, tedhişçilik” olarak tanımlamıştır. Amaca ulaşmak için terör kullanılmaktadır. Bu bir strateji olarak ortaya çıkmaktadır.

Terörizm bir ideoloji, bir doktrin değil stratejidir. Terörizmde hedeflenen amaca ulaşmak için örgütlü bir şiddetin uygulanması söz konusudur.

Terör salt tedhişi, korkuyu ifade ederken terörizm teröre süreklilik, çeşitlilikle beraber siyasal içerik katmaktadır.⁹

3- PROPAGANDA NEDİR?

Propaganda İtalyanca kökenli bir sözcüktür. Kelimenin kökeni, bahçıvanın bitki filizlerini yeni bitkiler üretmek için toprağa dikmesi anlamına gelen *propagere* kelimesine dayanır. Türk Dil Kurumu sözlüğünde “bir öğreti, düşünce veya inancı başkalarına tanıtmak, benimsetmek, yaymak amacıyla söz, yazı ve benzeri yollarla gerçekleştirilen çalışma” olarak tanımlanmıştır. Kökenine baktığımızda çoğaltılmak istenen bitki filizlerinin yerini düşünce ve davranışların aldığını söyleyebiliriz.

Yargıtay da kelimeyi, “Propaganda, muayyen bir görüşün toplum içinde yayılmasını, fikir ve kanaatlerin kökleşmesini sağlamak için bu amacın gerçekleşmesine yönelik olarak her türlü maddi ve manevi araca başvurarak telkin, teşvik ve etkide bulunmaktır. Muhatapların fikirlerini değiştirip kendi saflarında yer almalarını sağlayıcı fiilî ve etkili eylemler propagandayı oluşturur.” şeklinde tanımlamıştır (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 22.05.1995 gün ve 9-123 Esas, 153 Karar).

Anayasa Mahkemesi de propagandayı, 1991/118 Esas, 1992/20 Karar sayılı Karar’ında “belli bir amacı gerçekleştirmek ve yandaş kazanmak için düşüncelerin birden çok kişilerin bilgilerine ulaştırılmasını öngören bir etkileme yöntemi” olarak tanımlamıştır.

Tüm tanımlarda ortak taraf, propagandanın bir düşünceyi yayma, benimsetme ve bu yolla o düşünceye taraftar toplama amacını taşıyan düşünce açıklaması olduğudur.

4- MAHKEMENİN YAKLAŞIMI

Terör propagandası kavramı söz konusu olduğunda Mahkemenin karşılaştığı en önemli güçlük, “terör” kelimesine ulusal hukukun yüklediği tanım ile Mahkemenin içtihatlarında geliştirdiği “şiddet çağrısı” tanımı arasındaki farklılıktır. Nitekim ulusal yasalar tarafından terör propagandası olarak tanımlanan birçok ifade, Mahkeme tarafından 10. madde koruması altına alınabilmektedir. Bu nedenle ifade özgürlüğü söz

⁹ Vahit, Baltacı. *Yeni TCK ve CMK’da Terör Suçları ve Yargılaması*. s. 16-17.

konusu olduğunda yargıcın ulusal yasaları Mahkeme içtihatlarıyla birlikte yorumlaması büyük önem taşımaktadır.¹⁰

Mahkeme terör propagandası olarak önüne getirilen bir davada üç aşamalı testi uygulamaktadır. Öncelikle söz konusu olayın bir hakkın kapsamına girip girmediğinin tespitini yapmaktadır. Eğer hakkın kapsamına giriyorsa müdahalenin haklı olup olmadığı sorusunun cevabını üçlü testle bulmaktadır. Mahkeme, ilk olarak, müdahalenin kanunilik ilkesini karşılayıp karşılamadığına bakmakta, sonrasında Sözleşme'nin 10/2 maddesindeki meşru amaçların olup olmadığını kontrol etmekte ve en önemlisi de müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığını bu bağlamda acil sosyal ihtiyaca cevap verip vermediğini, amaç-araç ilişkisinde orantılı bir müdahalenin bulunup bulunmadığını ve son olarak da verilen cezanın ölçülülüğünü denetlemektedir.

Mahkeme bu denetimi yaparken,

- İfadenin içeriği,
- İfadeyi kullanan kişinin sıfatı,
- İfadenin hangi araçla ve hangi tarzda yayımlandığı,
- İfadenin yeri ve
- İfadenin zamanına bakıp, bunların hepsini birlikte değerlendirerek -büyük resme bakıp- ifadenin korunması gereken ifadelerden olup olmadığını kararlaştırmaktadır.

E- Yasal Düzenleme

“3713 sayılı Terörle Mücadele Yasası, madde 7/2–

(...)

(Değişik ikinci fıkra: 11/04/2013-6459/8 md.) Terör örgütünün; cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek yahut bu yöntemlere başvurmaya teşvik edecek şekilde propagandasını yapan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır. Ayrıca, basın ve yayın organlarının suçun işlenmesine iştirak etmemiş olan yayın sorumluları hakkında da bin günden beş bin güne kadar adli para cezasına hükümlenir. Aşağıdaki fiil ve davranışlar da bu fıkra hükümlerine göre cezalandırılır:

(...)

¹⁰ Prof. Dr. Osman, Doğru., Dr. Atilla, Nalbant. *İnsan Hakları Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*. 2. Cilt. s. 195.

b) Toplantı ve gösteri yürüyüşü sırasında gerçekleşmese dahi, terör örgütünün üyesi veya destekçisi olduğunu belli edecek şekilde;

1- Örgüte ait amblem, resim veya işaretlerin asılması veya taşınması,

2- Slogan atılması,

3- Ses cihazları ile yayın yapılması,

4- Terör örgütüne ait amblem, resim veya işaretlerin üzerinde bulunduğu üniformanın giyilmesi.”

3713 sayılı Yasa’nın 7. maddesinin 2. fıkrası terör örgütünün propagandasının yapılmasını suç olarak düzenlemiştir. Maddenin 2. fıkrasının iki bölüm hâlinde ele alınması gerekir. Birincisi, terör örgütü propagandasının hangi şartların gerçekleşmesi hâlinde cezalandırılacağını açıklayan ve genel çerçeveyi çizen fıkranın ilk kısmı; ikinci bölüm ise spesifik olarak hangi eylemlerin propaganda olduğunu belirten 2. fıkranın 2. bendidir.

3713 sayılı Yasa’nın 7/2. fıkrası, aynı Yasa’da tanımlanan, terör örgütünün şiddet veya diğer yöntemlere başvurmayı teşvik edecek, meşru gösterecek veya övecek şekilde propagandasının yapılmasını suç olarak tanımlanmıştır. Bu kanuni tanımlamaya göre suçun oluşumu için;

1- Propaganda niteliğinde bir fiil söz konusu olmalı,

2- Propagandanın konusunu terör örgütü oluşturmalı,

3- Terör örgütü ile ilgili bu propagandanın şiddet, cebir veya tehdit içeren yöntemlerini

- Meşru gösteren,

- Övecek,

- Teşvik edecek, özellikle olmalıdır.

Görüldüğü gibi 2. fıkra, propagandanın “cebir, şiddet veya tehdit yöntemini meşru gösterecek veya övecek yahut bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde yapılmasını” suçun maddi unsuru olarak açıkça ortaya koymuş olmakla bir anlamda cebir, şiddet veya tehdit yöntemini meşru göstermeyen veya övmeyen yahut bu yöntemlere başvurmayı teşvik etmeyecek şekilde örgütle ilgili propaganda yapılmasının bu suçu oluşturmayacağını belirtmiştir. Bu düzenlemeye göre sadece terör örgütünün propagandasının yapılması suçun oluşumu için yeterli olmayıp mevcut propaganda fiili

ile propagandaya maruz kalan kişi veya kişilere maddenin tipiklik unsurunda belirtildiği gibi övmenin olup olmadığı, meşru göstermenin olup olmadığı, teşvik edilip edilmediğinin dikkate alınması gerekir.

Bu düzenleme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarında ifade özgürlüğü konusunda çizdiği çerçeveye uygun bir düzenlemedir.

Ancak fıkranın (b) bendi, başta yapılan Sözleşme ve Mahkeme kararlarıyla uyumlu tüm bu şartlar yokmuş gibi ve şartlarla da çelişecek şekilde düzenlenmiştir. İkinci fıkrada açıklanan ve suçun oluşumu için gerekli olan şartlara bakılmaksızın bu hâllerin varlığında kişi örgüt propagandası yapmak suçundan cezalandırılacaktır.

Kanun birer birer hangi durumların terör örgütü propagandası olarak değerlendirileceğini saymıştır. Öncelikle belirtmek gerekir ki Ceza Hukuku'nda mevcut bu türden “şekli suç” tanımlaması, ifade özgürlüğü parametrelerini dışlaması dolayısıyla sorunludur.¹¹

Kanun yapma tekniğine aykırı bir durum söz konusudur. İstisnalar ana kuralı işlemez hâle getirmiştir. İkinci fıkranın ilk kısmı devre dışı bırakılmıştır. Düzenleme AİHM standartlarına uygun bir düzenleme değildir.

Bir eylemi ikinci fıkranın belirlediği ölçütlere vurursak suç olarak nitelendirmemek, fıkranın (b) bendindeki ölçütlere vurursak suç olarak nitelendirmek gerekmektedir. Ana kurala göre suç olmayan, istisna hükümlerine göre suç olmaktadır. Çelişik bir durum, sorunlu bir alan söz konusudur.

AİHM, terör örgütü ile birlikte bazı tanımlama şekillerinin ve özellikle terör örgütünün yüceltilmesinin teröre destek, şiddet ve kine teşvik olarak değerlendirilebileceğini kabul etmektedir. Üstelik Mahkeme, saldırı fiilini öven mesajların yayılması, mağdurların aşağılanması, terör örgütlerine mali kaynak sağlanması yönündeki çağrı ve benzer davranışların terör şiddetini teşvik edecek eylemleri oluşturabileceğini de kabul etmektedir.¹²

Örneğin, Mahkeme “halkı kin, nefret, düşmanlık ve silahlı direnişe kışkırtma”¹³, “şiddet, silahlı direniş veya ayaklanma çağırısı”¹⁴ ve “silahlı mücadeleyi şiddetlendirme, savaşı övme ve kanın son damlasına kadar mücadele duygularını uyandırma”¹⁵ içerikli ifadelerin cezalandırılmasını Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında haklı görmektedir.

¹¹ *Örgütlü Suçlar ve Terör Suçları Eğitim Modülü*. Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi Avrupa Birliği-Avrupa Konseyi Ortak Projesi. s. 487.

¹² *İfade Özgürlüğü ile İlgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Kaynakçası*. Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi Avrupa Birliği-Avrupa Konseyi Ortak Projesi. s.43.

¹³ AİHM Şener / Türkiye, 18 Temmuz 2000 tarihli Karar.

¹⁴ AİHM Gerger / Türkiye, 8 Temmuz 1999 tarihli Karar.

¹⁵ AİHM Özgür Gündem / Türkiye 16 Mart 2000 tarihli Karar.

¹⁶ 10. maddenin ihlalini tespit eden kararlarda gerekçe genellikle şöyle aktarılır: “Mahkeme, makalenin bazı çarpıcı kısımlarının devleti son derece olumsuz bir şekilde tasvir ettiğinde ve ifadeye saldırgan bir ton kazandığında mutabık olsa da bu ifadeler şiddeti, silahlı direnişi veya ayaklanmayı teşvik etmemekte ve nefret söylemi oluşturmamaktadır. Mahkemenin görüşüne göre bu mutlaka değerlendirilmesi gereken bir unsurdur.”¹⁷

F- Sorunlu Alanda AIHM Perspektifi

Onuncu madde sadece ifade edilen düşünce veya görüşün esasını korumakla kalmayıp aynı zamanda bu düşüncenin iletildiği biçimi de korumaktadır.

Mahkeme de benzer şekilde, bir siyasi hareket veya kuruluşla bağlantılı bayrak gibi bir sembolün teşhir edilmesinin, düşüncelerle özdeşleştirilmiş bir davranış biçimi olduğunu dolayısıyla ifade edilebileceğine veya düşünceleri temsil edebileceğine ve Sözleşme’nin 10. maddesi tarafından güvence altına alınan ifadenin kapsamına girdiğine hükmetmiştir. İfade özgürlüğü hakkı sembollerin kullanılması yoluyla siyasi söylem bağlamında kullanıldığında, özellikle de dava çoklu anlamları olan semboller içeriyorsa, kısıtlamaları uygularken azami dikkat gösterilmelidir.

Vajnai / Macaristan (33629/6 sayılı 08.10.2008 tarihli) Kararı’nda AIHM, uzun yıllar komünist rejim ile yönetilen Macaristan’da, kıvılcık yıldızı yakasına rozet olarak takan bir parti liderinin komünizmin sebep olduğu yaraları hatırlatması ve komünizm mağdurlarının bundan rahatsızlık duyması gibi nedenlerle cezalandırılmasını AIHS’ye aykırı bulmuştur zira AIHM’ye göre Macaristan artık demokrasi ile yönetilen bir Avrupa Birliği ülkesi olması nedeniyle komünizm, bu ülke açısından gerçek bir tehlike teşkil etmemektedir. Dolayısıyla bazılarının rahatsız olması veya eski anılarının canlanması ifade özgürlüğünün sınırlandırılması için baskın bir toplumsal ihtiyaç olarak kabul edilemez denilmiştir.

Faber / Macaristan (40721/08 sayılı 24.07.2012 tarihli) Kararı’nda Mahkeme, siyasi bir hareket veya kuruluşla bağlı bayrak sembolünün teşhir edilmesinin düşünceyle özdeşleştirildiğine veya ifadeyi temsil ettiğine karar vermiştir.

Tatar ve Faber / Macaristan (26005/08 sayılı 12 Haziran 2012 tarihli) Kararı’nda Mahkeme, başvuruçuların, “ulusun kirli çamaşırlarını” temsil eden bir kısım giyim eşyalarını kısa süre ile halka açık bir biçimde Meclise yakın bir yerde sergiledikleri için cezalandırıldıkları görüşündedir. Mahkemeye göre başvuruçuların performans sergileme olarak adlandırdığı eylem, siyasal bir ifade biçimi ile eş değerdir.

Gül ve diğerleri / Türkiye (4870/02 sayılı 8 Haziran 2010 tarihli) Kararı’nda Mahkeme, “iktidar namlunun ucundadır”, “bizde hesapları namlular sorar” gibi

¹⁶ *İfade Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Nicolas Bratza’ya İthafen Kaleme Alınmış Makaleler*. s. 268.

¹⁷ AIHM Dicle / Türkiye (No. 2), 11 Nisan 2016 tarihli Karar, paragraf 33.

sloganların şiddet içerikli olduğunu gözlemlediğini belirtmiş bununla birlikte bu sloganların bilinen ve kalıplaşmış sloganlar olduğunu, izinli gösterilerde slogan atıldığını, böylece sloganların “ulusal güvenlik” ve kamu düzeni üzerindeki potansiyel etkisinin kısıtlandığı da göz önünde bulundurulduğunda sloganların şiddete ve ayaklanmaya çağrıda bulunduğunun düşünülemez olduğunu belirtmiştir. Mahkeme bu kararının, söz konusu sloganların tonunu desteklediği şeklinde yorumlanmaması gerektiğinin yanı sıra 10. maddenin yalnızca ifade edilen fikirleri ve bilgilerin içeriğini değil aynı zamanda ifade edilme şeklini de koruduğunun hatırlanması gerektiğini vurgulamıştır (Karataş / Türkiye Kararı).

Mahkeme her ne kadar terörle mücadelenin kendine özgü birtakım zorluklarının bulunduğunu ve devletlerin bu mücadelede daha geniş bir takdir marjına sahip olduklarını kabul ediyorsa da ifade özgürlüğüne yapılan müdahale bakımından terör meselesinde çoğunlukla bir siyasal sorun teşhis etmesi dolayısıyla da ilgili ifade alanının genellikle ifade kategorisi içinde kaldığını kabul etmektedir.

G- Anayasa 90/Son

“Madde 90–

(...)

Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa’ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz (Ek cümle: 07/05/2004 - 5170 S.K./7. mad). Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.”

Anayasa’nın bu hükmü, uluslararası antlaşmaların Türk hukukundaki yerine yeni bir boyut getirmiştir. Bu fıkranın uygulanabilmesi için üç koşul gereklidir:

- 1- Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşma olmalı,
- 2- Milletlerarası antlaşma temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmalı,
- 3- Milletlerarası antlaşma ile kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle uyuşmazlık çıkmalıdır.

İlk iki koşul gerçekleşmiş ise üçüncü koşula göre, kanun ile antlaşmanın aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle uyuşmazlık çıkması durumunda antlaşma hükümleri uygulanacaktır. Antlaşma ve kanunun bağlayıcılığı sorununda bu Anayasa hükmü antlaşmayı eşitler arasında birinci olarak kabul etmiştir.

Anayasa’nın 90/son fıkrasının ilk cümlesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ni iç hukukla içselleştirmekte; ikinci cümle ise Sözleşme’nin iç hukukta pratik ve etkili bir biçimde uygulanabilmesi amacıyla (Sözleşme organlarının yorumladığı anlamdaki) Sözleşme hükümlerini kanuna üstün tutmaktadır.¹⁸

H- AIHS ve AIHM’nin Bağlayıcılığı

AIHS’nin temel hak ve özgürlükleri düzenleyici niteliği itibarıyla Anayasa 90/son hükmü gereğince bağlayıcı olduğunda herhangi bir sorun yoktur. Anayasa hükmü ile AIHS ulusal mevzuatımızla bütünleşmiştir. Dolayısıyla ulusal mahkemeler ve bütün kamu otoriteleri için bağlayıcı hâle gelmiştir.

AIHM kararları ulusal hâkimler için bağlayıcı mıdır?

AIHM, Sözleşme’ye taraf ülke iç hukukunda icra gücüne sahip yargı kararı veren yani önüne gelen somut olayda “*jurisdictio* - hukukun ne dediğini söyleme” yetkisine sahip gerçek bir yargı organıdır.¹⁹

AIHS metni içtihat hukuku dışında okunamaz. AIHM kararları, AIHS metnini açıklığa kavuşturur ve yorumlar. Bu kararlar bağlayıcı emsal kararlardır.²⁰

Mahkeme ulusal yargının özgürlükleri koruma görevini vurgulamakta, devletin sadece yasa koyucudan ibaret olmadığını yasa koyucu ile birlikte yürütme ve yargının devleti oluşturduğunu, yasa koyucunun uluslararası insan hakları hukuku karşısında sorumluluğunu yerine getirmeyerek eylemsiz kalması hâlinde demokratik toplumun gereği olarak yargının özgürlüğün önünü açmakla görevli olduğunu ifade etmektedir (Demir ve Baykara / Türkiye).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin devlet tanımı ve yargıcın rolüne ilişkin görüşü, Anayasa m. 90 son cümle hükmünün lafzı ve ruhu ile uyum içindedir. Buradan hareketle denilebilir ki bir uluslararası sözleşme normu ile iç hukuk normunu karşılaştırarak yorumlama görevini üstlenen hâkim, insan hakları hukukunun evrensel değerleri ve yorum ilkeleriyle bağlıdır.²¹

¹⁸ Prof. Dr. Osman Doğru. *Anayasa ile Karşılaştırmalı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme İç Tüzüğü*.

¹⁹ Prof. Dr. Murat Engin. İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Hukuk ve Türk Hukuku Anayasa 90/Son Cümle Hükmü ve Toplu Eylemler Üzerine Makale. *Sosyal Güvenlik Dergisi*.

²⁰ Monica, Macovei. *İfade Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 10. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, s. 5.

²¹ Prof. Dr. Murat Engin. İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Hukuk ve Türk Hukuku Anayasa 90/Son Cümle Hükmü ve Toplu Eylemler Üzerine Makale. *Sosyal Güvenlik Dergisi*, s. 20.

I- Yargıtay 16. Ceza Dairesinin örnek kararı

Örnek karar olarak Yargıtay 16. Ceza Dairesinin aşağıdaki ilamı seçilmiştir. Bu ilam, karşı oylu olması ve uygulamada çok sık karşılaşılan bir duruma işaret etmesi nedeniyle esas alınmıştır. Tartışılan konuya ilişkin olarak 16. Ceza Dairesi; toplantı, rozet, bayrak, slogan, pankart ve el işareti gibi hususlarda benzer birçok karar vermiştir.

*T.C.
YARGITAY
16. Ceza Dairesi*

*TÜRK MİLLETİ ADINA
Y A R G I T A Y İ L A M I*

*Esas No: 2015/7487
Karar No: 2016/506
Tebliğname No: 9-2014/18468*

İNCELENEN KARARIN:

*Mahkemesi : Diyarbakır 8. Ağır Ceza Mahkemesi
Tarihi : 07.11.2013
Numarası : 2013/287 - 2013/318
Sanık : G. P.
Suç : Silahlı terör örgütünün propagandasını yapma
Suç tarihi : 03.06.2013
Hüküm : 3713 sayılı Kanun'un 7/2, TCK'nın 62, 53. maddeleri uyarınca
mahkûmiyet
Temyiz eden : Sanık
Tebliğnamedeki düşünce : Onama*

Dosya incelenerek gereği düşünüldü:

İfade özgürlüğü, T.C. Anayasası'nın 26 ve Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Sözleşme'nin 10. maddesi ile teminat altına alınmıştır.

İfade özgürlüğünün kullanımına meşru bir müdahale için;

1- Müdahalenin kanunlarda öngörülmüş olması,

2- Ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü, kamu emniyeti, kamu düzeninin sağlanması ve suçun işlenmesinin önlenmesi, sağlığın korunması, ahlakın, başkalarının şöhret veya

haklarının korunması, gizli tutulması kaydıyla alınmış bilgilerin açıklanmalarının engellenmesi ve yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanmasına ilişkin değerlerden bir veya birkaçını korumaya yönelik olması, ve

3- Müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olması lazımdır.

İfade özgürlüğü, terörle mücadele kapsamında en çok müdahale ve sınırlamaya maruz kalan temel haklardır. Nitekim 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 7/2. maddesindeki propaganda yasağı bu duruma örnek teşkil etmekle birlikte, kanun koyucu maddede zaman zaman yaptığı değişikliklerle özgürlüğü genişletmiştir. Bu amaçla 11.04.2013 tarih ve 6459 sayılı Kanun'un 8. maddesi ile yapılan değişiklik sonucu; terör örgütünün propagandası suçunun oluşabilmesi için, örgütün propagandasının “cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek yahut teşvik edecek şekilde” yapılması zorunlu kılınarak sınırlamanın AİHS'ye uygun hâle getirilmesi amaçlanmıştır. Ancak, aynı Kanun'un 7. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendine göre, toplantı ve gösteri yürüyüşünde gerçekleşme dahi, terör örgütünün üyesi veya destekçisi olduğunu belli edecek şekilde;

1- Örgüte ait resim veya işaretlerin asılması veya taşınması,

2- Slogan atılması,

3- Ses cihazları ile yayın yapılması,

4- Terör örgütüne ait amblem, resim veya işaretlerin üzerinde bulunduğu üniformanın giyilmesi, şeklindeki fiil ve davranışlar propaganda suçundan cezalandırılacaktır.

Bu düzenleme ile kanun koyucu, herhangi bir unsurun varlığına bağlı olmaksızın bu suçun oluşacağı kabul edilmek suretiyle, ifade özgürlüğü parametrelerini dışlayan tipe uygun eylem tanımlaması yapmıştır.

T.C. Anayasası'nın 90/son maddesine göre “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konularda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.”.

Temel hak ve hürriyetlere ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ekli protokoller Türkiye Büyük Millet Meclisince onaylanmıştır. Anayasal düzenleme karşısında, ifade özgürlüğüne ilişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 10. maddesi bir iç düzenleme şekline dönüşmüştür.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de kişinin hakkı ile toplumun çıkarı ve özellikle kişinin temel ifade özgürlüğü hakkı ve demokratik toplumun terör örgütlerinin faaliyetlerine karşı kendini korumaya ilişkin meşru hakkı arasında bir denge kurulması ihtiyacını beraberinde getirmektedir (Zana ve Türkiye). Mahkeme, devletlerin terör ile mücadelesinin zorluklarına vurgu yaparak, müdahalenin acil bir toplumsal ihtiyaçtan kaynaklanıp kaynaklanmadığı, hedeflenen meşru amaca uygun olup olmadığı, devlet yetkililerince ileri sürülen gerekçelerin ilgili ve yeterli bulunup bulunmadığının ortaya konulması gerektiği düşüncesindedir (Yılmaz ve Kılıç / Türkiye Davası).

Terör ile mücadele kendine özgü birtakım zorlukları barındırdığından devletlerin bu mücadelede daha geniş bir takdir marjına sahip olduğu kabul edilmekle birlikte terör ile mücadele de bir hukuk rejimidir. Uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerin ihmal edilebileceği bir alan değildir.

Toplantı yahut gösteri yürüyüşünde olsun veya olmasın; yazı veya sözler (atılan slogan, taşınan pankart veya giyilen üniforma) ile verilen mesajın şiddete çağrı, tahrik ve teşvik edici veya silahlı direnişe ve isyana davet şeklinde yahut insanda saldırgan duygular oluşturacak biçimde anlamsız bir nefret yaratarak şiddetin doğmasına uygun bir ortamı meydana getirecek nefret söylemi olup olmadığı değerlendirilmeli, doğrudan veya dolaylı şiddete çağrı var ise sanığın kimliği, konumu, konuşulan yer ve zamanı gibi açık ve yakın tehlike testi bakımından analize tabi tutulmalıdır.

İfade özgürlüğü, sadece memnuniyetle karşılanan, zararsız veya önemsiz sayılan, insanların kayıtsız kalabileceği bilgi ve fikirler için değil, aynı zamanda demokratik toplumu şekillendiren çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin doğasında bulunan bir gereklilik olarak saldırgan, şok edici, rahatsızlık veren veya ayrılık yaratabilen fikirler için de uygulanabilmelidir.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Sanığın, bölücü terör örgütünün propagandasını yapma suçundan yargılandığı davanın duruşmasında hükmün tefhimi sırasında terör örgütünün kurucusu lehine slogan attığı olayda, eylemin gerçekleştirildiği yer, koşullar ve muhatapları, dinleyici kitlesi ve bu kitleyi harekete geçirme potansiyeli bulunmadığı gibi atılan sloganların terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek, övecek veya teşvik edecek nitelikte olmadığı, bu sözlerin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği hâlde, yasal olmayan gerekçeyle mahkûmiyet hükmü kurulması,

Kabul ve uygulamaya göre de;

Anayasa Mahkemesinin 24.11.2015 tarih ve 29542 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 08.10.2015 tarih 2014/140 E. 2015/85 sayılı İptal Kararı ile TCK'nın 53. maddesindeki bazı düzenlemelerin iptal edilmiş olması nedeniyle bu karar doğrultusunda hüküm kurulmasında zorunluluk bulunması,

Kanuna aykırı bulunmuş, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükmün bu sebeplerden BOZULMASINA, 02.02.2016 tarihinde Üye Sayın Hamdi Karahan'ın suçun olduğu gerekçesiyle hükmün onanması gerektiğine dair karşı oyu ve oy çokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY:

Sayın çoğunluğun görüşü; sanığın silahlı terör örgütünün propagandasını yapma suçundan yargılandığı davada hükmün tefhimi sırasında silahlı terör örgütü elebaşı lehine slogan atması eyleminde, eylemin gerçekleştiği yer, koşullar ve muhatapları dinleyici kitlesi ve bu kitleyi harekete geçirme potansiyeli bulunmadığı gibi atılan sloganların örgütün cebir şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek, övecek veya teşvik edecek nitelikte bulunmadığı, bu sözlerin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde olup sayın çoğunluğun bu kararına aşağıdaki gerekçelerle katılmak mümkün olmamıştır.

3713 sayılı Kanun'un 7/2. maddesinde 6459 sayılı Kanun'la yapılan ve terör örgütünün propagandasının cebir, şiddet ve tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek, övecek veya teşvik edecek nitelikte yapılması zorunluluğuna ilişkin değişiklik, anılan maddenin (a) ve (b) bentlerinde yapılan düzenleme için geçerli değildir. (b) bendinde yer alan, örgüte ait işaret veya resimlerin asılması veya taşınması; slogan atılması; ses cihazları ile yayın yapılması; terör örgütüne ait amblem, resim veya işaretlerin üzerinde bulunduğu üniformaların giyilmesi şeklindeki fiiller, kanun koyucu tarafından tehlikeyi somutlaştırmak için yapılmış düzenlemeler olup bunların varlığı hâlinde propaganda suçu tamamlanmış olacaktır.

Propaganda suçunun oluşumu için muhatap alınan kitlenin önemi olmadığı gibi, olay yeri açık yargılama yapılan Ağır Ceza Mahkemesi duruşma salonudur ve sanığın savunma hakkını kullandığından da söz edilemez zira duruşma bitmesinden sonra hükmün tefhim edildiği süreçte sanık tarafından atılı suç işlenmiştir.

Propagandası yapılan örgüt, PKK adlı 30 yılı aşkın süredir öldürme, yaralama, silahlı soygun, yol kesme gibi eylemlerine devam eden silahlı terör örgütü olup uzun süredir eylem ve faaliyeti bulunmayan örgütlerden de değildir.

Sanık, silahlı terör örgütünün propagandasını yapmak suçundan yargılandığı açık duruşmada 10 ay hapis cezasına mahkûm edilmesi üzerine, "biji serok Apo" şeklindeki sloganı duruşma salonu içinde atmış olmakla, 3713 sayılı Kanun'un 7/2-b maddesinde yazılı suçun olduğu, bu nedenle mahkûmiyet kararının onanması gerektiği görüşü ile sayın çoğunluğun bozma düşüncesine iştirak etmiyorum.

J- Karar Değerlendirme

Karar, 5 bölüm hâlinde incelenmelidir.

- Birinci bölümde, ifade özgürlüğünün AİHS ve Anayasa'daki temel dayanakları ve sınırları açıklanmıştır.

- İkinci bölümde, 3713 sayılı Yasa'da 7/2 maddesindeki propaganda suçunun tanımı yapılmış ve 7/2 (b) bendindeki düzenlemenin “ifade özgürlüğü parametrelerini dışlayan tipe uygun eylem tanımlaması” yaptığı belirtilmiştir.

- Üçüncü bölümde, Anayasa 90/son hükmünün temel hak ve özgürlüklere ilişkin verdiği yetkiye dikkat çekilmiştir.

- Dördüncü bölümde, AİHM kararlarına değinilerek onun belirlediği standartlar sayılmıştır.

- Beşinci ve son bölümde ise olay anlatıldıktan sonra tipiklik unsurunun gerçekleşmiş olmasına rağmen neden ceza verilmeyeceği açıklanmıştır.

Karşı oyda ise fiilin tipiklik unsuruna uygun olduğu, kanun koyucunun bu düzenlemeyi tehlikeyi somutlaştırmak için yaptığı belirtilmiş; suçun oluşumu için muhatap alınan kitlenin öneminin olmadığı bu nedenle sanığın cezalandırılması gerektiği söylenmiştir.

Yargıtay, kararında, 3713 sayılı Yasa'nın 7/2 fıkrası ve 7/2-b bendindeki tartışmalı konuyu açıklığa kavuşturmaktadır. Atılan slogan, maddenin 7/2-b bendine göre cezalandırılabilir bir slogandır. Daire, 3713 sayılı Yasa'nın 7/2 maddesinde yapılan değişiklik ile metnin AİHS uygun hâle geldiğini belirtmekle beraber, 7/2-b bendinde ise kanun koyucunun herhangi bir unsurun varlığına bağlı olmaksızın sayılan hareketlerin gerçekleşmesi hâlinde propaganda suçunun oluşabileceğini kabul etmek suretiyle ifade özgürlüğü parametrelerini dışlayan tipe uygun eylem tanımlaması yaptığını belirtmiştir. Bir nevi tipiklik analizi yapmıştır. Ne var ki ifade özgürlüğü hakkına yönelik sınırlamalar basit bir tipiklik analizinin ötesine geçmektedir.

Kullanılan ifadelerin bir terör örgütü lehine slogan olması; her durumda bu ifadelere yönelik bir sınırlama tasarrufunu (özellikle cezai bir yaptırım şeklindeki müdahaleyi) haklılaştırmayacaktır. Bu durumda da diğer davalar bakımından geçerli olan klasik analize başvurulmalıdır: İfadeler, şiddeti tahrik ve teşvik edici veya silahlı direnişe yahut isyana tahrik niteliğinde veya nefret söylemi (*un discours de haine*) olarak nitelendirilebilir mi? Burada şiddete tahrik ve teşvikin dolaylı veya sırf metaforik bir slogan mahiyetinde olup olmadığı; somut vakanın analizinde bu ifadelerin etkili bir şiddet çağrısı olup olmadığı araştırılmalıdır. Dolaylı olarak terör örgütünün veya

eylemlerinin övülmesi mahiyetinde olan ifadelerin ise icrai bir niteliği yoksa sınırlandırılması haklılaştırılmayacaktır.²²

Yargıtay 16. Ceza Dairesi; eylemin gerçekleştiği yer, koşullar, muhatap olunan dinleyici kitlesi ve bu kitleyi harekete geçirme potansiyeli bulunmadığından atılan sloganın terör örgütünün cebir, şiddet ve tehdit yöntemlerini gösterecek, övecek veya teşvik edecek nitelikte olmadığını, ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini söylemiştir.

Yargıtay 16. Ceza Dairesinin bu ve benzeri kararları, Anayasa’nın 90/5 maddesinin uygulanmasına örnek teşkil edebilecektir. Yasanın tipiklik unsuruna göre cezalandırılması gereken bir sloganın, 3713 sayılı Yasa’nın 7/2 fıkrası, Anayasa’nın 26. maddesi, AİHS’nin 10. maddesinde belirlenen kriterlere uygun olmaması nedeniyle, Anayasa’nın 90/5 maddesinin verdiği yetkiye dayanarak milletlerarası antlaşmayı kanundan önde görerek ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini söylemiştir.

Yasa metninde suç sayılan bir eylemi (bayrak, rozet, flama, pankart, giysi ve benzeri) suç saymaması gibi önemli kararlarında Yargıtayın; AİHM’nin uyguladığı üç aşamalı testi daha ayrıntılı olarak uygulayıp, müdahalenin “demokratik toplum için gerekliliği”, hangi “acil sosyal ihtiyaca” cevap verdiği, kavramlar ve kavramların olaya uygulanışını ayrıntılarıyla açıklayıp, somut olayda AİHM kararlarının bağlayıcılığını vurgulaması ve Anayasa Mahkemesinin yeni kararlarındaki gerekçeleri de vurgulayarak tartışması, yerel mahkemeler için de ışık tutucu olacaktır. Bunlarla birlikte beklenen ve ulaştığı doğru sonucu tespit etmek de gerekir.

Sonuç

Çalışmanın başlangıç kısmında, ifade özgürlüğünün korunması için Anayasa 90/son maddesinin etkili bir “silah” olduğu belirtilmişti. Doğru şekilde ve zamanda kullanılması veya kullanılmaması durumunda sonuçlarının etkisi nedeniyle “silah” tabiri özellikle tercih edilmiştir.

Terör örgütü ile ilgili propaganda söz konusu olduğunda ulusal makamlar olayın siyasi boyutu ve terörle mücadele refleksleriyle müdahalede takdir haklarını geniş uygulamaktadırlar. AİHM, kararlarında, terörle mücadelenin zorluğuna işaret ettikten sonra ifade özgürlüğünün demokratik toplumlar için hayati önemde olduğunu belirtmektedir. Tedavi hastalıktan kötü olmamalıdır.

²² *Örgütlü Suçlar ve Terör Suçları Eğitim Modülü*. Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi Avrupa Birliği - Avrupa Konseyi Ortak Projesi. s. 586.

Her somut olayın kendine özgü şartlar içerisinde değerlendirilmesi gerekir. Propagandanın gerçekleştiği yer, zaman, koşullar, muhatap olunan dinleyici kitlesi ve bu kitleyi harekete geçirme potansiyelinin bulunup bulunmadığına bakılmalıdır. Tüm bunlardan sonra fiilin suç olup olmadığı, korunması gereken bir ifade olup olmadığı sonucuna ulaşılmalıdır.

Bağlamı dışında değerlendirme yapılması neticesinde ifadeler, semboller, işaretler ve bayrakların suç unsuru sayılması, AİHS madde 10'un ihlali anlamını gelebilir.

Burada ulusal yargıçlara önemli görevler düşmektedir. Bu zor bir görevdir. Bir tarafta terörün yıkıcı etkisi diğer tarafta ifade özgürlüğü ve aralarındaki ince çizgi.

Hukuk sistemimiz, Anayasa'nın 90/son maddesiyle pek çok hukuk sisteminin aksine insan haklarının korunması bakımından yargının elini güçlendirmiştir. Bugün artık hiçbir merci (özellikle de yargı), temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasıyla ilgili bir vakada, yürürlükteki bir kanun hükmü dolayısıyla AİHS hukukuna aykırı bir yorum yapmak zorunda olduğunu söyleyemez. Tam aksine, Anayasa, bütün kişi ve kurumlara Sözleşme hukukunu uygulama noktasında amir bir hüküm içermekte; aksine bir yorum Anayasa'nın ihlal edilmesi anlamına gelmektedir.²³

Yasama, yürütme ve yargının birbirinden bağımsız, güçler ayrılığının olduğu sistemimizde Anayasa 90/son, hâkimlere görev ve sorumluluklar da yüklemektedir. Bunlar; temel hak ve özgürlükler bağlamında demokratik rejimin gelişmesi için ifade özgürlüğünden yana tavır alma görevi, bu görevi yaparken de AİHS'yi doğru yorumlamak ve AİHM kararlarını bilmek sorumluluğudur.

Son olarak söylenebilir ki Yargıtay 16. Ceza Dairesi, yukarıda değerlendirilen kararında örnek bir uygulama geliştirmiştir.

²³ *Örgütlü Suçlar ve Terör Suçları Eğitim Modülü*. Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi Avrupa Birliği - Avrupa Konseyi Ortak Projesi. s. 571.

Kaynakça

Selçuk Sami. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Uygulaması. *Yargıtay Dergisi*, Sayı 3. Ankara. s. 397-428.

Monica, Macovei. *İfade Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*.

Kuhnen-Almanya, Komisyon Raporu-12 Mayıs 1988; D.1.-Almanya, Komisyon Raporu, 26 Haziran 1996.

İfade Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Nicolas Bratza'ya İthafen Kaleme Alınmış Makaleler.

Vahit Baltacı. *Yeni TCK ve CMK'da Terör Suçları ve Yargılaması*.

Prof. Osman Doğru., Dr. Atilla Nalbant. *İnsan Hakları Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*. 2. Cilt.

Örgütlü Suçlar ve Terör Suçları Eğitim Modülü. Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi Avrupa Birliği - Avrupa Konseyi Ortak Projesi.

İfade Özgürlüğü ile İlgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Kaynakçası. Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi Avrupa Birliği-Avrupa Konseyi Ortak Projesi.

Prof. Dr. Osman Doğru. *Anayasa ile Karşılaştırmalı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme İç Tüzüğü*.

Prof. Dr. Murat Engin. İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Hukuk ve Türk Hukuku Anayasa 90/Son Cümle Hükmü ve Toplu Eylemler Üzerine Makale. *Sosyal Güvenlik Dergisi*.

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, İfade Özgürlüğü Özel Sayısı.

Yargıtay Kararlarında Terör Örgütü Propagandası Suçu

Mehmet Yüksek

Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi

2. Ceza Dairesi Başkanı

Özet

Temel hak ve özgürlüklerden olan ifade özgürlüğü, demokratik toplumun en önemli unsurlarından biridir. İfade özgürlüğü olmadan din ve vicdan özgürlüğü ile toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünün kullanılmasının mümkün olmaması göz önüne alındığında, ifade özgürlüğünün önemi daha da artmaktadır. Bu önemine rağmen, zorunlu olarak bazı sınırlamalara tabi tutulan ifade özgürlüğünün sınır alanlarından birisi de bazı ifadelerin terör örgütünün propagandası sayılarak cezai yaptırıma bağlanmasıdır. Bu makalede terör örgütü propagandası suçunu Yargıtay kararları ışığında ele alıp yer yer Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi uygulamaları ile açıklamaya çalışacağız.

Anahtar kelimeler: Yargıtay kararları, örgüt, ifade özgürlüğü, propaganda, terör.

Abstract

Being one of the fundamental rights and freedoms, freedom of speech is the most important element of a democratic society. Considering the impossibility of utilizing freedom of religion and conscience as well as the right to assembly and demonstration in the absence of freedom of speech, the importance of the right to freedom of speech becomes much clearer. Despite having such an important place in the society, there are certain mandatory restrictions placed upon some statements, such as restricting certain statements due to the fact that these statements contain propaganda for terrorist organisations. In this paper we shall take a closer look at the offence of terrorist organisation propaganda under the light of the judgments of the Court of Cassation and attempt to explain them with examples from the European Court of Human Rights and the Constitutional Court.

Keywords: judgments of the Court of Cassation, organisation, freedom of speech, propaganda, terror.

I- Genel Olarak İfade Özgürlüğü ve İfade Özgürlüğünün Sınırları

İnsan olmanın gereği olarak, doğuştan sahip olduğumuz temel hak ve özgürlüklerin en önemlilerinden biri de ifade özgürlüğüdür. Demokratik hukuk devleti, temel hak ve özgürlükler temeli üzerinde kurulur. Temel hak ve özgürlüklerin ortadan kaldırılması, devletin demokratik düzene sahip olma özelliğini de ortadan kaldıracaktır.¹

Anayasa Mahkemesi demokratik toplumu, “*Demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir.*” şeklinde tanımlamış ve “*temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup tümüyle kullanılamaz hâle getiren sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gerekleri ile uyum içinde olamaz*” demiştir.²

Tüm temel hak ve özgürlükler, çok uzun mücadeleler sonrasında genel kabul görmüş ve günümüzde bu hakların korunması için devletlere pozitif yükümlülükler yüklenmiştir. İfade özgürlüğü konusunda, devletlerin bu özgürlüğün kullanılmasını engellememe yükümlülüğü dışında, herkesin ifade özgürlüğü hakkını en üst seviyede kullanabilmesi için tedbirler alma yükümlülüğü de vardır.³

İfade özgürlüğü, tüm önemine ve vazgeçilmez niteliğine rağmen, toplumsal yaşamın gereği olarak başka temel hak ve özgürlüklerle karşı karşıya geldiği kullanım alanları sebebiyle mutlak bir hak olarak düzenlenmemiştir. Bir kısım ifade kullanımları suç sayılarak ifade özgürlüğüne sınırlamalar getirilmiştir.

İnsanların, düşüncelerini yayma ve kabul ettirme araçlarından birisi de bir fikrin veya ideolojinin propagandasını yapmaktır. Bu sebeple propaganda kavramı, ifade özgürlüğü ve bunun kullanımı ile yakından ilgilidir.⁴

İfade özgürlüğüne sınırlama getirilen en önemli konulardan birisi de bazı ifadelerin terör örgütü propagandası olarak kabul edilip ceza yaptırımını öngörülmesidir. Yine ifade özgürlüğü ihlali iddialarının en yoğun olduğu alan da bazı ifade açıklamalarının terör örgütü propagandası olarak nitelenip bunlara ceza yaptırımı uygulanmasıdır.

Terör örgütünün propagandası niteliğindeki ifade açıklamaları; nefret söylemi, dinî hoşgörüsüzlük, ırkçılık, isyana ve ayaklanmaya çağrı ile birlikte ifade açıklamalarının sınır alanlarından birini oluşturmaktadır.

A- İfade özgürlüğünün önemi

İfade özgürlüğü, Anayasa’nın 26. maddesinde “Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” kenar başlığı ile şu şekilde düzenlenmiştir:

¹ Yıldırım Zeki. *Terörizmin Propagandası Suçu*. Adalet Yayınevi: Ankara. 2014. s. 2.

² Anayasa Mahkemesinin 16.07.2014 tarihli Nilgün Halloran Kararı, Başvuru No. 2012/1184. www.anayasa.gov.tr

³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 16.03.2000 tarihli Özgür Gündem / Türkiye Kararı, Başvuru No. 23144/93. hudoc.echr.coe.int/tu

⁴ Yıldırım Zeki. *Terörizmin Propagandası Suçu*. Adalet Yayınevi: Ankara. 2014. s. 7.

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

Bu hürriyetlerin kullanılması; millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyet'in temel nitelikleri ve Devlet'in ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.”

Anayasa Mahkemesi ifade özgürlüğünün önemini şu şekilde açıklamıştır:

“Toplumsal ve siyasal çoğulculuğun varlığı, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır. Aynı şekilde birey özgün kişiliğini düşüncelerini serbestçe ifade edebildiği ve tartışabildiği bir ortamda gerçekleştirebilir. İfade özgürlüğü, kendimizi ve başkalarını tanımlamada, anlamada ve algılamada, bu çerçevede başkalarıyla ilişkilerimizi belirlemede ihtiyaç duyduğumuz bir değerdir.”⁵

İfade özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 10. maddesinde aşağıdaki şekilde düzenlenerek koruma altına alınmıştır:

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

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

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), ifade özgürlüğünün, “toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun asıl temellerinden birini” oluşturduğuna sıklıkla dikkat çekmektedir.⁶

AİHM'ye göre “İfade özgürlüğü, 10. maddenin 2. fıkrasına bağlı olarak, yalnızca lehte olduğu kabul edilen veya zararsız yahut ilgilenmeye değmez görülen bilgi ve

⁵ Anayasa Mahkemesinin 16.07.2014 tarihli Nilgün Halloran Kararı, Başvuru No. 2012/1184. www.anayasa.gov.tr

⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 08.07.1999 tarihli Arslan / Türkiye Kararı, Başvuru No. 23462/99. hudoc.echr.coe.int/tu

düşünceler için değil, aynı zamanda devletin veya nüfusun bir bölümü için saldırgan, şok edici veya rahatsız edici görülen bilgi ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz.”⁷

İfade özgürlüğü ile sadece fikir ve düşüncelerin açıklanması değil, aynı zamanda düşünce ve kanaat edinme özgürlüğü ile bilgi edinme özgürlüğü de korunur.

İfade özgürlüğünün en önemli bileşenlerinden birisi de basın özgürlüğüdür. Demokratik toplumlarda, basın özgürlüğü çok büyük öneme sahiptir. Toplumun bilgi alma hakkı ve idarenin denetimi görevi ile birlikte değerlendirildiğinde basın özgürlüğünün önemi bir kat daha artmaktadır. Basının toplum adına *siyasetin bekçiliğini yapma* görevi sebebiyle özel bir konumu vardır.⁸ Yapılan ifade açıklamaları sebebiyle basın mensuplarına ceza verilmesinin diğer basın mensupları üzerinde doğuracağı caydırıcı etki sebebiyle, toplumun genel menfaatine ilişkin konularda görüş bildirimi ve tartışma ortamının ortadan kalkabileceği göz önüne alınmalıdır. AİHM ve Anayasa Mahkemesi birçok kararlarında, şiddet, kargaşa ve suç tehditlerine karşı koruma sağlamak amacıyla bazı sınırları aşmaması gerekse de basının görevinin, sorumluluk ve yükümlülükleri dâhilinde, bölücü fikirler de dâhil olmak üzere kamu çıkarını ilgilendiren bütün konularla ilgili bilgi ve görüşleri aktarmak olduğunu belirtmiştir. Bu aynı zamanda toplumun bilgi alma hakkının da bir gereğidir.⁹

B- İfade özgürlüğünün sınırları

Yukarıdaki düzenlemeler ve ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumdaki önemi göz önüne alındığında ifade özgürlüğünün asıl, sınırlamanın ise istisna olduğu ortaya çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesi, önemi göz önüne alındığında bu özgürlüğe yapılacak müdahalede, müdahaleyi yapan kamu otoritesinin ifade özgürlüğünün korunmasından daha önemli olan ve müdahaleyi gerektiren yararı ortaya koyması gerektiğini belirtmiştir.¹⁰

AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay kararları incelendiğinde; ırkçılık, nefret söylemi,¹¹ savaş propagandası, şiddete teşvik,¹² ayaklanmaya çağrı, terör eylemlerini

⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 07.12.1976 tarihli Handyside / Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No. 5493/72. hudoc.echr.coe.int/eng

⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 08.07.1986 tarihli Lingens / Avusturya Kararı, Başvuru No. 9815/82. hudoc.echr.coe.int/eng

⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 18.07.2000 tarihli Şener / Türkiye Kararı, Başvuru No. 26680/95. hudoc.echr.coe.int/tu

¹⁰ Anayasa Mahkemesinin 04.06.2015 tarihli Bekir Coşkun Kararı, Başvuru No. 2014/12151. www.anayasa.gov.tr

¹¹ Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 21.12.2015 tarih, 2015/3443 Esas, 2015/5280 Karar sayılı İlâmı. www.yargitay.gov.tr

¹² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 14.12.2003 tarihli Gündüz / Türkiye Kararı, Başvuru No. 35071/97. hudoc.echr.coe.int/tu

haklı gösterme,¹³ dinî hoşgörüsüzlük¹⁴ gibi ifade özgürlüğünün sınır alanlarında söz konusu özgürlüğe kısıtlama getirilebileceği belirtilmektedir.

Temel hak ve özgürlüklerin en önemlilerinden birisi olduğunu belirttiğimiz ifade özgürlüğünün kullanılması niteliğindeki açıklamalar, bazen başka birinin özel hayatına saygı hakkını veya din ve vicdan özgürlüğünü ihlal edici nitelikte olabilmektedir. Bu durumda iki temel haktan birinin diğerine feda edilmesi söz konusu olmayacak, bu haklar arasında adil bir denge kurulmaya çalışılacaktır.

Mutlak bir hak olmadığını belirttiğimiz ifade özgürlüğünün hangi hâllerde sınırlanabileceği Anayasamızın 26. maddesinin 2. fıkrası ile 13. maddesinde ve AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında gösterilmiştir. AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararları incelendiğinde, ifade özgürlüğünün kısıtlanmasının gerekip gerekmediği belirlenirken, bu iki mahkemenin birbirlerine çok yakın kriterler kullandıkları görülmektedir.

C- İfade özgürlüğünün sınırlandırılması konusunda üç aşamalı test uygulaması

Çok çeşitli şekillerde ortaya koyduğumuz ifade açıklamalarının, ifade özgürlüğü kapsamında koruma görüp görmeyeceğini belirlemek her zaman kolay olmamaktadır. AİHS'yi yorumlayarak, Sözleşme kapsamındaki hakların ihlal edildiği iddiasını inceleyip karara bağlamak yetki ve görevi AİHM'ye aittir. AİHM, Sözleşme'nin 8. maddesinde düzenlenen “özel ve aile hayatına saygı hakkı”, 9. maddesinde düzenlenen “düşünce, vicdan ve din özgürlüğü”, 10. maddesinde düzenlenen “ifade özgürlüğü” ve 11. maddesinde düzenlenen “toplantı ve dernek kurma özgürlüğü” ihlali iddialarını incelerken üç aşamalı test adı verilen bir denetim mekanizması uygulamaktadır.¹⁵

Anayasa Mahkemesi¹⁶ tarafından da aynı şekilde uygulanan üç aşamalı testi, son zamanlarda Yargıtay¹⁷ da özellikle ifade özgürlüğü ihlali yapıldığı iddia edilen olaylarla ilgili kararlarında uygulamaya başlamıştır.

İfade açıklamasının, terör örgütünün propagandası suçunu oluşturup oluşturmayacağı veya ifade özgürlüğü kapsamında koruma görüp görmeyeceğini belirlemede son derece etkili olan testin ne şekilde uygulandığına kısaca değinmekte yarar görülmektedir.

¹³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 08.07.1995 tarihli Sürek (No. 1) / Türkiye Kararı, Başvuru No. 26682/95. hudoc.echr.coe.int/tu

¹⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 13.09.2005 tarihli İ.A. / Türkiye Kararı, Başvuru No. 42571/98. hudoc.echr.coe.int/tu

¹⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 08.07.1999 tarihli Ceylan / Türkiye Kararı, Başvuru No. 23556/94. hudoc.echr.coe.int/tu

¹⁶ Anayasa Mahkemesinin 10.12.2014 tarihli Ali Karatay Kararı, Başvuru No. 2012/990. www.anayasa.gov.tr

¹⁷ Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 03.02.2016 tarih, 2015/7365 Esas, 2016/431 Karar sayılı İlâmı. www.yargitay.gov.tr

1- Yasayla düzenleme zorunluluğu

İfade özgürlüğüne; cezai yaptırım uygulama, tazminat ödemeye mahkûm edilme, disiplin cezası verme, yayın yasağı ve gazete toplatılması gibi çok çeşitli şekillerde müdahale edilebilmektedir.

Anayasamızın 13. maddesi gereğince temel hak ve özgürlüklere sınırlama getirecek düzenleme kanunla yapılmak zorundadır. Benzer düzenleme AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında da yer almaktadır.

Bu düzenlemeler gereğince, Anayasa Mahkemesi ve AİHM, önlerine gelen ifade özgürlüğü ihlali iddiasını incelerken, ilk önce ifade özgürlüğüne müdahale için yetki veren düzenlemenin bir yasaya dayanıp dayanmadığını incelemektedir. Kanun yapmanın belirli aşamaları gerektirmesi ve herhangi bir idari kararla ifade özgürlüğüne müdahale öngören bir düzenleme yapılmasının mümkün olmaması sebebiyle, müdahalenin yasaya dayanması zorunluluğu, hukuki güvenlik ve belirlilik sağlayacağı için ifade özgürlüğü lehine ciddi bir güvencedir.

2- Meşru amaç taşıma zorunluluğu

AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında hangi amaçlara ulaşmak için ifade özgürlüğüne sınırlama getirilebileceği belirlenmiştir. Anayasamızın 26. maddesinin 2. fıkrasında da benzer sebepler ifade özgürlüğünü sınırlama için meşru sebepler olarak sayılmıştır. Bu düzenlemelerde sınırlı sayım yöntemi ile sayıldığından burada belirtilen amaçlar dışında bir sebebe dayanarak ifade özgürlüğüne sınırlama getirilemez.

AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrası gereğince sınırlama sebepleri şu şekilde sayılmıştır:

- Ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması
- Kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi
- Sağlığın veya ahlakın korunması
- Başkalarının şöhret ve haklarının korunması
- Sır kabul edilen bilgilerin açıklanmasının önlenmesi
- Yargı organlarının otorite ve tarafsızlığının korunması

Burada sayılan meşru sınırlama sebepleri oldukça geniş kavramlar olduğundan hemen hemen her türlü müdahale için bir meşru sebep bulunması oldukça kolay olmaktadır. Ancak belirlenen meşru amaç sonrasında uygulanan yaptırımın orantılı olup olmadığının belirlenmesinde etkili olmaktadır.

3- Demokratik toplumda gereklilik ve orantılılık

İfade özgürlüğüne yapılan müdahalenin yasayla yapılması ve AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında sayılan meşru sebeplere dayanıp dayanmadığının tespiti genel

olarak kolay olmakta ancak üçüncü kriter olan “demokratik bir toplum bakımından gerekli olma” kriterinin uygulaması ise birçok güçlük doğurmaktadır.

AİHM kararları incelendiğinde, demokratik bir toplum için gerekli olma hususunun “hukukun üstünlüğü, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik” unsurlarını içerdiği anlaşılr. Yapılan müdahale “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacı” karşılamalı ve kamunun genel yararı ile ifade özgürlüğüne müdahale edilen kişinin menfaati arasında, adil ve orantılı bir denge kurulmalıdır.¹⁸

AİHM ve Anayasa Mahkemesi, önüne gelen olaylarda dava konusu söz veya eylemin terör örgütü propagandası suçunu mu oluşturduğu yoksa ifade özgürlüğü kapsamında mı kaldığını belirlerken, her somut olayı bağlamından koparmadan bir bütün hâlinde ele alıp, aşağıda sayılan hususları test ederek ifade açıklamasının suç oluşturup oluşturmadığı sonucuna ulaşmaktadır.

a- İçerik: Kullanılan ifadeler bağlamından¹⁹ koparılmadan bir bütün olarak değerlendirildiğinde, söylenen sözlerin içeriğinde şiddete teşvik, isyana veya ayaklanmaya çağrı, terör eylemlerini haklı gösterme, terörün idealize edilmesi, nefret söylemi ve ırkçılık olup olmadığı; söylenen sözlerin, tartışılmasında kamu yararı olan bir konuya ilişkin olup olmadığı değerlendirilmektedir.²⁰ Kullanılan ifadelerin kişilere veya nüfusun bir bölümüne karşı şiddete teşvik edici nitelikte olması hâlinde, bu ifade açıklamasına müdahale hususunda devletin daha geniş bir takdir hakkı vardır. İçerik incelemesi yapılırken, asıl önemli olan, ifade açıklamasının şiddeti teşvik, intikam almaya çağrı, kin ve intikam duygularını arttırıcı, nefreti körükleyici, terör eylemlerini hoş gösterme niteliğinde olup olmadığıdır.

b- Kişi: Siyasetçi veya basın mensubunun ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında, kamu makamlarının daha dar bir takdir hakkı vardır. Aynı zamanda siyasetçiler ile kamu görevlilerinin ve devlet kurumlarının eleştirilere karşı daha hoşgörü olmaları beklenir. Siyasetçilerin özellikle kriz dönemlerinde daha sorumlu davranmaları gerekir. Basın mensuplarının da daha geniş bir ifade özgürlüğüne sahip olmalarına rağmen terör eylemleri ve şiddete teşvik gibi hususlarda, meslek etiği kurallarına uygun davranmaları beklenir. Bir ifade açıklamasında yukarıdaki hususlar göz önüne alınarak ifade açıklaması yapan kişi ile hedef alınan kişi veya kurum dikkatlice değerlendirilmektedir.²¹

c- Yer: Suç oluşturduğu iddia edilen ifadenin kullanıldığı yer, ifadenin muhatapları üzerindeki etkileri yönünden değerlendirilir. Mesela kapalı salon toplantısında küçük bir gruba söylenen sözlerin, kalabalık bir gruba söylenen sözlerle göre etkisi daha az

¹⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 20.05.2010 tarihli Cox / Türkiye Kararı, Başvuru No. 29933/03. hudoc.echr.coe.int/tu

¹⁹ Anayasa Mahkemesinin 25.06.2014 tarihli Abdullah Öcalan Kararı, Başvuru No. 2013/409. www.anayasa.gov.tr

²⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 02.10.2008 tarihli Leroy / Fransa Kararı, Başvuru No. 36109/03. hudoc.echr.coe.int/eng

²¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 25.11.1997 tarihli Zana / Türkiye Kararı, Başvuru No. 18954/91. hudoc.echr.coe.int/tu

olacaktır. Terör olaylarının olduğu bir yerde söylenen sözlerin etkisi terör bölgesinden uzak yerlere göre daha fazla olacaktır.²² Terörle mücadele eden ülkelerde, bu mücadele hukuk içinde yapılmalıdır. Ancak terör tehditi altındaki ülkelerde özellikle terör örgütü propagandası niteliğindeki açıklamalara müdahale hususunda devletin takdir yetkisi daha fazladır.

d- Zaman: İfadenin ne zaman kullanıldığı önem arz etmektedir. Mesela önemli terör olaylarının hemen arkasından veya gergin bir dönemde kullanılan kışkırtıcı ifadeler, kişiler üzerinde normal zamana göre daha fazla etki gösterir. Özellikle siyasetçi ve basın mensubu gibi toplumda bilinen ve beyanları daha etkili olan kişilerin kriz dönemlerinde daha sorumlu davranmaları beklenir.²³

e- Araç ve yöntem: Kullanılan ifadenin hangi araçlarla ortaya konulduğu ve ifadenin yöneltildiği kişilere ulaşma şekli hedef kitle üzerinde farklı sonuçlar doğurur. Mesela ulusal bir televizyon kanalında canlı yayında yapılan konuşma, kapalı salon toplantısına göre daha fazla etki doğurur.²⁴ Aynı şekilde, fikir ve düşüncelerin bir ulusal gazetede yayımlanarak ifade edilmesiyle haftalık bir dergide yayımlanması hedef kitle üzerinde aynı etkiyi doğurmaz.²⁵

İfade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olduğu ve toplum tarafından bu yönde zorlayıcı bir baskı olduğu anlaşıldığında orantılılık incelemesi yapılmaktadır. Yani ifade özgürlüğüne yapılan müdahale ile hedeflenen amaca ulaşmak için uygulanan yaptırım arasında orantılılık olup olmadığı incelenmektedir. İfade özgürlüğüne daha az zarar verecek şekilde yapılacak bir müdahale ile meşru amaca ulaşılabilecekse, müdahale orantısız bulunup demokratik toplum için gereksiz görülerek ihlal kararı verilmektedir.²⁶

Üç aşamalı test uygulanırken testin herhangi bir aşamasında ihlal olduğunun anlaşılması hâlinde sonraki aşamaya geçilmeden ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin haksız bir müdahale olduğuna karar verilmektedir.

²² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 17.12.2013 tarihli Yavuz ve Yaylalı / Türkiye Kararı, Başvuru No. 12606/11. hudoc.echr.coe.int/tu

²³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 25.11.1997 tarihli Zana / Türkiye Kararı, Başvuru No. 69/96. hudoc.echr.coe.int/tu ,

²⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 08.06.2010 tarihli Gül ve diğerleri / Türkiye Kararı, Başvuru No. 4870/10. hudoc.echr.coe.int/tu

²⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 08.07.1999 tarihli Karataş / Türkiye Kararı, Başvuru No. 23168/94. hudoc.echr.coe.int/tu

²⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 08.06.1999 tarihli Arslan / Türkiye Kararı, Başvuru No. 23462/94 hudoc.echr.coe.int/tu

II- Yargıtay Kararlarında Terör Örgütünün Propagandası Suçu

A- Genel olarak

“Propaganda” Türk Dil Kurumu tarafından, bir öğreti veya inancı başkalarına tanıtmak, benimsetmek ve yaymak amacıyla söz yazı vb. yollarla gerçekleştirilen çalışma olarak tanımlanmıştır.²⁷

Her devletin teröre ve terör eylemine bakışı farklı olduğundan uluslararası kabul görmüş bir terör tanımı yapmak mümkün olmamaktadır.

İç hukukumuzda terörün tanımı, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun 1. maddesinde; “*Terör, cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasa’da belirtilen Cumhuriyet’in niteliklerini, siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devlet’in ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devleti’nin ve Cumhuriyet’in varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zafra uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devlet’in iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir.*” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımdan da anlaşılacağı gibi terör tanımından çok terör suçunu oluşturacak eylemlerin sayılmasının tercih edildiği görülmektedir.

Terör örgütünün propagandası suçu, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun 7. maddesinin 2. fıkrasında şu şekilde düzenlenmiştir:

“Terör örgütünün; cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek yahut bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapan kişi bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında arttırılır. Ayrıca basın ve yayın organlarının suçun işlenmesine iştirak etmemiş olan yayın sorumluları hakkında da bin günden beş bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur. Aşağıdaki fiil ve davranışlar da bu fıkra hükümlerine göre cezalandırılır:

a) (Mülga: 27.03.2015-6638/10. md.)

b) Toplantı ve gösteri yürüyüşü sırasında gerçekleşmese dahi, terör örgütünün üyesi veya destekçisi olduğunu belli edecek şekilde;

1- Örgüte ait amblem, resim veya işaretlerin asılması veya taşınması,

2- Slogan atılması,

3- Ses cihazları ile yayın yapılması,

²⁷ Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük. tdk.gov.tr. Erişim tarihi: 10.02.2017.

4- Terör örgütüne ait amblem, resim veya işaretlerin üzerinde bulunduğu üniformanın giyilmesi.

(Ek fıkra: 27/03/2015-6638/10 md.) Terör örgütünün propagandasına dönüştürülen toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde, kimliklerini gizlemek amacıyla yüzünü tamamen veya kısmen kapatanlar üç yıldan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Bu suçu işleyenlerin cebir ve şiddete başvurmaları veya her türlü silah, molotof ve benzeri patlayıcı, yakıcı yahut yaralayıcı maddeler bulundurmaları veya kullanmaları hâlinde verilecek cezanın alt sınırı dört yıldan az olamaz.

İkinci fıkroda belirtilen suçların; dernek, vakıf, siyasi parti, işçi ve meslek kuruluşlarına veya bunların yan kuruluşlarına ait bina, lokal, büro veya eklentilerinde veya öğretim kurumlarında yahut öğrenci yurtlarında veya bunların eklentilerinde işlenmesi hâlinde bu fıkradaki cezanın iki katı hükmolunur.”

Terör örgütü propagandası suçu, terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek yahut bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde söz, yazı, davranış ve benzeri araçlarla açıklama, yayma, kabul ettirme ve benimsetme faaliyeti olarak tanımlanabilir.²⁸

Yasal düzenleme göz önüne alındığında, suçun soyut tehlike suçu olarak düzenlendiği ve kullanılan ifadenin cezalandırılması için zarar tehlikesinin doğmasının yeterli olduğu anlaşılmaktadır.

Terör örgütünün propagandasını yapmak suçu ile kişilerin ifade özgürlüğü hakkı sık sık karşı karşıya gelir. Terör örgütü propagandası sayılan söz ve eylemler için ceza verilmesi aynı zamanda kişilerin ifade özgürlüğüne bir müdahale niteliğindedir. Bu sebeple uygulamada sürekli zorluklar yaşanmış, yargı kararlarında eylemin ifade özgürlüğü kapsamında mı kaldığı yoksa terör örgütü propagandası suçunu mu oluşturduğu hususunda duraksamalar ve çelişkili kararlar ortaya çıkmıştır.

Bu uygulama zorluğu ile AİHM tarafından verilen ihlal kararları ve ülkemizin iç dinamiklerinin etkisiyle terör örgütünün propagandası suçunu düzenleyen 3713 sayılı Yasa'nın 7. maddesinde sık sık köklü değişiklikler yapılmıştır.

Daha önce Yasa'da, herhangi bir unsura yer vermeden “*Terör örgütünün propagandasını yapan kişi bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” ibaresi yer almakta iken 30.04.2013 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan 6459 sayılı Yasa’nın 8. maddesi ile “*Terör örgütünün; cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek yahut bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapan kişi bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” şeklinde düzenleme yapılmıştır.

İkinci fıkroda terör örgütünün propagandası suçunun unsurları gösterildiği hâlde aynı fıkranın (b) bendinde;

²⁸ Yıldırım, Zeki. *Terörizmin Propagandası Suçu*. Adalet Yayınevi: Ankara. 2014. s. 216.

“b) Toplantı ve gösteri yürüyüşü sırasında gerçekleşmese dahi, terör örgütünün üyesi veya destekçisi olduğunu belli edecek şekilde;

1- Örgüte ait amblem, resim veya işaretlerin asılması veya taşınması,

2- Slogan atılması,

3- Ses cihazları ile yayın yapılması,

4- Terör örgütüne ait amblem, resim veya işaretlerin üzerinde bulunduğu üniformanın giyilmesi.” hâlinde de terör örgütü propagandasından ceza verileceği hükmü getirilmiştir.

1982 Anayasası'nın 90. maddesinin son fıkrasına 07.05.2004 tarih ve 5170 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile eklenen *“usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır”* hükmü karşısında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğü ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin nefret söylemi, şiddete teşvik, ayaklanma çağrısı, ırkçılık, terör eylemlerini haklı gösterme ile kin ve intikam duygusu içermeyen ifade açıklamalarının, ifade özgürlüğü kapsamında kaldığı ve ceza verilemeyeceği yönündeki içtihatları²⁹ birlikte değerlendirildiğinde; AİHS'nin 10. maddesi ile 3713 sayılı Yasa'nın 7. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendindeki düzenleme arasında meydana gelen çelişki uygulamada duraklama yaratmıştır. Anayasa Mahkemesi³⁰ ve Yargıtayın,³¹ kararlarında istikrarlı şekilde terör örgütü propagandası suçunu AİHM ile benzer kriterler doğrultusunda ele almaları sonucu 3713 sayılı Yasa'nın 7. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendi kapsamına giren eylemlerin suç oluşturmayacağı uygulamada yerleşmeye başlamıştır.³²

AİHS'nin imzalanması ve AİHM'ye bireysel başvurunun kabul edilmesi sonrasında Anayasamızın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen düzenleme karşısında, AİHS metni ile AİHM kararlarının dikkate alınması gerekliliği artık yerel uygulayıcıların keyfine bırakılmış durumda değildir. Aksi yöndeki uygulama AİHM tarafından ihlal olarak değerlendirilecek ve ciddi tazminat yaptırımı ile karşılanacaktır.³³

Anayasamızın 90. maddesinin son fıkrasındaki düzenleme, temel hak ve özgürlüklerin korunması ile uluslararası standartların uygulanması açısından

²⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 29.03.2005 tarihli Alınak / Türkiye Kararı, Başvuru No. 40287/98. hudoc.echr.coe.int/tu

³⁰ Anayasa Mahkemesinin 16.04.2015 tarihli Bejdar Ro Amed Kararı, Başvuru No. 2013/7363. www.anayasa.gov.tr

³¹ Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 27.04.2016 tarih, 2015/6862 Esas, 2016/2664 Karar sayılı İlamı. www.yargitay.gov.tr

³² Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 09.11.2015 tarih 2015/1949 Esas, 2013/3786 Karar sayılı İlamı. www.yargitay.gov.tr

³³ Çoban, Zübeyir. *İfade Özgürlüğü ve Suç Örgütünün veya Amacının Propandasını Yapma Suçu*. Yüksek lisans tezi. Sayfa 43. www.academia.edu Erişim tarihi: 13.02.2017.

uygulayıcıya büyük bir imkân sunmaktadır. Bu açık düzenleme karşısında temel hak ve hürriyetlere yönelik ihlallerde sorunun mevzuat yetersizliğinden mi yoksa uygulamadan mı kaynaklandığı sorusu da bir bakıma anlamsız hâle gelmektedir.

B- Yargıtay kararlarında bozma sebebi yapılan hususlar

1- Gereke zorunluluğu

Terör örgütü propagandası suçunun ifade özgürlüğü ile yakın ilgisi sebebiyle, Yargıtay özellikle son zamanlarda, birçok kararında ifade özgürlüğünün önemini vurgulayıp konu ile ilgili AİHM kararlarına atıf yaptıktan sonra somut olayı değerlendirmeyi tercih etmektedir.³⁴

Anayasamızın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı ile 141. maddesinin 3. fıkrasındaki “*Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır.*” hükmü gereğince mahkeme kararlarının gerekçeli olması zorunludur.

Kararların gerekçeli olması Anayasa 36 ve 141. maddesi ile AİHS 6. maddesi ve CMK 34 ve 230. maddelerinin bir gereğidir.

Gereke zorunluluğu, Anayasa Mahkemesi ve AİHM’ye göre adil yargılanma hakkının bir gereğidir. Aynı zamanda gerekçe, verilen kararların meşruiyetini oluşturmaktadır.

Kararların gerekçeli olması ayrıca sanığın savunma hakkı kapsamında bir gerekliliktir çünkü gerekçe olmadan bu karara karşı kanun yollarına etkili şekilde başvurmak mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesine göre makul gerekçe, “Davaya konu olay ve olguların mahkemece nasıl nitelendirildiğini, kurulan hükmün hangi nedenlere ve hukuksal düzenlemelere dayandırıldığını ortaya koyacak; olay ve olgular ile hüküm arasındaki bağlantıyı gösterecek nitelikte olmalıdır. Zira tarafların o dava yönünden, hukuk düzenince hangi nedenle haklı veya haksız görüldüklerini anlayıp değerlendirebilmeleri için usulüne uygun şekilde oluşturulmuş, hükmün hangi nedenle o içerik ve kapsamda verildiğini gösteren, ifadeleri özenle seçilmiş ve kuşkuya yer vermeyecek açıklıktaki bir gerekçe bölümünün ve buna uyumlu hüküm fıkralarının bulunması zorunludur. Derece mahkemeleri, kendisine sunulan tüm iddialara yanıt vermek zorunda değildir ancak ileri sürülen iddialardan biri kabul edildiğinde, davanın sonucuna etkili olması hâlinde mahkeme bu hususa belirli ve açık bir yanıt vermek zorunda olabilir. Böyle bir durumda dahi, ileri sürülen iddiaların zımnen reddi yeterli olabilir.”³⁵

³⁴ Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 27.04.2016 tarih, 2015/682 Esas, 2016/2664 Karar sayılı İlamı. www.yargitay.gov.tr

³⁵ Anayasa Mahkemesinin 01.06.2013 tarihli İbrahim Ataş Kararı, Başvuru No. 2013/1235. www.anayasa.gov.tr

AIHM, önüne gelen somut olayı incelerken, yerel mahkemenin ilgili ve yeterli gerekçe gösterip göstermediğine bakmakta ve yerel mahkemece ilk bakışta makul ve keyfilikten uzak bir gerekçe gösterilmiş ise kendi yetkisinin ikincil bir yetki olduğunu göz önüne alarak yerel mahkemenin kabulü ve delil takdirine karışmama eğilimindedir.³⁶

Yargıtayın, bazı kararlarında, yerel mahkeme kararlarını incelerken AIHM ve Anayasa Mahkemesi kararlarında açıklanan ilkelerin yerel mahkeme kararlarında da yer alması gerektiğini belirttiği görülmektedir³⁷. Ancak gerek yerel mahkemelerin gerek Yargıtayın aşırı iş yükü ile karşı karşıya olması sebebiyle, yerel mahkeme kararlarında somut olayın ne şekilde geliştiğini dosya kapsamı ile uyumlu olarak açıklayıp kendi kabulünü ortaya koyan kararlar, suç unsurlarını değerlendirmese bile gerekçesizlik sebebiyle bozulmamaktadır.

Yargıtay, ifade özgürlüğünün önemini göz önüne alarak propaganda suçuna ilişkin davaları incelerken diğer konulardaki bozma kararlarından farklı olarak birçok kararında, AIHM kararlarına ve evrensel ilkelere atıf yaparak bozma kararları vermektedir.³⁸

Yargıtay, evrensel ilkelere ve AIHM kararlarına atıf yapmakla birlikte somut dosya ile ilgili propaganda niteliğinde olduğu bildirilen söz veya eylemi genel olarak değerlendirmekte, yukarıda belirtilen ve Anayasa Mahkemesi ile AIHM tarafından uygulandığı bildirilen içerik, kişi, yer, zaman ile kullanılan araç ve yöntem hususunu ise yeterince değerlendirmemektedir. Yargıtay daha çok 3713 sayılı Yasa'nın 7. maddesi kapsamında şiddete teşvik unsuruna yoğunlaşmaktadır.³⁹

Yargıtay 16. Ceza Dairesi; sanığın, terör örgütünün propagandasına dönüşen gösteriye katılıp slogan attığı iddiası ile verilen mahkûmiyet kararına ilişkin yaptığı incelemede; dosya kapsamına göre sanığın gösteriye katılıp katılmadığı, katılmışsa hangi sloganları attığı tespit edilip bu sözlerin propaganda suçunu oluşturup oluşturmayacağı tartışılarak karar verilmesi gerektiğini belirterek kararı bozmuştur.⁴⁰

Yargıtayın, ilk derece mahkemeleri kararları üzerindeki olumlu etkisi göz önüne alındığında, terör örgütünün propagandası suçundan verilen ilk derece mahkemesi kararlarının evrensel standartları yakalayabilmesi ve ifade özgürlüğü ile çatıştığı alanlarda ifade özgürlüğüne haksız müdahale edilmesinin önlenmesi açısından, Yargıtayın tutumunun çok önemli ve etkili olacağı açıktır.

³⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 15.02.2005 tarihli Çamyar ve Berktaş / Türkiye Kararı, Başvuru No. 41959/02. hudoc.echr.coe.int/tu

³⁷ Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 03.02.2016 tarih 2015/7365 Esas, 2016/431 Karar sayılı İlamı. www.yargitay.gov.tr

³⁸ Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 09.11.2015 tarih, 2015/1949 Esas, 2015/3786 Karar sayılı İlamı. www.yargitay.gov.tr

³⁹ Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 04.11.2015 tarih, 2015/5249 Esas, 2015/3719 Karar sayılı İlamı. www.yargitay.gov.tr

⁴⁰ Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 08.12.2015 tarih, 2015/6226 Esas, 2016/4893 Karar sayılı İlamı. www.yargitay.gov.tr

2- Suçun kanıtlanması

Anayasamızın 38. maddesinin 4. fıkrasında “Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.” hükmü yer almaktadır.

CMK 217/1 ve 2 maddelerinde ise “(1) Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdan kanaatiyle serbestçe takdir edilir.

(2) Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.” hükümleri yer almaktadır.

Bu düzenlemeler dikkate alındığında ceza yargılama sistemimizde “masumiyet karinesi” ile ceza hukukunun en temel ilkelerinden olan “şüpheden sanık yararlanır” ilkesinin ve suçun ispatı yönünden “delil serbestisi” sisteminin yer aldığı görülmektedir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu bu hususları şu şekilde ifade etmektedir. “Gerçekleşme şekli şüpheli veya tam olarak aydınlatılmamış olaylar ve iddialar sanığın aleyhine yorumlanarak mahkûmiyet hükmü kurulamaz. Ceza mahkûmiyeti herhangi bir ihtimale değil kesin ve açık bir ispata dayanmalı, bu ispat, hiçbir şüphe veya başka türlü oluşuma imkân vermemeli, toplanan delillerin bir kısmına dayanılıp diğer kısmı göz ardı edilerek ulaşılan kanaate değil, kesin ve açık bir ispata dayanmalıdır. Yüksek de olsa bir ihtimale dayanılarak sanığı cezalandırmak ceza muhakemesinin en önemli amacı olan gerçeğe ulaşmadan hüküm vermek anlamına gelecektir.”⁴¹

Yargıtay 16. Ceza Dairesi, propaganda suçunu işlediği iddia edilen sanıkların durumunu değerlendirdiği kararlarında masumiyet karinesi ve şüpheden sanık yararlanır ilkesine son derece dikkat etmektedir. Bu bağlamda verdiği 2015 tarihli kararında sanığın katıldığı iddia edilen gösteride çekilen CD’nin bilirkişi aracılığı ile incelenerek sanık tarafından atılan sloganların tespit edilip bu sloganların propaganda suçunu oluşturup oluşturmayacağı tartışılarak karar verilmesi gerektiğini ifade etmiştir.⁴²

Bir başka kararında ise sanığın gösteriye katılıp katılmadığı ve propaganda suçunu oluşturduğu iddia edilen sloganları atıp atmadığının kuşkulu kaldığı hâllerde, sanığın fotoğrafının çekilerek olay sırasında çekilen görüntülerle sanığın fotoğrafı karşılaştırılıp sanığın gösteriye katılıp katılmadığı ve propaganda suçunu oluşturacak söz söyleyip söylemediği hususunda bilirkişi raporu alınması ve gerektiğinde olay tutanağını düzenleyen kolluk görevlileri de dinlenerek sanığın eyleminin kuşkuya yer vermeyecek şekilde saptanması gerektiğini belirtmektedir.⁴³

⁴¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 17.03.2015 tarih, 2015/6-66 Esas, 2015/25 Karar sayılı İlamı. www.yargitay.gov.tr

⁴² Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 21.12.2015 tarih, 2015/6494 Esas, 2015/5161 Karar sayılı İlamı. www.yargitay.gov.tr

⁴³ Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 30.06.2016 tarih, 2015/1697 Esas, 2016/4625 Karar sayılı İlamı. www.yargitay.gov.tr

Düzenlenen gösteride, propaganda suçu işlediği iddiası ile dava açılan sanık hakkında ilk derece mahkemesince verilen beraat hükmünü, Cumhuriyet Savcısı'nın, dosyada mevcut iletişimin tespiti tutanaklarına dayanarak suçun sübut bulduğu gerekçesi ile sanık aleyhine temyiz etmesi üzerine dosyayı inceleyen 16. Ceza Dairesi, gösteriye katılıp slogan attığı yönünde somut delil bulunmayan sanığın sadece iletişimin tespiti tutanaklarına dayanılarak cezalandırılmayacağını belirterek verilen beraat hükmünün onanmasına karar vermiştir.⁴⁴

Katıldığı gösteride “oramar” isimli, PKK saflarına katılmayı teşvik eden marşı grupla birlikte söylediği iddia edilen sanık hakkında verilen mahkûmiyet kararını inceleyen Yargıtay 16. Ceza Dairesi; sanığın katıldığı gösteride “oramar” isimli marşı söyleyip söylemediğinin gerekirse tutanak düzenleyiciler de dinlenerek belirlenmesi ve söylendiği iddia edilen marşın Türkçe çevirisinin dosya içine konulması gerektiği gerekçesi ile bozulmasına karar vermiştir.⁴⁵

3- Suç olarak değerlendirilen eylemler

Yargıtay özellikle son zamanlarda verdiği kararlarında ifade açıklamasının terör örgütünün propagandası suçunu oluşturduğunun kabulü için mutlaka cebir, şiddet ve tehdit, unsurlarını taşıması gerektiğini belirtmektedir.

Düzenlenen gösteriye katılan sanığın, içinde bulunduğu grupla birlikte, terör örgütü lehine “biji serok Apo” şeklinde slogan atması ve grup içindeki kişilerin polise taşla saldırımları sonrasında açılan davada sanığın, terör örgütünün propagandası suçundan cezalandırılmasına ilişkin davayı inceleyen Yargıtay 16. Ceza Dairesi; gösteri sırasında sanığın terör örgütü lehine slogan atması ve gösteriye katılanların polise taş atarak saldırımları sebebiyle gösterinin barışçıl niteliğinin bozulduğunu belirterek sanık hakkında verilen mahkûmiyet hükmünün onanmasına karar vermiştir.⁴⁶

Katıldığı gösteride “oramar” isimli marşı gösteriye katılan diğer şahıslarla birlikte söylemesi sebebiyle yerel mahkemece sanığın mahkûmiyetine karar verilmiştir. Temyizi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 16. Ceza Dairesi; PKK terör örgütünün “cebir, şiddet veya tehdit” içeren yöntemlerini meşru gösteren, öven ve teşvik eden “Oramar” isimli marşı hep bir ağızdan söylediklerinin sabit olduğunu ve bu eylemin terör örgütünün propagandası suçunu oluşturduğunu belirtip mahkûmiyet hükmünün onanmasına karar vermiştir.⁴⁷

Terör örgütü PKK'ya yakınlığı ile bilinen internet sitelerinden yapılan çağrılar üzerine toplanan kalabalığın “dişe diş kana kan seninleyiz Öcalan” şeklinde terör

⁴⁴ Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 26.04.2016 tarih, 2015/5406 Esas, 2016/3084 Karar sayılı İlamı. www.yargitay.gov.tr

⁴⁵ Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 12.05.2015 tarih, 2015/2525 Esas, 2015/1399 Karar sayılı İlamı. www.yargitay.gov.tr

⁴⁶ Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 07.12.2015 tarih, 2015/2508 Esas, 2015/5032 Karar sayılı İlamı. www.yargitay.gov.tr

⁴⁷ Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 16.11.2015 tarih, 2015/2780 Esas, 2015/4145 Karar sayılı İlamı. www.yargitay.gov.tr

örgütünün cebir, şiddet ve tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya teşvik edecek şekilde slogan attığı ve sanıkların da bu kalabalık içinde yer alıp grubu yönlendirdikleri eylem ile ilgili verilen mahkûmiyet kararı, Yargıtay 16. Ceza Dairesi tarafından ifade özgürlüğü kapsamında kabul edilemeyecek bir eylem olarak görülüp mahkûmiyet kararı onanmıştır.⁴⁸

Terör örgütü propagandasına dönüşen gösteriye katılıp polise taş atan grup içinde yer alan ve elinde maske ile yakalanan sanığın, terör örgütünün propagandası suçundan mahkûmiyetine ilişkin yerel mahkeme kararı Yargıtay 16. Ceza Dairesi tarafından oy birliği ile onanmıştır.⁴⁹

Yedi kişinin gözaltına alınıp akabinde adliyeye getirilmesi üzerine, gözaltına alınanlara destek vermek amacıyla adliye önüne gelen sanığın, altı kişiyle birlikte iken üzerinde “Devrim yürüyüşümüz sürüyor, baskılar ve gözaltılar bizi yıldıramaz, halk cephesi” yazılı pankart açtıkları; sanığın “işkencecilerden hesap sorduk soracağız, bedel ödedik ödeteceğiz, halkız haklıyız kazanacağız” şeklinde sloganlar attığı ve sonrasında güvenlik güçlerince ses ve görüntü kayıtlarının yapılmasına tepki olarak tehdit içeren sözler sarf ettiği ve mahkemenin pankart ve sloganlardan dolayı sanığın propaganda suçundan mahkûmiyetine karar verdiği dosyayı inceleyen Yargıtay 16. Ceza Dairesi, mahkûmiyet kararını oy çokluğu ile onamıştır.⁵⁰

Yargıtay 16. Ceza Dairesi, sosyal medya üzerinden yapılan paylaşımları diğer ifade açıklamaları ile aynı nitelikte görmektedir. Bu kapsamda, Facebook üzerinden yapılan paylaşımlarda terör örgütünün propagandası suçunun unsurlarının bulunması hâlinde sanığın cezalandırılması ve verilecek cezadan Terörle Mücadele Kanunu 7/2- 2. cümle gereğince arttırım yapılması gerektiğine karar vermiştir.⁵¹

Bir başka dosyada ise sanığın kızının, daha önce terör örgütü PKK’ya katılması ve suç tarihi öncesinde kendisini yakarak öldürmesi üzerine, olayla ilgili ifadesi alınmak üzere sanık karakola çağırılmıştır. Sanık karakolda alınan ifadesinde; “Ben de bir PKK destekçisi olarak kızımın bu hareketinden ziyadesiyle memnun oldum; kızımın PKK’ya katılarak devlete karşı silahlı mücadele vermesi benim için bir onurdur, ben de o anda Kandil’de olmam durumunda Abdullah Öcalan için kendimi yakardım ve talimat verilmesi durumunda liderimiz Abdullah Öcalan için kendimi yakmaya hazırım. Ben de bizzat PKK’nın yaptığı eylemleri desteklemekte ve bu yönde çalışmalar yapmaktayım.” şeklinde beyanda bulunmuştur.

Hakkında terör örgütünün propagandasını yapmak suçundan cezalandırılması talebi ile açılan davanın yargılması neticesinde ilk derece mahkemesince sanığın bu

⁴⁸ Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 02.03.2016 tarih, 2015/7871 Esas, 2016/1811 Karar sayılı İlamı. www.yargitay.gov.tr

⁴⁹ Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 17.11.2016 tarih, 2016/6304 Esas, 2016/5721 Karar sayılı İlamı. www.yargitay.gov.tr

⁵⁰ Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 02.02.2016 tarih, 2015/7527 Esas, 2016/534 Karar sayılı İlamı. www.yargitay.gov.tr

⁵¹ Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 26.11.2015 tarih, 2015/6776 Esas, 2015/4492 Karar sayılı İlamı. www.yargitay.gov.tr

beyanlarının, terör örgütünün; “cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini övecek, meşru gösterecek veya bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde” olduğu belirtilerek 1 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına, verilen cezanın ertelenmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

Kararın temyiz edilmesi üzerine dosyanın gönderildiği Yargıtay 16. Ceza Dairesi, ilk derece mahkemesinin kararına atf yaparak oy çokluğu ile kararın onanmasına karar vermiştir.⁵²

Muhalef üye, gerekçesinde; sanığın, sözlerinin içeriği itibarıyla örgüt propagandası niteliği taşıyan sözler söylemiş ise de AİHM içtihatları göz önüne alındığında eylemin gerçekleştiği yer, muhataplar, dinleyici kitlesi ve bu kitleyi harekete geçirme potansiyeli bulunmadığı dikkate alındığında, çoğunluğun hukuki değerlendirmesine katılmadığını belirtmiştir.

Davaya konu olay, Anayasa Mahkemesi ve AİHM’nin, ifade özgürlüğü ihlalinin ileri sürüldüğü tüm davalarda uyguladığı üç aşamalı test uygulanarak incelenecek olursa; eylemin 3713 sayılı Yasa’nın 7/2 maddesinde düzenlendiği ve müdahale için kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin engellenmesi meşru sebebinin bulunduğu anlaşılabacaktır.

Demokratik toplumda gereklilik yönünden ele alındığında; söylenen sözler içerik olarak incelendiğinde, oldukça ağır sözler söylendiği, kendisini terör amacıyla yakmanın iyi bir şey gibi gösterilerek terörün idealize edildiği, terör örgütüne katılmanın teşvik edildiği sonucuna varılabilecektir.

Sözü söyleyen kişinin normal bir kişi olduğu, muhatapları olanların ise terörle en çok mücadele eden polis memurları olduğu ve CMK gereğince soruşturmanın gizli yürütülmesi sebebiyle bu sözlerin normal kişiler tarafından duyulması ve onların şiddete teşvik edilmesi söz konusu olmayacaktır. Zaten sözler başkaları muhatap alınarak söylenmemiştir.

Yer ve zaman yönünden değerlendirildiğinde ise söylenen yer kamu kurumudur ve ancak işi olanların gelebileceği bir yerdir. Yerel mahkeme kararında bu ifadenin verildiği tarihte bölgede herhangi bir terör olayı veya gergin bir ortam olduğu belirtilmemiştir.

Kullanılan yöntem ve araç yönüyle bakıldığında ise etkili bir kitle iletişim aracı veya medyanın kullanılmadığı, bir bakıma zorunlu olarak ifade verme işlemine katılımın söz konusu olduğu anlaşılmaktadır.

Yargıtay tarafından yapılan incelemede somut olay; şablon karar üzerinden değil de her somut olay bir bütün olarak ele alınarak söylenen sözler bağlamından

⁵² Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 30.11.2015 tarih, 2015/6582 Esas, 2015/4479 Karar sayılı İlamı. www.yargitay.gov.tr

koparılmadan, içerik, kişi, yer, zaman, araç ve yöntem yönünden ele alınıp değerlendirilmiş olsaydı varılan sonuç daha tatmin edici ve yol gösterici olacaktı. Ayrıca kararda, verilen cezanın hedeflenen meşru amaç olan suç işlenmesinin önlenmesi amacına ulaşmak için orantılı olup olmadığı hususu hiç değerlendirilmemiştir.

C- Suç olarak değerlendirilmeyen eylemler

Yukarıda belirtildiği gibi AİHM ve Anayasa Mahkemesi tarafından her olayda uygulanan üç aşamalı testi Yargıtay son zamanlarda daha fazla uygulamaya başlamıştır.

Genellikle terör suçundan yargılanan sanıkların mahkeme salonunda terör örgütü veya örgütün lideri lehine slogan atılması veya örgütün eylemlerini desteklediği yönündeki açıklamalarını değerlendiren Yargıtay 16. Ceza Dairesi; eylemin gerçekleştirildiği yer, koşullar ve muhatapları, dinleyici kitlesi ve bu kitleyi harekete geçirme potansiyeli bulunmadığı gibi atılan sloganların terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek, övecek veya teşvik edecek nitelikte olmadığı, bu sözlerin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi ve beraat kararı verilmesi gerektiğini belirtmektedir.⁵³

Benzer şekilde, mahkemeye sunulan savunma dilekçesinde; PKK'nın, özgürlük hareketi, Kürt halkının öncü gücü, PKK'nın silahlı unsurlarının meşru öz savunma güçleri olduğu yönündeki beyanlar sebebiyle terör örgütü propagandası suçundan verilen mahkûmiyet kararı ile ilgili yapılan inceleme sonunda; eylemin gerçekleştirildiği yer, koşullar ve muhatapları da nazara alındığında, savunma hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilerek karar bozulmuştur.⁵⁴

Yargıtay 16. Ceza Dairesi, yasal bir partinin il kongresi sırasında “başkansız yaşam olmaz” ve “biji serok Apo” şeklindeki sloganların silahlı direnmeye veya isyana teşvik niteliğinde olmadığını ve nefret söylemi olarak da değerlendirilemeyeceğini belirterek mahkûmiyet kararını bozmuştur.⁵⁵

Toplantı sırasında, içeriğinde cebir, şiddet veya tehdit bulunmayan basın açıklamasını okuduğu sırada, bir başkası tarafından tutulan megafona konuşmasından ötürü terör örgütünün propagandası suçundan ceza alan sanığın temyiz incelemesi sonunda mahkûmiyet kararının bozulmasına karar verilmiştir.⁵⁶

Terör örgütünün propagandası suçlarına ilişkin davaların temyiz incelemesini yapmakla görevli olan Yargıtay 16. Ceza Dairesi, gösteri yürüyüşü sırasında söylenen sözlerin propaganda suçunu oluşturup oluşturmadığını araştırırken, atılan sloganların

⁵³ Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 04.10.2016 tarih, 2016/2133 Esas, 2016/5010 Karar sayılı İlamı. www.yargitay.gov.tr

⁵⁴ Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 24.11.2015 tarih, 2015/6306 Esas, 2016/4329 Karar sayılı İlamı. www.yargitay.gov.tr

⁵⁵ Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 12.01.2016 tarih, 2015/1859 Esas, 2016/32 Karar sayılı İlamı. www.yargitay.gov.tr

⁵⁶ Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 11.11.2016 tarih, 2016/6545 Esas, 2016/5555 Karar sayılı İlamı. www.yargitay.gov.tr

terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek, övecek veya teşvik edecek nitelikte olup olmadığını ve gösterinin barışçıl niteliğinin bozulup bozulmadığını değerlendirmektedir.⁵⁷

Nevruz kutlamaları sebebiyle Van ilinde düzenlenen gösteriye katılan ve terör örgütü PKK'nın lideri lehine slogan attığı kabul edilen sanık hakkında, terör örgütünün propagandasını yapmak suçundan açılan kamu davasında yapılan yargılama sonunda mahkûmiyet kararı verilmiştir. Kararın temyizi üzerine Yargıtay 16. Ceza Dairesi yaptığı inceleme sonunda; ifade özgürlüğünün önemini belirtip AİHM kararları doğrultusunda, toplantı ve gösteri yürüyüşünde olsun veya olmasın atılan sloganlar ile verilen mesajın şiddete çağrı, tahrik ve teşvik edici yahut silahlı direnişe ve isyana davet şeklinde veya insanda saldırgan duygular oluşturacak biçimde anlamsız bir nefret yaratarak şiddetin doğmasına uygun bir ortamı oluşturacak nefret söylemi olmadığını ve gösterinin şiddete başvurulmadan sona erdiğini, bu sebeple sanığın beraatine karar verilmesi gerektiğini belirterek mahkûmiyet hükmünü bozmuştur.⁵⁸

Suç tarihinde YGS protestosu yapılacağı belirtilerek alınan izin sonrasında düzenlenen gösteriye katılan sanığın, yanındaki grup ile birlikte cadde üzerinde yürüyerek geldikleri, parkta pankart açıp slogan attıkları gerekçesiyle yapılan soruşturma sonunda terör örgütünün propagandasını yapmak suçundan açılan davasının yapılan yargılaması neticesinde mahkûmiyetine karar verilmiştir. Yargıtay 16. Ceza Dairesi, sanığın taşıdığı flamanın ve atılan sloganların; örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek yahut teşvik edecek nitelikte olmadığını, sanığın beraatine karar verilmesi gerektiğini belirterek mahkûmiyet hükmünün bozulmasına karar vermiştir.⁵⁹

Yargıtay 16. Ceza Dairesi, izin alınarak veya izin alınmadan yapılan gösteriye katılan kişilerin gösteri sırasında attığı sloganlar veya yaptıkları ifade açıklamasına ilişkin eylemler ile ilgili önüne gelen davaları benzer şekilde ele almıştır. Bu bağlamda, terör örgütüne ait bayrağın taşınması,⁶⁰ gösteri sırasında zafer işareti yapılması,⁶¹ oturma eylemi sırasında üzerinde PKK yazılı kolyenin boyunda takılı olması,⁶² üzerinde Kürdistan yazılı tişört giyerek kamu kurumuna gidilmesi,⁶³ açlık grevine katılanlara destek için yapılan toplantıda şiddete çağrı veya terör eylemlerini övme niteliği

⁵⁷ Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 27.04.2016 tarih, 2015/6862 Esas, 2016/2664 Karar sayılı İlâmı. www.yargitay.gov.tr

⁵⁸ Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 17.02.2016 tarih, 2015/5080 Esas, 2016/968 Karar sayılı İlâmı. www.yargitay.gov.tr

⁵⁹ Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 01.06.2016 tarih, 2015/2282 Esas, 2016/3884 Karar sayılı İlâmı. www.yargitay.gov.tr

⁶⁰ Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 09.11.2015 tarih, 2015/1948 Esas, 2015/3786 Karar sayılı İlâmı. www.yargitay.gov.tr

⁶¹ Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 09.11.2015 tarih, 2015/2756 Esas, 2015/4093 Karar sayılı İlâmı. www.yargitay.gov.tr

⁶² Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 05.11.2015 tarih, 2015/2032 Esas, 2015/4019 Karar sayılı İlâmı. www.yargitay.gov.tr

⁶³ Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 25.11.2015 tarih, 2015/5430 Esas, 2015/4689 Karar sayılı İlâmı. www.yargitay.gov.tr

taşımayan konuşma yapılması⁶⁴ durumlarının hiçbirinde şiddeti teşvik veya terör eylemlerini haklı gösterme söz konusu olmadığından söz ve eylemlerin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi ve beraat hükmü verilmesi gerektiğine karar vermiştir.

D- Sayma yöntemi ile belirlenen eylemler

Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesinin 2. fıkrasında 6459 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sonrasında, terör örgütünün propagandası suçunun oluşması için ifade açıklamasının terör örgütünün “*cebiri, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek yahut bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde*” olması gerektiği belirtildiği hâlde aynı fıkranın (b) bendinde;

“b) Toplantı ve gösteri yürüyüşü sırasında gerçekleşme dahi, terör örgütünün üyesi veya destekçisi olduğunu belli edecek şekilde;

1- Örgüte ait amblem, resim veya işaretlerin asılması veya taşınması,

2- Slogan atılması,

3- Ses cihazları ile yayın yapılması,

4- Terör örgütüne ait amblem, resim veya işaretlerin üzerinde bulunduğu üniformanın giyilmesi.” hâlinde de terör örgütü propagandasından ceza verileceği hükmü getirilmiştir.

Terör örgütünün propagandası suçu için aranan cebir, şiddet veya teşvik içeren yöntemlerin meşru gösterilmesi yahut övülmesi veya bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek nitelikte olması durumunun (b) bendinde sayılan eylemler için de gerekip gerekmediği tartışma konusu olmuştur.

Yargıtay, daha önceki uygulamalarında söz konusu maddedeki düzenlemeye uygun olarak karar verdiği ve bu bağlamda terör örgütünün liderinin resmi bulunan tişörtün giyilmesi,⁶⁵ terör örgütünün ölen mensuplarının yer aldığı pankartın taşınması,⁶⁶ terör örgütünün propagandasına dönüşen gösteriye katılıp atılan sloganlara alkışla tempo tutulması,⁶⁷ terör örgütünün çağrısı üzerine düzenlenen imza kampanyasına katılıp bu amaçla düzenlenen dilekçeleri imzalattırma⁶⁸ eylemlerini terör örgütü propagandası saymıştır.

⁶⁴ Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 01.11.2016 tarih, 2016/6545 Esas, 2016/5555 Karar sayılı İlamı. www.yargitay.gov.tr

⁶⁵ Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 26.10.2010 tarih, 2008/19096 Esas, 2010/11014 Karar sayılı İlamı. www.yargitay.gov.tr

⁶⁶ Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 26.10.2010 tarih, 2008/19096 Esas, 2010/11014 Karar sayılı İlamı. www.yargitay.gov.tr

⁶⁷ Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 24.05.2011 tarih, 2011/4423 Esas, 2011/3052 Karar sayılı İlamı. www.yargitay.gov.tr

⁶⁸ Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 17.02.2011 tarih, 2009/2893 Esas, 2011/998 Karar sayılı İlamı. www.yargitay.gov.tr

Yargıtay, daha sonraki tarihli kararlarında ise Anayasa'nın 90. maddesindeki düzenleme ve AİHM tarafından verilen ihlal kararları sebebiyle içtihatlarında değişiklik yapmıştır. Yargıtay son zamanlarda verdiği kararlarında AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararlarında olduğu gibi üç aşamalı test uygulaması yaparak sonuca gitmeye başlamış ve ifade özgürlüğünü daha fazla koruyan kararlar vermiştir. Bu bağlamda olmak üzere, Yargıtay, cebir şiddet, içermeyen veya terör eylemlerini hoş göstermeyen, kin ve intikam almaya çağırmayan sadece slogan atma⁶⁹ veya terör örgütü lehine pankart taşıma⁷⁰ gibi eylemlere terör örgütü propagandasından ceza verilemeyeceği yönünde kararlar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay kararları göz önüne alındığında terör örgütü propagandası suçunun oluşumu için Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen cebir, şiddet veya tehdit unsurunun artık 2. fıkranın (b) bendinde yer alan eylemler için de aranacağı, bu unsurların bulunmaması durumunda ise beraat kararı verilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Bu durumda Anayasa'nın 90. maddesindeki düzenleme gereği Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendi, AİHS'nin 10. maddesine aykırı olduğu için mahkemeler tarafından dikkate alınmayacaktır.

E- Açık ve yakın tehlike

Açık ve yakın tehlike, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin gerekli olup olmadığının denetlenmesi sırasında, Amerikan Yüksek Mahkemesinin uzun yıllardır uyguladığı kriterlerden biridir.

“Açıklık”, tehlikenin şüpheye yer vermeyecek şekilde ortada olmasını, “yakınlık” ise ifade özgürlüğünün kullanımı sırasında söylenen sözlerin zarar doğurma olasılığının kesine yakın olmasını ifade eder.⁷¹

5237 sayılı TCK'nın 215. maddesinde “*İşlenmiş olan bir suçu veya işlemiş olduğu suçtan dolayı bir kişiyi alenen öven kimse, bu nedenle kamu düzeni açısından **açık ve yakın** bir tehlike ortaya çıkması hâlinde iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” hükmü ile birlikte açık ve yakın tehlike suçun somut unsuru hâline getirilmiştir. Benzer içerikteki düzenleme 5237 sayılı TCK'nın 216. maddesinde de yer almaktadır.

AİHM ve Anayasa Mahkemesi, “*açık ve yakın tehlike*” kriterini kullanmamakta bunun yerine AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenleme gereğince “*demokratik toplumda gerekli olma*” ve “*orantılılık*” kriterlerini kullanmaktadır.

Terör örgütü propagandası suçunu düzenleyen 3713 sayılı Yasa'nın 7. maddesinin 2. fıkrasında “açık ve yakın” tehlike unsuruna yer verilmemiştir. Ancak terör örgütü propagandası suçlarına bakmakla görevli olan Yargıtay 16. Ceza Dairesi, bazı

⁶⁹ Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 27.04.2016 tarih, 2015/6862 Esas, 2016/2664 Karar sayılı İlamı. www.yargitay.gov.tr

⁷⁰ Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 09.11.2015 tarih, 2015/1948 Esas, 2015/3786 Karar sayılı İlamı. www.yargitay.gov.tr

⁷¹ Korkmaz, Ömer. *Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ve Sınırları*. Yetkin Yayınları: Ankara. 2014. s. 305.

kararlarında açık ve yakın tehlike unsurunun bulunup bulunmadığını değerlendirmektedir.

Otuz beş vatandaşın yanlışlıkla bombalama sonucu öldüğü, bu olaydan birkaç gün sonra sanığın da içinde bulunduğu grubun Gaziantep ilinde düzenlenen protesto gösterisine katıldığı, gösteri sırasında sanığın da içinde bulunduğu grubun “PKK intikam, biji serok Apo, şehit namının, disa disa serildan, gençlik Apo’nun fedaisidir” şeklinde sloganlar attıkları, terör örgütüne ait marş söyledikleri, sanığın baştan sona grup içinde bulunup grupla bütünleşecek şekilde hareket ettiği gerekçesi ile yerel mahkemece terör örgütünün propagandasını yapmak suçundan mahkûmiyet kararı verilmiştir.

Kararın temyizi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 16. Ceza Dairesi; kolluk tutanaklarına göre kanuna aykırı olarak gerçekleştirilen toplantı ve gösteri yürüyüşünde, cebir ve şiddet içeren sloganlar atan grupla bütünleşip slogan atan sanığın, sarf ettiği sözler tekdüze ve doğrudan cebir ve şiddet içermeyen nitelikte olsa dahi atılan sloganların etkisiyle kitle içinde bir grubun “belediye otobüsüne saldırma girişiminde” bulunmaya yönelttiği dikkate alındığında, bu açıdan *açık ve yakın bir tehlikeye* vücut verdiği belirtilerek mahkûmiyet hükmünün onanmasına karar vermiştir.⁷²

İki öğrenci grubu arasında meydana gelen gerginlik sırasında terör örgütü PKK lehine “biji serok Apo” ve “be serok jiyan nabe” (başkansız yaşam olmaz) şeklinde slogan atılması üzerine terör örgütü propagandası suçundan mahkûmiyet kararı verildiği, kararın temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 16. Ceza Dairesince yapılan inceleme sonunda; olayın oluş biçimi, iki farklı siyasi görüşe mensup öğrenci grubu arasındaki süregelen cebir, şiddete teşvik edici olması, kamu düzeni ve güvenliğinin bozulması hususunda *açık ve yakın tehlike oluşturmaya* gözetildiğinde, atılan sloganların ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemeyeceği belirtilerek mahkûmiyet hükmünün onanmasına karar verilmiştir.⁷³

⁷² Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 07.03.2016 tarih, 2015/2276 Esas, 2016/1947 Karar sayılı İlâmı. www.yargitay.gov.tr

⁷³ Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 12.01.2016 tarih, 2015/1891 Esas, 2016/622 Karar sayılı İlâmı. www.yargitay.gov.tr

Sonuç

İfade özgürlüğünün kullanımı sırasında, suç oluşturan veya hakaret içeren bir söz söylendiğinde ifade özgürlüğüne sınırlama getirilebilir. Bu sınırlama ceza yaptırımını veya tazminat olarak gündeme gelebilir. Bu durumda özellikle ifade özgürlüğünün toplum yaşamındaki önemi de göz önüne alındığında, uygulanan ceza miktarı veya tazminat, ifade özgürlüğünü kullanan kişilerin veya başkalarının ileride toplumu ilgilendiren, kamunun genel yararı olan konularda görüşlerini açıklamaktan vazgeçmelerine sebep olacak boyutta olmamalıdır. Aksi takdirde ulaşılmak istenen meşru amaç ile ifade özgürlüğüne getirilen sınırlama arasında orantı olmayacağından ifade özgürlüğüne haksız bir müdahale yapılmış olacaktır.

Açıklanan görüş, şiddete teşvik edici veya bireylere zarar verici nitelikte değilse; haber verme yahut eleştiri amacı taşıyorsa sert ve keskin tonda açıklansa bile ifade özgürlüğü kapsamında korunmalıdır.

Yapılan bir konuşmanın içinden bir cümle alınarak terör örgütü propagandası suçunu oluşturup oluşturmadığına karar verilmesi yanlış sonuca götürebilir. Bu sebeple konuşma bir bütün hâlinde ele alınıp bağlamından koparılmadan içerik, kişi, yer, zaman, araç ve yöntem yönünden değerlendirilmelidir.

Yargıtayın son zamanlardaki kararlarında ifade özgürlüğünü daha fazla koruyan bir yaklaşım sergilediği, özellikle Anayasa Mahkemesi ve AİHM'nin uyguladığı kriterleri uygulamaya çalıştığı görülmektedir. Ancak kararlara ilkelerin yazılması yanında her davada bu kriterlerin ne şekilde olduğu veya oluşmadığının gösterilmesi çok olumlu sonuçlar verecektir.

Kaynakça

- Anayasa Mahkemesi internet sitesi. www.anayasa.gov.tr
- Artun, Avcı. *Türkiye’de İnternet ve İfade Özgürlüğü*. Legal Yayıncılık: İstanbul. 2015.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları*. Türkiye Barolar Birliği yayını. Şen Matbaası: Ankara. 2008.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*. Avrupa Konseyi. Ankara. 2007.
- D. J. Harris., M. O’Boyle., E. P. Bates., C. M. Buckley. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*. Avrupa Konseyi yayını. Şen Matbaası: Ankara. 2013.
- Erhan, Tanju. *İfade ve Basın Özgürlüğü*. Seçkin Yayınları: Ankara. 2012.
- Halit, Yılmaz. *İfade Özgürlüğü Sorunu Olarak Nefret Söylemi*. Adalet Yayınları. Ankara. 2015.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi internet sitesi. hudoc.echr.coe.int/tu
- Mehmet Ali, Zengin. *Türk Hukukunda Bilgi Edinme Hakkının Sınırları*. Adalet Yayınları: Ankara. 2012.
- O. Serkan, Gülfidan. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Kötüye Kullanma Yasağı*. Oniki Levha Yayınları. İstanbul. 2013.
- Osman, Doğru., Atilla, Nalbant. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*. Pozitif Matbaası. 2013.
- Ömer, Korkmaz. *Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ve Sınırları*. Yetkin Yayınları: Ankara. 2014.
- Özcan, Özbey. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü*.
- Serkan, Kızılyel. *Temel Hak ve Özgürlüklerin Kısıtlanmasında Kamu Güvenliği Ölçütü*. Beta Yayınları: İstanbul. 2013.
- Sibel, İnceoğlu. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*. Beta Yayınları: İstanbul. 2013.
- Gözübüyük, Şeref., Gölcüklü, Feyyaz. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*. Turhan Kitabevi: Ankara. 2013.

Yargıtay Başkanlığı internet sitesi. www.yargitay.gov.tr

Zeki, Yıldırım. *Terörizmin Propagandası Suçu*. Adalet Yayınevi: Ankara. 2014.

Zübeyir, Çoban. *İfade Özgürlüğü ve Suç Örgütünün veya Amacının Propagandasını Yapma Suçu. Yüksek lisans tezi*. www.academia.edu erişim tarihi: 13.02.2017.

Zühtü, Arslan. *ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü*. Liberal Düşünce Topluluğu. Ankara. 2003.

Radyo ve Televizyon Yayınlarının Önceden Yasaklanması Yasal Temelleri Üzerine Bir İnceleme

Dr. Zühal Aysun Sunay

Danıştay Tetkik Hâkimi

Özet

Radyo ve televizyon yayıncılığının toplumun bilgilendirilmesi konusunda önemli bir yeri olduğu bilinmektedir. Bu nedenle radyo ve televizyon yayınları alanında ifade özgürlüğünün egemen kılınması demokratik toplumlar açısından vazgeçilmezdir. Tüm özgürlükler gibi ifade özgürlüğünün de sınırsızlığı kabul edilemez. Bir özgürlüğün layıkıyla yaşanabilmesi için hakkın sınırlarının açıkça düzenlenmesi, bu sınırların aşılmasının ve kötüye kullanılmasının önüne geçmek adına gerekli tedbirlerin alınması ve sınırlamaların demokratik toplumun gereklerine uygun ve ölçülü olması gereklidir. Radyo ve televizyon yayınlarının önceden yasaklanması, ifade özgürlüğüne getirilen ciddi bir kayıttır. Dolayısıyla bu uygulamanın amacının, süresinin, kapsamının ve denetiminin yasa ile düzenlenmesi hayati önem taşır. Bunun ötesinde, idari ve yargısal uygulamalar ifade özgürlüğü hakkının etkinliği açısından asıl rolü üstlenmektedir. Bu nedenle bu çalışmada hem radyo ve televizyon yayınlarına getirilen yayın yasaklarının hukuki temelleri ele alınmış hem de bu konuda verilen idari ve yargısal kararlar analiz edilerek problemli alanlar tespit edilmiş ve çözüm önerileri sunulmuştur.

Anahtar kelimeler: ifade özgürlüğü, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü, radyo ve televizyon yayınlarının önceden durdurulması, yayınların men edilmesi, yayın yasağı.

Abstract

Radio and television broadcasting are known to hold a significant position about informing the society. Protection of freedom of expression in the field of radio and television broadcasting is, therefore, essential for democratic societies. As it is the case for all freedoms, unrestricted freedom of expression is also unacceptable. The limits of a right need to be clearly regulated for a proper and thorough exercise of a freedom; necessary precautions must be taken in order to prevent exceeding and abusing such limits; and the mentioned limitations should be moderate and in accordance with the requirements of a democratic society. Imposing a ban on radio and television broadcasting in advance is a severe restriction of freedom of expression. It is, therefore, of crucial importance that the intention, duration, scope and audit of such ban are regulated and laid down by laws. Furthermore, administrative and judicial practices play the main role with regard to the efficiency of the right to freedom of expression. For that reason, not only the legal bases of the bans imposed on radio and television broadcasts are addressed in this study, but also problematic areas are identified, through an analysis of the administrative and judicial verdicts rendered in this regard, and solutions are offered accordingly.

Keywords: freedom of expression, freedom of thought and dissemination, suspension of the radio and television broadcasting in advance, prevention of the broadcast, broadcast ban.

I. Giriş

Günümüzde medyanın; üç temel erk olan yasama, yürütme ve yargıya ek dördüncü bir erk olarak görülmesi doğaldır. Çünkü demokratik bir toplumda medya; bilgilerin, kanıların, haberlerin, düşüncelerin etkili biçimde yayılmasına olanak sağlayan ciddi bir denge unsurudur. Yazılı medyaya göre daha geniş alanda etki yaratması ve hızlı sonuç doğurması bakımından görsel ve işitsel medya, ayrı bir öneme sahiptir. Bu nedenle görsel ve işitsel medyada etkin bir ifade özgürlüğü sisteminin yaratılabilmesi oldukça önemlidir.

Bütün özgürlükler gibi, ifade özgürlüğünün de sınırsızlığı söz konusu değildir. Bir özgürlüğün gerektiği şekilde yaşanabilmesi için sınırların aşılmasını ve kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla önceden bazı kayıtlar konulması söz konusu olabilmektedir. Ancak burada önemli olan nokta, özgürlüğün yaşanabildiği bir sistem için bu sınırlamaların ölçülü olması ve bunların esas amacının gözden uzak tutulmadan hayata geçirilmesidir. Bu bağlamda, radyo ve televizyon yayınlarına önceden getirilen geçici yasaklar hakkın kullanımına ciddi bir müdahale oluşturduğundan, bu yasaklamaların hukuki zemini ve nasıl uygulandığı üzerinde çalışmaya değer bir konudur.

Bu çalışmada, ilk olarak, yayınların önceden yasaklanmasının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) içtihatlarında nasıl değerlendirildiği ele alınacak ve temel ilkeler belirlenecektir. Ayrıca bu tip yasaklamaların Türk hukukundaki kanuni dayanakları ortaya konularak mevcut yasal düzenlemelerin yayın yasakları için yeterli hukuki zemin oluşturup oluşturmadığı değerlendirilecektir. Bunun yanında, geçici yayın yasağı getiren idari ve yargısal kararlar irdelenerek yayın yasaklarının uygulamadaki görünümü ortaya konacaktır.

II. AİHM Kararlarında Yayınların Önceden Yasaklanması

Temel hak ve özgürlüklerin sağlanması kadar bu hakların etkin bir şekilde korunmasını isteme hakkının güvence altına alınması da büyük önem taşır.¹ İfade özgürlüğü hakkına ilişkin daha önce İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 19. maddesiyle tanınan güvence,² Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS)³ 10.

¹ Velu, Jacques., Ergeç, Ruşen. *La Convettion des Driots de l'Homme*. Ed. Bruylant. 1990. n°381. s. 335 vd. Aktaran Tezcan Durmuş. “Adil (Dürüst) Yargılanma Hakkının Uygulama Alanı Açısından İdari Uyuşmazlıkların Konumu”. *Yıldızhan Yayla'ya Armağan*. Galatasaray Üniversitesi Yayınları: İstanbul. 2003. s. 469.

² Evrensel İnsan Hakları Beyanamesi madde 19: “Herkesin düşünce ve anlatım özgürlüğüne hakkı vardır. Bu hak düşüncelerinden dolayı rahatsız edilmemek, ülke sınırları söz konusu olmaksızın, bilgi ve düşünceleri her yoldan araştırmak, elde etmek ve yaymak hakkını gerekli kılar.” <http://www.ombudsman.gov.tr> Erişim tarihi: 18.02.2017.

³ Avrupa Konseyinin 1949'da kurulmasından sonra üye ülkelerde, insan haklarının ortak ve etkin biçimde korunması ve geliştirilmesine öncelik verilmiş ve AİHS bu amacı gerçekleştirmek üzere 04.11.1950'de aralarında Türkiye'nin de bulunduğu 15 devlet tarafından Roma'da imzalanmış, 03.09.1953 tarihinde yürürlüğe girmiş, 18.05.1954 tarih ve 6366 sayılı Kanun ile Türkiye tarafından

maddesinde⁴ daha detaylı olarak düzenlenmiş olup, hakkın içeriği, kullanımı, sınırları AİHM içtihatlarıyla geliştirilmiştir. Zaten oldukça kısa bir metne sahip olan 10. maddenin, AİHM yorumuyla farklı ifade biçimlerine ve araçlarına uygulanması sağlanmıştır. Sözleşme'nin 10. maddesinin ilk fıkrası, ifade özgürlüğünü korurken ikinci fıkrası bu hakkın nasıl ve hangi meşru nedenlerle sınırlanabileceğini düzenlemiştir.

Şener / Türkiye Kararı'nda belirtildiği üzere, “*ifade özgürlüğü, demokratik bir toplumun en önemli temelini ve her bireyin kendini geliştirmesi ve tatmin olması için en önemli şartlardan birini oluşturur*”.⁵ Bu yaklaşım, içeriği ne olursa olsun; nasıl, nerede, kim tarafından ifade edilirse edilsin 10. maddenin kural olarak her şekilde uygulanabilir olduğu anlamına gelmektedir. AİHM'nin bu konudaki artık klasikleşen görüşü şöyledir: “*İfade özgürlüğü, 10. maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız, ilgilenmeye değmez görülen ‘haber’ ve ‘düşünceler’ için değil, aynı zamanda, devletin veya toplumun bir bölümünün aleyhine olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmadan demokratik toplum olmaz*.”⁶

AİHS uygulamasında ifade özgürlüğü, sadece bir düşünce veya bilginin özü anlamında düşünme, konuşma ve açıklama gibi eylemleri güvence altına almakla kalmaz; aynı zamanda ‘görüşe sahip olma’, ‘haber ve görüşleri alma ve verme’ özgürlüklerini de kapsar.⁷ Yani aslında anılan madde ile ifade özgürlüğünün üç unsurunu teminat altına alınmaktadır. Bunlar aşağıdaki gibi sıralanabilir:⁸

1- Görüş sahibi olma özgürlüğü

2- Bilgi ve görüşlere ulaşma özgürlüğü

onaylanmıştır. Sözleşme çeşitli zamanlarda çıkartılan ek protokollerle geliştirilmiş, böylelikle AİHS bir bakıma şu an mevcut olan insan hakları sözleşmelerinin en gelişmiş ve en etkin olanı niteliğini kazanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bk. Gözübüyük, Şeref., Gölçüklü, Feyyaz. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*. Ankara. 2009.

⁴ AİHS madde 10: “*İfade özgürlüğü 1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına 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.*”

⁵ AİHM Kararı: Şener / Türkiye, B. No. 26680/95, 18.06.2000.

Karar metni için bk. <http://hudoc.echr.coe.int>. Erişim tarihi: 20.02.2017.

⁶ AİHM Kararı: Handyside / Birleşik Krallık, B. No. 5493/72, 07.12.1976.

Karar metni için bk. <http://hudoc.echr.coe.int>. Erişim tarihi: 20.02.2017.

Çeviri metin için bk. Doğru, Osman., Nalbant, Atilla. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, Cilt: 2. Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi. Ankara. 2012. s. 245-255.

⁷ Doğru - Nalbant. 2012. s. 183.

⁸ http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/el_kitaplari/AIHSmad10ifade.pdf.

Erişim tarihi: 20.02.2017.

3- Bilgi ve görüşleri açıklama özgürlüğü

AIHS’de ifade özgürlüğüne içerik bakımından bir sınırlama getirilmemiştir. AIHM içtihatları ile ifade özgürlüğünün; siyasi, sanatsal, akademik, ticari vs. her türlü ifadeyi kapsama aldığı ortaya konulmuştur.⁹ Bunun yanında, AIHM, 10. maddenin koruması altına alma noktasında ifadenin içeriği gibi, ifadenin aktarıldığı araç konusunda da geniş düşünmektedir. Örnek olarak basılı belgeler (sürelî - süresiz yayın), radyo ve televizyon yayınları, internet, resim, heykel ve bunlar gibi, bilgi ve görüşlerin üretim ve iletilmesi, aktarılması ve dağıtılması için kullanılan araçların tamamı 10. maddenin korumasından faydalanmaktadır.¹⁰ Burada çalışma açısından önemli olan husus, radyo ve televizyon yayınlarının da anılan madde çerçevesinde koruma altına alınmış olmasıdır.

AIHS’nin 10. maddesinin 2. fıkrası ise kamu makamlarının bu özgürlüğün kullanılmasına getirebilecekleri sınırlama rejimini düzenlemektedir.¹¹ Aslında maddenin 2. fıkrasındaki sınırlama rejimi, Sözleşme’nin 8-11 maddelerinde yer alan sınırlama rejimiyle benzerlik göstermektedir ancak ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleler çok istisnai hâllerde kabul görmekte ve 2. fıkranın öngördüğü sınırlama kayıtları dar yorumlanmaktadır.¹²

AIHS’ye taraf olan devletlerin herhangi birinde, ülkenin yetkili mercilerinin, üç koşulun hepsini birden yerine getirdikleri takdirde ifade özgürlüğünün kullanımına müdahale edebileceği kabul edilmektedir.¹³ Bu koşullar şöyle sıralanabilir:

1- Müdahale yasalarda öngörülmüş olmalıdır,

2- Müdahale meşru bir amaç gütmelidir,

3- Müdahale demokratik bir toplumda gerekli olmalıdır,¹⁴ başka bir deyişle demokratik toplumun gereklerine aykırı düşmeyen ve öngörülen amaca ulaşmak için gereken ölçüde olmalıdır.¹⁵

⁹ Ayrıntılı bilgi için bk. Karan, Ulaş. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme - İfade Özgürlüğü Hakkı*. Editör: İnceoğlu, Sibel. Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi. Ankara. 2013. s. 358-364.

¹⁰ Doğru - Nalbant. 2012. s. 183.

¹¹ İfade özgürlüğünün sınırları hakkında geniş bilgi için bk. Şahin, Kemal. *İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü Gereksinimleri ve Sınırları*. XII Levha Yayınları: İstanbul. 2009. s. 323-460; Gözübüyük - Gölçüklü. 2009. s. 364-366; Şahbaz, İbrahim. *Karşılaştırmalı Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü*. Yetkin Yayınları: Ankara. 2009. s. 52-56; Baykan, Metin, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Basın Özgürlüğü*. Adalet Yayınevi: Ankara. 2011. s. 69-108. Doğru - Nalbant. 2012. s. 226-244; Karan. 2013. s. 369-372; Özbey, Özcan. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları*. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-106-1269>; *İfade Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Nicolas Bratza’ya İthafen Kaleme Alınmış Makaleler*. Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi Avrupa Birliği-Avrupa Konseyi Ortak Projesi kapsamında hazırlanan kitap. s. 39-173.

¹² Doğru - Nalbant. 2012. s. 181.

¹³ http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/el_kitaplari/AIHSmad10Ifade.pdf Erişim tarihi: 20.02.2017.

¹⁴ Baykan. 2011. s. 71.

Bu konuda öncelikle “müdahale”den ne kastedildiğine değinmek gerekecektir. Öncelikle ifade özgürlüğü hakkının kullanımına müdahale olanakları yelpazesinin çok geniş olduğu belirtilmelidir. AİHM her bir dava için, -ülke otoritelerinin almış olduğu olaya özgü tedbirin ifade özgürlüğü hakkının kullanımı üzerindeki kısıtlayıcı etkisine bakarak- bir müdahale olup olmadığını ayrı ayrı inceleyerek karar vermektedir.¹⁶ Bu noktada müdahalenin, idare tarafından verilen yayın yasakları, yayına el koyma, ceza mahkûmiyeti, mahkemece tazminat ödenmesine karar verilmesi gibi görünüşleri söz konusu olabilmektedir.¹⁷

Müdahale edebilme koşullarına dönecek olursak bunlardan ilki, müdahalenin yasal dayanağının bulunmasıdır. Bu koşul gereğince ifade özgürlüğünün kullanılmasına yapılacak herhangi bir müdahalenin ülkenin yasalarında bir temelinin olması gerekmektedir. Kural olarak bunun anlamı, Parlamento tarafından kabul edilmiş yazılı ve aleni bir yasa olmasıdır. AİHM az sayıda davada ise örf ve âdet hukuku kurallarının ve uluslararası hukuk ilkelerinin ifade özgürlüğüne müdahale için hukuki bir temel oluşturabileceğini kabul etmiştir.¹⁸ AİHM bu konuda yasanın niteliğine de dikkat çekmiş; yasaların aleni, ulaşılabilir, öngörülebilir olması gerektiğini vurgulamıştır.¹⁹

AİHM'nin bu konuda getirdiği ikinci koşul, meşru nedenin bulunmasıdır. Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında ulusal güvenliğin korunması, toprak bütünlüğünün korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın korunması, ahlakın korunması, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi ve yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması şeklinde dokuz nedene yer verilmiştir. İfade özgürlüğünü kısıtlamak

¹⁵ Özbey, Özcan. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları*. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-106-1269>

¹⁶ http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/el_kitaplari/AIHSmad10Ifade.pdf. Erişim tarihi: 20.02.2017.

¹⁷ Ayrıntı için bk. Karan. 2013. s. 370; Baykan. 2011. s. 71-79.

¹⁸ AİHM bazı kararlarında, hak ve özgürlüğe müdahale konusunda iç hukuk yargı kararıyla oluşmuş istikrarlı içtihadı erişilebilirlik ve öngörülebilirlik bakımından yeterli görmüş, yasama organının çıkardığı bir yasa olmasını aramamıştır. Örneğin, İngiltere’de mevcut yazılı olmayan hukuk, yasayla sınırlama ölçütünü karşılayabilmektedir. Benzer şekilde AİHM, Türkiye’de üniversitelerde başörtüsünü yasaklayan açık bir yasal düzenleme olmamasını dikkate almış, Anayasa Mahkemesinin ikinci türban başvurusunda verdiği yorumlu ret kararını ve bu konudaki Danıştay kararlarını yasal dayanak olarak görmüştür.

AİHM Kararı: Leyla Şahin / Türkiye, B. No. 44774/98, 10.11.2005. Karar metni için bk. *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Edt. İnceoğlu, Sibel. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme - Adil Yargılanma Hakkı*. Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi. Ankara. 2013. s. 27-29.

¹⁹ Bu konudaki kriterler büyük ölçüde Sunday Times Kararı’nda belirlenmiştir.

AİHM Kararı: Sunday Times / Birleşik Krallık, B. No. 6538/74, 26.04.1979.

Karar metni için bk. <http://hudoc.echr.coe.int>. Erişim tarihi: 20.02.2017.

Çeviri metni için bk. Doğru - Nalbant. 2012. s. 256-278.

Ayrıca konu hakkında bk. Karan. 2013. s. 370.

http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/el_kitaplari/AIHSmad10Ifade.pdf. Erişim tarihi: 20.02.2017.

amacıyla kullanılması mümkün olan gerekçeler bu maddede sayılanlarla sınırlıdır.²⁰ Ancak bu nedenlerin her birinin yorumu açık, belirsiz, geniş kavramlar olduğu dikkat çekicidir. Bu nedenle Taraf Devletlerin oldukça geniş bir takdir alanı olduğu kabul edilmekle birlikte, bu takdir alanı sınırsız değildir ve öncelikle yerel yargı mercilerinin, nihai olarak da AİHM'nin denetimi altındadır.

Bu konuda getirilen üçüncü koşul ise müdahalenin demokratik toplumda gerekli olmasıdır. Demokratik bir toplumda bu yönde bir ihtiyaca cevap vermek için başvuru alanı ile ifade özgürlüğünü kullanan kişinin bu özgürlüğü arasında adil ve orantılı bir denge bulunmalıdır. AİHM bunu “zorlayıcı toplumsal ihtiyaç” olarak dile getirmektedir.²¹ Dolayısıyla, bir kamu makamının, ifade özgürlüğüne yaptığı “müdahalenin gerekliliği” mutlaka ikna edici bir şekilde ortaya konulmalıdır.²² Bu fıkra da anılan “gerekli olma” koşulu, müdahalenin bir toplumsal ihtiyaç baskısına karşılık gelmesi ve özellikle izlediği meşru amaçla orantılı olması anlamına gelmektedir. Bir müdahalenin bu kriteri yerine getirdiği ve dolayısıyla haklı olduğu, ulusal makamların gösterdiği gerekçelerin “ilgili ve yeterli” olmasıyla anlaşılabilir.²³

Bu noktada, çalışmanın temelini oluşturması nedeniyle, bir yayının yapılmadan önce yasaklanmasının veya sınırlandırılmasının AİHM tarafından nasıl değerlendirildiğinin özellikle ele alınması gerekmektedir. 10. maddenin yalnızca bilgi ve düşünceleri değil iletilme biçimlerini de güvence altına aldığı belirtilmiştir. Görsel ve işitsel medyaya yönelik olarak yayımlama öncesinde getirilen sınırlamaların, bilginin serbestçe aktarımına yönelik ciddi bir tehdit olması nedeniyle, hem orantılılık hem de hukukun öngörülme ve meşru amaç ölçütleri çerçevesinde ciddi bir kontrole tabi tutulması gerekmektedir.²⁴

AİHM tarafından, yayınların önceden sınırlandırılması konusu ele alınmış ve temel ilkeler ortaya konulmuştur. Öncelikle AİHS’de yayın öncesi sınırlamaları yasaklayan bir düzenleme bulunmamaktadır yani aslında AİHM de belli durumlarda, bir tedbir olarak ve meşru nedenlere dayanarak önceden yayınların durdurulabileceğini kabul etmektedir. Bununla birlikte, bu uygulamaların hakkın kullanımı açısından oldukça tehlikeli olduğuna dikkat çekerek sıkı bir denetime tabi tutmaktadır. AİHM, önüne gelen uyuşmazlıklarda, yayın yasakları konusunda hassas bir dengeyi korumaya özen göstermektedir.

²⁰ http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/el_kitaplari/AIHSmad10Ifade.pdf- Erişim tarihi: 20.02.2017.

²¹ Mahkeme “(...) *Sözleşme’nin 10/2. fıkrasındaki anlamıyla ‘gerekli’ sıfatının ‘zorunlu’ sıfatıyla anlama daş olmadığı gibi, ‘kabul edilebilir’, ‘olağan’, ‘yararlı’, ‘makul’, ‘arzu edilen’ ifadelerinin esnekliğine de sahip olmadığını ve bir ‘toplumsal ihtiyaç baskısı’nın varlığına işaret ettiğini (...)*” belirtmiştir.

AİHM Kararı: Handyside / Birleşik Krallık, B. No. 5493/72, 07.12.1976.

²² Doğru - Nalbant, 2012. s. 181.

²³ Doğru - Nalbant, 2012. s. 181.

AİHM Kararı: Nada / İsviçre, B. No. 10593/08, 12.09.2012. Karar metin için bk.

[http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/uhamer/aihm%20ing/CASE_OF_NADA_v._SWITZERLAND\[1\].pdf](http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/uhamer/aihm%20ing/CASE_OF_NADA_v._SWITZERLAND[1].pdf)- Erişim tarihi: 23.02.2017.

²⁴ Karan, 2013. s. 364.

AIHM tarafından yayın yasakları konusunda belirlenen ilk ve en temel ilke, böyle bir uygulamanın katı bir yasal çerçevesinin mevcut olmasıdır. AIHM önceden getirilen yayın yasaklarının öngörülebilir açık bir yasal dayanağa sahip olması gerektiğini özellikle vurgulamaktadır. AIHM'ye göre, “(...) sınırlamalar, yasakları kapsamada sıkı kontrol ve suistimali önlemek için etkili yargısal denetim olanağı sağlayan katı bir hukuki çerçeve gerektirir”.²⁵ Mahkemenin bu konudaki görüşünü açıkça ifade ettiği RTBF / Belçika Davası'nda, kamu hizmeti gören bir radyo ve televizyon şirketi olan başvuru, *Kanun Namına* ismiyle adli dosyalara ilişkin aylık bir program hazırlamıştır. 2001 yılında, bu programın bir dizi bölümü tıbbi risklere ayrılmış ve burada, yazılı basında çıkan, bir doktorun hastalarının şikâyetleri örnek olarak verilmiştir. Söz konusu doktorun talebiyle, ilk derece mahkemesi başkanı, davanın esası hakkında bir karar alana kadar, programın bu kısmının yayımlanmasını yasaklamış ve bu karara uyulmaması hâlinde başvuru her yayın için iki milyon Belçika francı para cezasına çarptırılmasına hükmetmiştir. Başvuru, bu kararla ilgili olarak iç hukuk yollarında bir sonuç alamamıştır. AIHM, öncelikle, güncel adli sorunları işleyen bir televizyon programının yayımlanmasının davanın esası hakkında bir karar verilene kadar yasaklanmasını başvuru ifade özgürlüğünü kullanmasına kamu makamları tarafından yapılmış bir müdahale olarak görmüştür. Bunun ötesinde, AIHM, söz konusu müdahale için yasal bir temel ararken, Belçika Anayasası'nın, ifade özgürlüğünün kullanılması sonucu işlenen suçlarda, suçun işlenmesinden önce değil sadece suçun işlenmesinden sonra ceza verilmesine izin verdiğini görmüştür. Belçika'nın Medeni Kanun'unun ve Adli Kanun'unun ise izin verilen kısıtlamanın türünü, amacını, süresini, kapsamını ve denetimini belirtmediği, üstelik, anılan Kanunların hâkime ihtiyati tedbir olarak yayına önceden bir müdahale olanağı tanıdığına ve uygulama biçimine dair bir içtihat birliğinin de bulunmadığı, dolayısıyla, Belçika hukukunda, başvuru söz konusu programın yayımlanmasının doğuracağı sonuçları makul bir dereceye kadar öngörmesine izin verecek net ve istikrarlı bir içtihadın olmadığı tespitinde bulunmuştur. Mahkeme bu durumu şöyle değerlendirmiştir: “*Oysaki ifade özgürlüğünü önleyici bir şekilde sınırlandıran kısıtlamaların belli ve açık bir çerçeve içine alınmaması hâlinde, ileride yayımlanacak televizyon programlarında söz konusu edilmekten endişelenen çok sayıda insan ihtiyati tedbir hâkimine başvurabilecek ve bu hâkim onların başvurularına farklı çözümler getirecek ve böylece bilgi nakletme özgürlüğünün özünün muhafazası için elverişsiz bir durum ortaya çıkacaktır.*” Ayrıca, AIHM, devletlerin radyo ve televizyon yayıncılığını bir izin rejimine bağlamasını engellemek suretiyle bu tür medya ile yazılı basın için farklı muamele ilkesini kabul etmektedir; ancak bu davada, temyiz mahkemesinin, yazılı basın veya radyo ve televizyon yayıncılığı söz konusu olmasına göre anayasanın farklı maddelerini uygulamasını yapay bir yaklaşım gibi görmüştür. AIHM başvuruya konu uygulamada yayının önleyici bir şekilde sınırlandırılması konusunda sıkı bir yasal çerçevenin bulunmadığı kanaatine varmıştır. Çünkü Belçika'da gelişen içtihadın anayasa tarafından yasaklanan “sansür” kavramına verilmesi gereken anlamı belirlemediği ve başvurucuya uygulandığı şekliyle, Belçika'daki yasal düzenlemelerin ve içtihadın AIHS'nin öngörülebilirlik şartını yerine getirmediği belirtilmiştir. Sonuç olarak AIHM, yasağın sınırlarını açık ve net şekilde belirleyen katı bir yasal çerçevenin varlığını aramaktadır.²⁶

²⁵ RTBF / Belçika, B. No. 50084/06, 29.03.2011. Karar metni için bk. <http://hudoc.echr.coe.int>. Erişim tarihi: 23.02.2017.

Ayrıca Mahkemeye göre, özellikle radyo ve televizyon yayınında çok daha dikkatli olunması gerekir zira AİHM içtihatlarında belirtildiği üzere haber çok hızlı eskijen bir üründür ve kısa süre için dahi olsa onun yayımlanmasını geciktirmek, tüm önemini, değerini, ilginçliğini veya yararını ortadan kaldırma riski taşır.²⁷ AİHM'nin Sunday Times (No. 2) Kararı'nda yer alan ifadeler, bu konudaki görüşlerinin özeti niteliğindedir. Mahkeme bu kararda; "*AİHS'nin 10. maddesi, bizzatıhi yayınlar üzerinde önceden kısıtlama uygulamasına açık ifadelerle bir yasak getirmemiştir. (...) Öte yandan, önceden kısıtlama, doğası gereği, AİHM'nin büyük bir dikkatle incelemesi gereken bir uygulamadır. Bu, özellikle basın söz konusu olduğunda geçerlidir çünkü haber bozulabilir mal kategorisine girer ve yayımlanmasının kısa süre için bile olsa gecikmesi, haberin bütün değerini ve ilginçliğini ortadan kaldıracaktır.*"²⁸ demiştir.

Diğer yandan AİHM, radyo ve televizyon yayını gibi geniş alanda etki yaratacak nitelikte bir yayının denetlenmesi konusunda Sözleşmeciler Devletlere geniş bir takdir alanı tanıırken şiir veya kitap gibi sanatsal bir eserle dile getirilen ve daha küçük bir kitleye erişilebilen ifadenin denetlenmesi konusunda daha dar bir takdir alanı tanımaktadır.²⁹ David Brind ve diğerleri / Birleşik Krallık Davası'nda İngiliz hükümeti, BBC ve IBA'ye, adı sayılan örgütler dâhil, herhangi bir terörist örgütle yapılan röportajın yayımlanmamasını isteyen bir karar göndermiştir. AİHM, bu başvurularda, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Bu yönde karar verilirken radyo ve televizyonun etkisinin doğrudan olması, hızlı ve ani etki yaratması dikkate alınmış, ayrıca bu yayım araçlarında yayıncının düzeltme, nitelendirme, açıklama ve yorum yapma olanaklarının yazılı basına göre daha kısıtlı olduğuna işaret edilmiştir.³⁰

²⁶ AİHM, Gaweda / Polonya Davası'nda verdiği kararında da iç hukuk hükmünün muğlaklığını ihlal nedeni olarak görmüştür. Gaweda / Polonya, B. No. 26229/95, 14.03.2002.

AİHM, Ahmet Yıldırım / Türkiye Davası'nda da benzer bir değerlendirmede bulunmuştur. Bu konuyla ilgili olarak; "*AİHM, bu değerlendirmeler ve somut olayda uygulanan söz konusu mevzuatın incelenmesi ışığında, 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesinin öngördüğü müdahalenin, Sözleşme'nin gerektirdiği öngörülebilirlik koşuluna cevap vermediği ve demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğünün gerektirdiği ölçüde başvuranın yeterli bir koruma imkânına sahip olmasına imkân vermediği sonucuna varmaktadır.*" demiştir.

Ahmet Yıldırım / Türkiye, B. No. 3111/10, 18.12.2012.

Karar metinleri için bk. <http://hudoc.echr.coe.int> Erişim tarihi: 23.02.2017.

²⁷ Mahkeme bunu şöyle ifade etmiştir: "*(...) Nihayet Mahkeme, Sözleşme'nin 10. maddesinin başlı başına yayın öncesi kısıtlamaları yasaklamadığını hatırlatır. 10. madde gereği 'şartlar', 'kısıtlamalar', 'engeller' ve 'önleme' gibi terimler bu konuda tanıklık ederler. Bununla birlikte bu kısıtlamalar öyle tehlikeler içerirler ki Mahkemenin sıkı bir biçimde incelemesini gerektirirler. Özellikle basın söz konusu olunca durum böyledir: Haber çabuk eskijen, bozulan bir emtiadır, kısa bir süre için dahi olsa onun yayımlanmasını geciktirmek tüm kıymetini ve yararını giderme riski taşır.*" AİHM Kararı: Çetin ve diğerleri / Türkiye, B. No. 40153/98, 13.02.2003.

Çeviri karar metni için bk. <http://www.kararara.com/aihm/turkce3/aihm11898.htm> Erişim tarihi: 18.02.2017.

²⁸ AİHM Kararı: Sunday Times / Birleşik Krallık (2), B. No. 13166/87, 26.11.1991.

Karar metni için bk. <http://hudoc.echr.coe.int> Erişim tarihi: 22.02.2017.

Ayrıca kararın atıf yapılan çevrilmiş kısmı için bk. Baykan. 2011. s. 53.

²⁹ Doğru - Nalbant. 2012. s. 203.

³⁰ AİHM Kararı: Brind ve diğerleri / Birleşik Krallık, B. No. 18714/91, 09.05.1994.

Karar metni için bk. <http://hudoc.echr.coe.int> Erişim tarihi: 18.02.2017.

Ayrıca kararın atıf yapılan kısmı için bk. Doğru - Nalbant. 2012. s. 203.

Görüldüğü gibi, AIHM, radyo ve televizyon yayınlarının önceden yasaklanması konusunda çok hassas bir dengeyi sağlamaya çalışmaktadır. Bir yandan meşru nedenlerin varlığı hâlinde Sözleşmeciler Devletlerin bu konudaki takdir hakkını korumuş, diğer yandan yayının önceden yasaklanması gibi bir kısıtlamanın ciddiyetinin farkında olarak titiz bir denetim yapmayı elden bırakmamıştır. Özellikle yayın yasaklarının yasal dayanağının açık ve net olması ve yasağın sınırları konusunda belirlilik taşıması hususlarında hassasiyet göstermiştir.

III. Türk Hukukunda Radyo ve Televizyon Yayınlarının Önceden Yasaklanmasının Hukuki Rejimi

Türk hukukunda da ifade özgürlüğü hakkı mutlak bir hak olarak tanımlanmamış, bazı durumlarda bu hakkın sınırlanabileceği kabul edilmiştir. Belli koşullar altında getirilen yayın yasakları da bu sınırlandırmalardan biridir. Hukukumuzda radyo ve televizyon yayınları iki durumda önceden yasaklanabilir: Bunlardan ilki, idari bir kararla gerçekleşir ve yasal dayanağı 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un 7. maddesidir. İkinci olarak ise yargı mercileri tarafından verilen tedbir kararlarıyla yayınların yasaklanması mümkündür. Bu kısımda, öncelikle ifade özgürlüğü ve sınırları konusunda Anayasal çerçeve çizilecek, daha sonra yasal düzenlemeler ışığında idari ve yargısal kararlarla verilen yayın yasakları analiz edilecektir.

A. Anayasa çerçevesinde düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kapsamı ve sınırlandırılması

Anayasa'da ifade özgürlüğü hakkında pek çok madde bulunmaktadır. Anayasa'nın 26. maddesinde düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü düzenlenirken, 28 ve 32. maddeleri arasında basın ve yayımla ilgili hükümlere yer verilmiştir.³¹ Anayasa'da basın özgürlüğü noktasında oldukça ayrıntılı düzenlemeler yer almakla birlikte, basın özgürlüğü alanında temel düzenleme, basılmış materyalleri kapsayacak ancak görsel ve işitsel iletişim araçlarını dışlayacak biçimde düzenlenmiştir.³² Bu nedenle, çalışmanın Anayasal temelini oluşturması açısından özellikle 26. madde değerlendirilecektir.

Anayasa'nın "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" başlıklı 26. maddesinin birinci fıkrasında³³ düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kapsamı belirtilmiştir.

³¹ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Şahbaz. 2009. s. 187-223.

³² Bu konu hakkında aynı yönde görüş bildiren Yılmaz'a göre: "Anayasa'nın basına ilişkin hükümlerinin görsel - işitsel yayım faaliyetine uygulanmasının mümkün olmadığını belirtmek gereklidir. Zira Anayasa'nın basını düzenleyen 28, 29 ve 30. maddelerinin görsel - işitsel yayım faaliyetini kapsamadığı çok açıktır."

Yılmaz, Halit. *İdarenin Görsel İşitsel İletişim Alanındaki İşlevi*. İmaj Yayınevi: Ankara. 2006. s. 23.

³³ Anayasa madde 26: "Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak veya vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo,

Anılan madde metninde, AİHS'nin 10. maddesinin aksine ifade özgürlüğünün kullanımında başvurulabilecek araçlar “söz, yazı, resim veya başka yollar” olarak ifade edilmiştir ve bu araçlar hakkında “başka yollar” ifadesi kullanılmak suretiyle sınırlayıcı bir anlatım tercih edilmemiştir. Böylece, radyo ve televizyon yayınlarının yanı sıra, yeni medya olarak da nitelendirilebilecek internet, kablo ve uydu yoluyla yayın ve data transferi vs. araçlarının korunmasının altyapısı oluşturulmuştur. Ayrıca madde, açıkça haber aktarımını da düşünce açıklamasıyla aynı koruma sistemine tabi tutmuştur.³⁴ Kısaca, 26. maddede radyo ve televizyon yayıncılığı açısından AİHS'nin 10. maddesi ile büyük ölçüde paralel bir düzenlemeye gidilmiştir.³⁵

Anayasa'da düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün açıkça düzenlenmiş olmasının yanında, bu özgürlüğün kullanımı açısından sınırlarının ne olduğu da önemlidir. Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği; bu sınırlamanın Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyet'in gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

Öte yandan, Anayasa'nın 14. maddesine ifade özgürlüğü bakımından bir “genel sınırlama nedeni” gibi hâlen başvurulabilir.³⁶ Anayasa'nın 14. maddesinin ilk iki fıkrasında³⁷ ifade özgürlüğünün “Devlet'in ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı” amaçlamak sebebi ile sınırlanmasına izin verir niteliktedir. Bunun yanında 14. maddede yer alan Anayasal yasak oldukça soyut bir içeriğe sahiptir. İfade özgürlüğü bakımından, yargı veya idare tarafından doğrudan uygulanması ve hayata geçirilmesinin imkânı yoktur. Bu noktada iş kanun koyucuya düşmektedir; kanun ile 13. maddede yer alan güvencelere uygun biçimde somut bir görünüme kavuşturulmalıdır.

Nihai olarak, sınırlama; belirli bir temel hak ve özgürlüğün Anayasa'da öngörülen veya belirlenen alanı içinde kişiye sağlanan olanakların kanun koyucu tarafından daraltılmasıdır. Başka bir deyişle, sınırlamada, belirli bir temel hak ve özgürlüğün kullanım olanakları sınırlamadan sonra da devam eder. Buna karşılık, temel hak ve özgürlüklerin durdurulması, bunlardan belirli bir süre içinde yararlanma veya kullanılmalarının olanaksızlığını anlatır.³⁸ Bu nedenle yayının önceden yasaklanması hâlinde temel bir hakkın belli bir süre kullanılmasının imkânsızlaşacağı gerçeği gözden

televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.”

³⁴ Can, Osman. “Anayasa Değişiklikleri ve Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü”.

file:///C:/Users/pb/Desktop/makaleler/can.pdf- Erişim tarihi: 19.02.2017.

³⁵ Karan. 2013. s. 367.

³⁶ Karan. 2013. s. 373.

³⁷ Anayasa madde 14/1-2: “Anayasa’da yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, Devlet’in ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyet’i ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz. Anayasa hükümlerinden hiçbirisi, Devlete veya kişilere, Anayasa’yla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasa’da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.”

³⁸ AYM Kararı - Karşı oy: E. 2010/91, K. 2011/98, 09.06.2011.

http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi Erişim tarihi: 21.02.2017.

uzak tutulmamalıdır. Bu bağlamda, sınırlama; kanun ile açık, sınırları belli biçimde düzenlenmeli ve düzenleme Anayasa'da sayılan ve meşru kabul edilen nedenlere dayanmalı ayrıca düzenleme yapılırken özellikle ölçülülük ve demokratik toplumun gereklerine uygun olma kriterleri dikkate alınmalıdır.

B. Radyo ve televizyon yayınlarının idari bir kararla önceden yasaklanması

Yayınların önceden idari bir kararla yasaklanması veya başka bir ifadeyle geçici olarak durdurulması incelenirken; bu tip kararların yasal temelleri, uygulamadaki görünümü ve yargısal denetimi ele alınacaktır.

Bu konudaki yasal düzenlemeler değerlendirilirken incelemeye 359 ve 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunları ile başlayıp 3984 ve 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanunlar ile devam etmek gerekecektir.

Bilindiği gibi ülkemizde uzun süre radyo ve televizyon yayıncılığında devlet tekeli bulunmaktaydı. Bu dönemde radyo ve televizyon yayıncılığı yalnızca, bu faaliyetleri üstlenen, özerkliği ve tarafsızlığı Anayasa ile öngörülen Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu (TRT) tarafından yürütülmekteydi. Yayınların önceden durdurulmasına ilişkin ilk düzenlemeyi bugün de varlığını koruyan, TRT'nin kuruluş, görev, yetki ve sorumluluklarına ilişkin esas ve usullerin düzenlendiği ilk Kanun olan 359 sayılı TRT Kanunu'nun "Millî güvenliğe dokunan hâller" başlıklı 17. maddesinde görmek mümkündür.³⁹ Sonrasında bu Kanun'u yürürlükten kaldıran 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu'nun "Millî güvenlik açısından yayınların menedilmesi" başlıklı 23. maddesinde⁴⁰ de bu düzenleme, birkaç küçük değişiklikle yer almıştır.

Anayasa'nın 133. maddesinde 1993 yılında yapılan değişiklik sonrasında radyo ve televizyon istasyonları kurmanın ve işletmenin kanunla düzenlenecek şartlar

³⁹ 24.12.1963 tarih ve 359 sayılı TRT Kanunu: "**Madde 17-** Başbakan veya görevlendireceği Bakan, Millî Güvenliğin açıkça gerekli kıldığı hâllerde, bir haber veya yayını menetmeye yetkilidir. Men kararının yazılı olması veya acele hâllerde sözlü ise derhâl yazıyla tekrarlanması şarttır. Kurumun sorumluluğu altında yapılmayan yayınların menedilmesi hâlinde, men kararı, ilgililere, Genel Müdürlükçe alındığı tarihten başlayarak yirmi dört saat içinde bildirilir. (...) 1'inci fıkrada söz konusu men kararları aleyhine açılacak iptal davalarında tebligat, müracaat tarihinden başlayarak kırk sekiz saat içinde yapılır; cevap ve cevaba cevap süreleri onar gündür; bu sürelerin tamamlanmasından sonra on beş gün içinde karar verilir."

<http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/11596.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/11596.pdf> Erişim tarihi: 23.02.2017.

⁴⁰ 11.11.1983 tarih ve 2954 sayılı TRT Kanunu: "**Madde 23-** Başbakan veya görevlendireceği Bakan, Millî Güvenliğin açıkça gerekli kıldığı hâllerde, bir haber veya yayını menetmeye yetkilidir. Men kararının yazılı olması esastır. Ancak, acele hâllerde men kararı sözlü olarak da iletilebilir. Bu durumda men kararının en kısa zamanda yazı ile tekrarlanması şarttır. Türkiye Radyo-Televizyon Kurumunun sorumluluğu altında yapılmayan yayınların menedilmesi hâlinde, men kararı ilgililere, Genel Müdürlükçe alındığı tarihten başlayarak yirmi dört saat içinde bildirilir. (...) Birinci fıkrada söz konusu men kararları aleyhine Danıştayda açılacak iptal davalarında tebligat, müracaat tarihinden başlayarak kırk sekiz saat içinde yapılır. Cevap ve cevaba cevap süreleri onar gündür. Bu sürelerin tamamlanmasından sonra on beş gün içinde karar verilir."

<http://www.ekanun.net/2954-sayili-kanun/index.html> Erişim tarihi: 23.02.2017.

çerçevesinde serbest hâle gelmesi üzerine, radyo ve televizyon yayınlarının düzenlenmesi ve Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun (RTÜK) kuruluş, görev, yetki ve sorumluluklarına ilişkin esas ve usullerini belirlemek amacıyla 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun yürürlüğe girmiştir. Yayınların önceden durdurulmasına ilişkin düzenleme, anılan Kanun'un "Yayınların men edilmesi" başlıklı 25. maddesinde⁴¹ yer almıştır.

3984 sayılı Kanun'u yürürlükten kaldıran 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un "Olağanüstü dönemlerde yayınlar" başlıklı 7. maddesinde⁴² de aynı yönde düzenleme yapılmıştır. Hükmün gerekçesinde AİHS'ye atıf yapılmış ve *"AİHS'nin ifade özgürlüğüne ilişkin 10'uncu maddesinde de ifade özgürlüğü mutlak değil, sınırları tanımlı bir hak olarak düzenlenmekte ve ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi gibi nedenlerle bu özgürlüğün sınırlanabileceği belirtilmektedir. Bu hükümler, belirli durumlarda kamu otoritelerinin bu hakka kanunlar çerçevesinde müdahalede bulunabileceği anlamına gelmektedir. Bu doğrultuda, millî güvenliğin açıkça gerekli kıldığı veya kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasının kuvvetle muhtemel olduğu durumlarda Başbakan'a veya görevlendireceği bakana geçici yayın yasağı getirme yetkisi verilmektedir. Bu yetki yargı denetimine tabidir."*⁴³ şeklindeki ifadelerle yer verilmiştir.

Öncelikle 3984 sayılı Kanun ve 6112 sayılı Kanun'da yer alan her iki maddede de yayının önceden durdurulması kararı verilmesinin koşulları, durdurma yetkisine sahip olan idari makamlar ve durdurma kararının denetimi ortak olarak düzenlenmiştir. Bu hükümlere göre ancak, millî güvenliğin açıkça gerekli kıldığı hâllerde veya kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasının kuvvetle muhtemel olduğu durumlarda, Başbakan veya görevlendireceği bakanın alacağı bir kararla yayınların önceden durdurulması söz konusu olabilecektir. Burada durdurmanın nedeni olarak gösterilen bu nedenler, Anayasa'nın 26/2 ve AİHS 10/2 maddeleri uyarınca meşru sayılan nedenlerdendir. 2014 yılından itibaren 11 kez bu yetkinin kullanılarak karar alındığı görülmektedir. Aşağıda görüldüğü üzere bu kararlar, maddenin öngördüğü şekilde millî güvenliğin açıkça gerekli kıldığı hâllerde veya kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasının kuvvetle

⁴¹ 3984 sayılı Kanun: "**Madde 25-** Yargı kararları saklı kalmak kaydıyla yayınlar önceden denetlenemez ve durdurulamaz. Ancak, millî güvenliğin açıkça gerekli kıldığı hâllerde yahut kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması kuvvetle ihtimal dâhilinde ise Başbakan veya görevlendireceği bakan yayını durdurabilir. (...) Yukarıdaki fıkralar uyarınca alınacak icrai, idari kararlar aleyhine açılacak iptal davaları doğrudan doğruya Danıştayda açılır. Danıştay bu davalara öncelikle bakar ve öncelikle karara bağlar. Yürütmeyi durdurma talepleri hakkında 48 saat içerisinde karar verir." <http://www.rtuk.org.tr/#> Erişim tarihi: 20.02.2017.

⁴² 6112 sayılı Kanun: "**Madde 7 (1)** Savaşlar, terör amaçlı saldırılar, doğal afetler ve benzeri olağanüstü durumların ortaya çıkardığı kriz zamanlarında da ifade ve haber alma özgürlüğü esas olup yayın hizmetleri önceden denetlenemez ve yargı kararları saklı kalmak kaydıyla durdurulamaz. Ancak, millî güvenliğin açıkça gerekli kıldığı hâllerde yahut kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasının kuvvetle muhtemel olduğu durumlarda, Başbakan veya görevlendireceği bakan geçici yayın yasağı getirebilir. (...) (3) Birinci ve ikinci fıkralar uyarınca alınacak kararlar aleyhine açılacak iptal davaları doğrudan Danıştayda açılır. Danıştay bu davalara öncelikle bakar ve karara bağlar, yürütmeyi durdurma talepleri hakkında kırk sekiz saat içerisinde karar verir." <http://www.rtuk.org.tr/#> Erişim tarihi: 20.02.2017.

⁴³ <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss568.pdf> Erişim tarihi: 20.02.2017.

muhtemel olduğu durumlarda alınmıştır. Kararlarda genel olarak süre sınırına yer verilmemekle birlikte, yasaklamanın kapsamı hakkında belirlemeler yapıldığı görülmektedir. Bu belirlemelerin açık ve net olması, hakka ilişkin sınırlamaları minimum düzeyde tutması ve yasağı uygulayacak medya organları açısından yeterli açıklıkta olması oldukça önemlidir.

TABLO 1- *Başbakan veya görevlendirdiği bir bakan tarafından getirilen geçici yayın yasakları*

Tarih	Yasal dayanak	İçeriği	Amaç	Süresi
27 Mart 2014	6112 sayılı Kanun'un 7'inci maddesi	Dışişleri Bakanı, Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarı ve askerî yetkililer toplantısının ses kaydıyla ilgili haberler hakkında	Ulusal güvenliğin korunması	Süre sınırı yoktur.
10 Ekim 2015	6112 sayılı Kanun'un 7'inci maddesi	Ankara Garı'nda meydana gelen terör saldırısıyla ilgili haberler hakkında	Kamu düzeni ve ulusal güvenliğin korunması	Süre sınırı yoktur.
8 Kasım 2016	6112 sayılı Kanun'un 7'inci maddesi	Diyarbakır Bağlar'da meydana gelen patlamayla ilgili haberler hakkında. ⁴⁴	Kamu düzeni ve ulusal güvenliğin korunması	Süre sınırı yoktur.

⁴⁴ Bu karar hakkında yapılan basın açıklamasında, getirilen sınırın kapsamı hakkında bilgi verilmiştir. Kararda şu ifadeler yer almıştır: “Yayın yasağı; medya hizmet sağlayıcıların anılan patlamaya ilişkin olarak yapılacak yayınlarda 6112 sayılı Kanun’da ve diğer kanunlarda sayılan yayın ilkelerine uymalarını; toplumda korku, panik ve kargaşa oluşturabilecek, terör örgütlerinin amaçlarına hizmet edebilecek yayınlardan kaçınmalarını ve bu çerçevede;

- Patlamaya ilişkin olarak; patlama anı, patlama sonrası olay yeri, kamu görevlilerinin olay yerinde yürüttükleri çalışmalar, varsa patlama sonucu yaralanan veya hayatını kaybeden kişilere ait görüntü, görsel öge ve benzeri unsurlara ve bunlarla ilgili abartılı anlatımlara,

- Olayın aydınlatılması, şüphelilerin yakalanması ve irtibatlarının deşifre edilmesinin engellenmemesi için, resmî makamlarca yapılan açıklamalar dışında olaya iştirak etme şüphesi bulunan kişilere, bu kişilerin bulundukları yerlere, kullandıkları araçlar ve benzeri diğer hususlara, yayınlarda kesinlikle yer vermemelerini içermektedir.” Yayın yasağının içeriği hakkında getirilen bu sınırlama “Adana Valiliği Otoparkı’nda meydana gelen patlama”, “İstanbul’da meydana gelen patlama”, “Kayseri’de meydana gelen patlama” “01.01.2017 tarihinde İstanbul’da meydana gelen silahlı saldırı” hakkında yapılacak yayınlara ilişkin de getirilmiştir.

<https://www.rtuk.gov.tr/basbakanlik-yayin-yasaklari-5321> Erişim tarihi: 18.02.2017.

RADYO VE TELEVİZYON YAYINLARININ ÖNCEDEN YASAKLANMASININ
YASAL TEMELLERİ ÜZERİNE BİR İNCELEME

24 Kasım 2016	6112 sayılı Kanun'un 7'inci maddesi	Fırat Kalkanı Operasyonu sırasında yaşanan hava saldırısına ilişkin resmî açıklamalar dışındaki haberler hakkında ⁴⁵	Kamu düzeni ve ulusal güvenliğinin korunması	Süre sınırı yoktur.
24 Kasım 2016	6112 sayılı Kanun'un 7'inci maddesi	Adana Valiliği Otoparkı'nda meydana gelen patlamayla ilgili haberler hakkında	Kamu düzeni ve ulusal güvenliğinin korunması	Süre sınırı yoktur.
10 Aralık 2016	6112 sayılı Kanun'un 7'inci maddesi	İstanbul'da meydana gelen patlamayla ilgili haberler hakkında	Kamu düzeni ve ulusal güvenliğinin korunması	Süre sınırı yoktur.
17 Aralık 2016	6112 sayılı Kanun'un 7'inci maddesi	Kayseri'de meydana gelen patlamayla ilgili haberler hakkında	Kamu düzeni ve ulusal güvenliğinin korunması	Süre sınırı yoktur.
19 Aralık 2016	6112 sayılı Kanun'un 7'inci maddesi	Ankara'da Rus Büyükelçisi'ne yapılan saldırıya ilişkin resmî açıklamalar dışındaki haberler hakkında ⁴⁶	Kamu düzeni ve ulusal güvenliğinin korunması	Süre sınırı yoktur.
1 Ocak 2017	6112 sayılı Kanun'un 7'inci maddesi	İstanbul'da meydana gelen silahlı saldırıya ilişkin resmî açıklamalar dışındaki haberler hakkında	Kamu düzeni ve ulusal güvenliğinin korunması	Süre sınırı yoktur.
5 Ocak 2017	6112 sayılı Kanun'un 7'inci maddesi	İzmir'de meydana gelen patlamaya ilişkin resmî açıklamalar dışındaki haberler hakkında	Kamu düzeni ve ulusal güvenliğinin korunması	Süre sınırı yoktur.

Ayrıca 6112 sayılı Kanun'un 7. maddesi uyarınca yayının önceden durdurulmasına ilişkin kararların aleyhine iptal davalarının doğrudan Danıştayda açılacağı ve bu davaların öncelikli olduğu, ayrıca yürütmeyi durdurma talepleri hakkında kırk sekiz saat içerisinde karar vereceği düzenlenmiştir. Burada dikkat çeken husus, yazılı basın için öngörülen basılmış eserlerin dağıtımının durdurulmasının öncesinde gerekli olan yargı kararının⁴⁷ radyo ve televizyon yayını için söz konusu olmaması, ancak yayının önceden

⁴⁵ Yayın yasağının içeriği "(...) Hava saldırısına yönelik haberlerle ilgili olarak yapılacak yayınlarda 6112 sayılı Kanun'da ve diğer kanunlarda sayılan yayın ilkelerine uymaları; toplumda korku, panik ve kargaşa oluşturabilecek haberlere, şehit ve yaralıların ait görüntü, görsel öge ve benzeri unsurlara ve bunlarla ilgili abartılı anlatımlara yayınlarda kesinlikle yer vermemeleri (...)" şeklinde belirlenmiştir. <https://www.rtuk.gov.tr/basbakanlik-yayin-yasaklari-5321> Erişim tarihi: 18.02.2017.

⁴⁶ Yayın yasağının içeriği "Resmî makamlarca yapılan açıklamalar dışında tüm medya hizmet sağlayıcıların haber, görüntü ve yorumlara yer vermemesini kapsamaktadır." şeklinde belirlenmiştir. Benzer bir sınırlama "İzmir'de meydana gelen patlama" hakkındaki yayınlar için de getirilmiştir. <https://www.rtuk.gov.tr/basbakanlik-yayin-yasaklari-5321> Erişim tarihi: 18.02.2017.

⁴⁷ Anayasa'nın 28. maddesinin 4 ve 6. fıkraları uyarınca basılmış eserlerin dağıtımının durdurulması ilke olarak yargıç kararıyla olmakla birlikte gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda daha sonra yargı

durdurulması kararının verilmesinden sonra bu kararın yargısal denetime tabi olması şeklinde düzenlenmesidir. Bu durumda sonradan yapılacak yargısal denetimin etkinliği alınan kararın ölçülü ve demokratik toplumun gereklerine uygun olup olmadığını belirleme açısından oldukça önemlidir.

Nitekim bu konuda denetimi gerçekleştiren Danıştay tarafından temel ilkelerin belirlendiği kararlara rastlamak mümkündür.⁴⁸ Bu husustaki en dikkat çekici karar, Danıştay 13. Dairesi tarafından verilen 19.12.2008 tarih ve E. 2007/13686, K. 2008/7969 sayılı Karar'dır. Dava, 21.10.2007 tarihinde Hakkâri'nin Dağlıca bölgesinde meydana gelen terörist saldırılarla ilgili olarak; kamu düzenini ve halkın moral değerlerini olumsuz etkileyen, güvenlik güçlerine dönük zaaf imajı yayan, toplumsal psikolojiyi olumsuz etkileyen radyo ve televizyon yayınlarının, toplumsal sorumluluğa ve duyarlılığa uygun yayın anlayışı temelinde, güvenlik güçlerinin moral değerlerinin yüksek tutulması, toplumsal psikolojinin olumsuz etkilenmemesi ve çocukların ruh sağlığının korunması amacıyla 3984 sayılı Kanun'un 25'inci maddesi gereğince durdurulmasına ilişkin Başbakan Yardımcısı ve Devlet Bakanı tarafından imzalanan kararın iptali istemiyle açılmıştır. Danıştay 13. Dairesi, kararını, istisna olarak uygulanan yayınların önceden durdurulması uygulamasının "yasaklama" niteliği taşıması karşısında, kapsam ve sınırlarının açık ve somut bir biçimde durdurma kararında belirlenmesinin zorunlu olduğuna dayandırmış ve dava konusu işlemi iptal etmiştir.

Anılan Karar, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından gerekçe eklenmek suretiyle onanmıştır.⁴⁹ Kurul eklemiş olduğu gerekçede, yayın yasağına ilişkin işlemin hukuka uygun olduğunun kabul edilebilmesi için yürütme organının bu konuda yasayla yetkilendirilmesinin gerektiğini ve olayda yasada öngörülen nedenlerin gerçekleşmesinin yeterli olmadığını, getirilen yasağın aynı zamanda demokratik toplumun gereklerine ve ölçülülük ilkelerine de uygun kullanılması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca Karar'da, yayın yasağının kapsamı ve sınırlarının belirsizliğine tekrar dikkat çekilmiş, bu itibarla "(...) *Anayasa ve yasaya göre yürütme organına istisnai olarak kullanılmak üzere tanınan 'yayınların yasaklanması' konusundaki yetkinin sınırlarının aşıldığı, böylece halkın bir olay hakkında bilgi edinme hakkının tüm yollarının kapatıldığı ve 'ölçülülük' ilkesinin ihlal edildiği sonucuna (...) varıldığı* belirtilmiştir. Ayrıca dava konusu kararın, getirilen yayın yasağına ilişkin belirli bir süreyi de içermediğini, dolayısıyla söz konusu yasağın süresiz olduğunu, diğer koşullar yönünden hukuka uygunluk sağlansa dahi yayın yasağının uygulanacağı sürenin kararda belirtilmemiş olmasının tek başına iptal sebebi oluşturacağını eklemiştir. Sonuç olarak,

onayına sunulmak üzere yetkili merciin toplantı kararı verebileceği düzenlenmiştir. Bu konu hakkında ayrıca bk. Yılmaz.2006. s. 22-23.

⁴⁸ Danıştayın radyo ve televizyon yayınları hakkındaki kararları hususunda değerlendirmeler için bk.

Şahin, Yahya. *Danıştay Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Sınırlamaları*.

http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/sunumlar/SahinDanistayIfadeOzgurlugu.pdf;

Demirkol, Selami., Özcan, Emrah., Erman, Emre. "Radyo ve Televizyon Yayıncı Kuruluşlarına

Uygulanan İdari Yaptırımlar Hakkında Danıştayın İfade ve Basın Özgürlüğü Yaklaşımı". *Türkiye Adalet*

Akademisi Dergisi, İfade Özgürlüğü Özel Sayısı. 2016. s. 21-42; Sunay, Zühal Aysun. "AİHM ve

Danıştay Kararları Işığında Radyo ve Televizyon Yayınlarının Önceden Durdurulması Suretiyle İfade

Özgürlüğünün Sınırlandırılması". *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:1, S:2*. 2015. s. 95-117.

⁴⁹ Danıştay İDDK Kararı: E. 2009/1637, K. 2013/1160, 01.04.2013 (UYAP Bilişim Sistemi).

Kurul, eklemiş olduğu gerekçede, yayın yasağına ilişkin işlemin hukuka uygun olduğunun kabul edilmesi için yürütme organının bu konuda yasayla yetkilendirilmesi gerektiği ve olayda yasada öngörülen nedenlerin gerçekleşmesinin yeterli olmadığı, getirilen yasağın aynı zamanda Anayasa'nın 13 ve AIHS'nin 10. maddeleri uyarınca demokratik toplumun gereklerine ve ölçülülük ilkelerine de uygun kullanılması gerektiğini vurgulamıştır.

Sonuç olarak idari bir kararla yayın yasağı getirilmesinin yasal dayanağı mevcuttur. Uygulamada Kanun'da öngörülen nedenlere dayanarak bu tip yasaklama kararlarının verildiği görülmektedir. Bu kararların kısa süre içerisinde hukuki denetiminin yapılması söz konusu olmaktadır. Önüne gelen uyuşmazlıklar sınırlı olsa da Danıştayın bu konuda belli bir tutumu olduğunu görmek mümkündür. Nitekim Yüksek Mahkeme, yayınların önceden durdurulması veya yayın yapma olanağının tanınmaması gibi uygulamaların istisnai olduğuna ve yasaklama içerdiğine işaret etmiştir. Danıştay kararlarında bu tür yasaklamaların yasal dayanaklarının bulunması, süresinin, kapsamının ve sınırlarının açıkça ve somut olarak belirtilmesi, uygulamada tereddüte neden olmayacak şekilde bir işlem tesis edilmesinin önemine vurgu yapılmıştır.

C. Radyo ve televizyon yayınlarının yargı kararıyla önceden yasaklanması

Mahkemeler de meşru nedenlere dayanarak AIHS'nin farklı maddelerinde düzenlenmiş bulunan ve kimi zaman da birbirleriyle çatışan haklar arasındaki dengeyi sağlamak adına yayınların geçici olarak önceden durdurulmasına karar verebilmektedir. Yayınların önceden yasaklanmasına ilişkin kararların büyük bir kısmı yargı mercilerince verilmekte olup bu kararların çoğu da tedbir niteliğindedir. Radyo Televizyon Üst Kurulunun resmî internet sayfasında yayımlanan yayın yasakları kararlarının incelenmesi sonucunda aşağıdaki tabloda (TABLO 2) yer alan verilere ulaşılmıştır.

TABLO 2- Mahkemeler tarafından getirilen yayın yasakları

Mahkeme	Yıl							
	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Sulh Ceza Mahkemesi	2	8	7	11	6	10	22	14
Sulh Hukuk Mahkemesi	1	1	1	1	-	-	-	-
Asliye Ceza Mahkemesi	-	-	3	1	2	-	-	-

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ ÜZERİNE MAKALELER
ULUSLARARASI KAPANIŞ SEMPOZYUMU'NA KATKI KİTABI

Asliye Hukuk Mahkemesi	1	12	10	10	3	2	3	1
Aile Mahkemesi	-	8	16	13	11	19	14	2
Ağır Ceza Mahkemesi	-	5	6	3	3	4	1	2
Fikrî ve Sınai Haklar Hukuk ve Ceza Mahkemesi	-	1	-	2		-	-	-
Asliye Ticaret Mahkemesi	-	-	-	-	1	-	-	-
Medeni Kanun'un 10. maddesi uyarınca yetkilendirilmiş mahkemeler	-	-	-	1	4	-	-	-
Genelkurmay Askerî Mahkemesi	-	-	-	-	1	-	-	-
	4	35	43	42	31	35	40	19
TOPLAM:	249							

Mahkemeler bu tip kararları verirken yasal dayanak olarak Anayasa'ya (madde 20, 26, 27, 28), Türk Ceza Muhakemesi Kanunu'na (madde 157, 187/3),⁵⁰ Basın Kanunu'na (madde 3, 22),⁵¹ 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu

⁵⁰ Ceza Muhakemesi Kanunu: “**Madde 157-** (1) Kanunun başka hüküm koyduğu hâller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir.

Madde 187- (1) Kapalı duruşmada mahkeme, bazı kişilerin hazır bulunmasına izin verebilir. Bu hâlde adı geçenler, duruşmanın kapalı olmasını gerektiren hususları açıklamamaları bakımından uyarılırlar ve bu husus tutanağa yazılır.(2) Kapalı duruşmanın içeriği hiçbir iletişim aracıyla yayımlanamaz.(3) Açık duruşmanın içeriği, millî güvenliğe veya genel ahlaka veya kişilerin saygınlık, onur ve haklarına dokunacak veya suç işlemeye kışkırtacak nitelikte ise mahkeme, bunları önlemek amacı ile ve gerektiği ölçüde duruşmanın içeriğinin kısmen veya tamamen yayımlanmasını yasaklar ve kararını açık duruşmada açıklar.”

⁵¹ Basın Kanunu: “**Madde 1-** Bu Kanun'un amacı, basın özgürlüğünü ve bu özgürlüğün kullanımını düzenlemektir. Bu Kanun basılmış eserlerin basımı ve yayımını kapsar.

Madde 3- Basın özgürdür. Bu özgürlük; bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratma haklarını içerir. Basın özgürlüğünün kullanılması ancak demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak; başkalarının şöhret ve haklarının, toplum sağlığının ve ahlakının, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği ve toprak bütünlüğünün korunması, Devlet sırlarının açıklanmasının veya suç

Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'a (madde 8, 9),⁵² 6112 sayılı Kanun'a (ilgili maddeler), Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na (madde 153)⁵³ ve Türk Medeni Kanunu'na (madde 24, 25)⁵⁴ dayanmaktadır. Mahkeme kararlarının yasal dayanağı olan bu hükümler genel nitelikte olup doğrudan ve açıkça yayınların yasaklanmasına olanak sağlayan bir düzenleme içermemektedirler.

Kararlarda atıf yapılan bu hükümlere bakıldığında yalnızca Anayasa dayanak gösterilerek yasaklama kararı verildiği görülmektedir. Oysaki Anayasal düzenlemeler, ifade özgürlüğü hakkını açıkça düzenlediğinden bu yönüyle doğrudan uygulanabilir olmakla birlikte, Anayasa, hakkın sınırları konusunda yasal düzenlemeyi şart koşmuştur yani bu konuda yasa ile sınırların somutlaştırılması gerekmektedir. Bu nedenle yayınların yalnızca Anayasa maddelerine atıfla önceden yasaklanması mümkün görünmemektedir. Ceza yargılaması sırasında, soruşturmanın gizliliği, yargının gücü ve tarafsızlığının korunması, kişi haklarının korunması, kamu düzeninin veya millî güvenliğin gerekli kıldığı durumlarda elbetteki yayınların önceden geçici olarak yasaklanması söz konusu olmalıdır. Ancak bu tip durumlarda verilen yargı kararlarının dayanağı olarak gösterilen Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 187. maddesi yalnız kapalı duruşma yapılmasına karar verilen durumları kapsamaktadır. Soruşturmanın gizliliğine ilişkin 157. madde ise genel nitelikte olup yasaklama kararını verecek merciiyi, yasağın sınırlarını, kapsamını, yayın yasağı açısından itiraz prosedürünü öngörmektedir. Hukuk davalarında da özel hayatın, kişilik haklarının, ailenin veya çocuğun haklarını

işlenmesinin önlenmesi, yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması amacıyla sınırlanabilir.

Madde 22- Kanun'a uygun olarak basılmış eserleri, bunların yayımını veya dağıtımını veya satışını önlemek amacıyla tahrip eden yahut bozan kimse, fiili daha ağır bir suç teşkil etmediği takdirde, bir yıla kadar hapis ve bir milyar liradan beş milyar liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Kanun'un aradığı şartlara uyulmasına rağmen süreli ve süresiz yayınların basılmasını, yayımını, dağıtımını veya satışını şiddet veya tehditle engelleyen kimse, fiili daha ağır bir suç teşkil etmediği takdirde, iki yıla kadar hapis ve iki milyar liradan on milyar liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Yukarıdaki fıkralarda öngörülen fiiller, umumi mahalde veya matbaanın veya umuma satış yapan veya dağıtım yapan yerlerde birden fazla kişi tarafından işlendiği takdirde verilecek ceza yarıya kadar artırılır."

⁵² 5651 sayılı Kanun: "**Madde 1-** (1) Bu Kanun'un amaç ve kapsamı; içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülük ve sorumlulukları ile internet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir."

Madde 8, "Erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi",

Madde 9 ise "İçeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi "ne ilişkin esas ve usulleri düzenlemektedir.

⁵³ Hukuk Muhakemeleri Kanunu: "**Madde 153-** (1) Duruşma sırasında fotoğraf çekilemez ve hiçbir şekilde ses ve görüntü kaydı yapılamaz (...)"

⁵⁴ Medeni Kanun: "**Madde 24-** Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar yahut kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.

Madde 25- Davacı, hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir. Davacı bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi veya yayımlanması isteminde de bulunabilir. Davacının, maddi ve manevi tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır. Manevi tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; miras bırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez. Davacı, kişilik haklarının korunması için kendi yerleşim yeri veya davalının yerleşim yeri mahkemesinde dava açabilir."

korumaya yönelik bir tedbir olarak yayın yasağı getirilmesi söz konusu olabilir ancak mevcut durumda bu yasağın uygulanmasına olanak sağlayacak açık bir yasal düzenleme Medeni Kanun'da da yer almamaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 153. maddesi ise yalnızca duruşmalara ilişkin hüküm getirmekte olup o davanın bütünü hakkında yayın yasağı getirilmesine gerekçe oluşturamayacaktır. Öte yandan, 5651 sayılı Kanun, internet ortamında yapılan yayınları; Basın Kanunu ise yalnızca basılı eserleri kapsadığından radyo ve televizyon yayınlarının yasaklanması için her ikisinin de elverişli yasal dayanak olarak kabul edilme olanağı bulunmamaktadır. 6112 sayılı Kanun ise radyo ve televizyon yayınlarına ilişkin olmakla birlikte, önceden yayın yasağının getirilmesi hakkında 7. madde bulunmaktadır. Bu madde ise yukarıda ayrıntılı biçimde anlatıldığı üzere mahkemeler tarafından önceden yasaklama kararı verilmesine olanak sağlayan bir hüküm değildir. Hem ceza usulünde hem de hukuk usulünde ihtiyati tedbir müessesesinin sağlıklı yargılamanın bir parçası olduğu ve bu kapsamda yayın yasağı da getirilebileceği savunulabilir. Ancak öncelikle usul yasalarında yayın yasaklarına özgü bir düzenleme getirilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Mevcut durumda ise belirsiz bir alanda, sınırsız biçimde hakkın kısıtlanması olanaklı görünmektedir. Bu durum ise hem Anayasa'nın hem de AİHS'nin öngördüğü koruma sistemine uygun değildir.

Sonuç olarak, yargı mercilerinin yayın yasağı getiren yargı kararlarını verirken hukuki dayanak noktasında sorun yaşaması olağandır zira mevcut düzenlemeler, radyo ve televizyon yayınlarının yasaklamasına zemin oluşturacak açıklıkta değildir. Böyle bir durumda hakkın gerektiği şekilde korunmasında yargısal içtihatların etkili olması beklenir ancak yargı içtihatlarında da yasaklama konusunda standart gerekçelerle karar verildiği, olaya özgü değerlendirmelerin yapılmadığı ve kararların yasaklamanın sınırı ve kapsamı konusunda yeterli açıklığı taşımadıkları görülmektedir.

Mahkemelerce verilen yayın yasağı kararlarına bakıldığında kararların büyük bir çoğunluğunun ceza davaları ve boşanma veya velayet davalarında verildiği görülmektedir. Ayrıca ticaret mahkemelerince de yayınların durdurulması konusunda karar verildiği görülmektedir. Hukuk davalarında verilen yayın yasağı kararlarında; “insanların itibarına ve haklarına haksız saldırıların önlenmesi”, “özel hayatın korunması”, “çocuk haklarının korunması”, “aile ve aile hayatının mahremiyetinin korunması” ve “ticari hakların korunması” gerekçe olarak gösterilmektedir. Ceza davalarında ise “kamu güvenliğinin, kamu düzeninin ve toprak bütünlüğünün korunması”, “özel hayatın korunması”, “soruşturmanın gizliliğinin korunması”, “yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması”, “soruşturmaların zamanında yapılması”, “suçun önlenmesi”, “çocuk haklarının korunması”, “çocukların ve ailelerinin itibarının korunması”, “asılsız haberlerin önlenmesi”, “masumiyet karinesinin korunması”, “kamu ahlakının korunması”, “devam eden bir soruşturmada kanıtlara müdahalenin önlenmesi”, “şöhretin ve şüphelilerin haklarının korunması”, “sosyal baskının önlenmesi”, “şüphelilerin hedef hâline getirilmesinin önlenmesi”, “devletin sırlarının korunması” yayın yasaklarının gerekçesi olarak gösterilmektedir. Bu gerekçelerin her biri Anayasa ve AİHS ile öngörülen meşru sınırlama nedenleri kapsamında değerlendirilebilecek niteliktedir.

Öte yandan, radyo ve televizyon yayınlarına getirilen kısıtlamanın kapsam ve sınırları bazı kararlarda yer almamaktadır;⁵⁵ bazı kararlarda ise geniş ve belirsiz bir biçimde ifade edilmektedir. Örneğin, “soruşturmayla ilgili her türlü haber, eleştiri, röportaj vb.”,⁵⁶ “kişisel veriler ve fotoğraflar ve davacıların kimliği”, “bu konudaki her türlü haber”, “soruşturma dosyasının içeriği hakkındaki haberler”, “ceset görüntüleri”, “soruşturmalara ilişkin haberler”, “patlama ve terör saldırısı hakkındaki haberler” gibi ifadelerle yer verilmektedir.⁵⁷ Yasaklamanın sınırına yer verilen kararlara rastlamak da mümkündür.⁵⁸

Bunun yanında, anılan yargı kararlarında çoğunlukla sınırlamanın süresine ilişkin bir belirleme de yapılmamaktadır. Genel olarak “mahkeme yeniden karar verinceye kadar” veya “soruşturma sona erinceye kadar”⁵⁹ gibi belirsiz ifadeler kullanılmaktadır.

Sonuç olarak, yayınların meşru nedenlerle yasaklanması mümkündür, mümkün olmalıdır da, ancak Anayasa ve AİHS ile güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ancak açık yasal düzenleme ile sınırlanması gerektiği unutulmamalıdır. Bu bağlamda, önemli olan, bu yasaklamaya olanak tanıyan açık bir yasal temelin bulunması ve yasağı getiren yargı kararında yasağın hukuki dayanaklarına, amacına, kapsamına, muhataplarına ve süresine açıkça yer verilmesidir. Bu bakımdan yayınların önceden durdurulması gibi ifade özgürlüğüne doğrudan müdahale içeren bir kararın alınabilmesi için açık yasal düzenlemeye ihtiyaç bulunduğundan, 6112 sayılı Kanun’da bu konuda açık bir düzenleme yapılması önerilebilir. Böyle bir düzenlemede, kısıtlamanın türü, süresi ve denetimine ilişkin belirlemelere yer verilebilir. Böylece hangi mahkemelerin, hangi durumlarda, ne şekilde geçici bir tedbir olarak yayın yasağı getireceği düzenlenerek anılan uygulama yasal dayanağa kavuşmuş olacaktır; ayrıca mevcut durumda tedbir alma ihtiyacı karşısında karar vermek durumunda bulunan yargıçlar açısından elverişli bir yasal temel sağlanacaktır. Bundan başka, bu düzenlemeyle alınan yargı kararları için haberin “çabuk bozulan bir mal” olduğu hususu da dikkate alınarak hızlı işleyen bir kanun yolu öngörülmesi de söz konusu olmalıdır.

⁵⁵ Mersin 1. Sulh Ceza Mahkemesi, D.İş.: 2011/202. <https://www.rtuk.gov.tr/mahkeme-yayin-yasaklari-5320>. Erişim tarihi: 26.02.2017.

⁵⁶ İstanbul 7. Sulh Ceza Hâkimliği, D.İş.: 2017/345. <https://www.rtuk.gov.tr/mahkeme-yayin-yasaklari-5320>. Erişim tarihi: 26.02.2017.

⁵⁷ Bu konu hakkında verilen mahkeme kararları için bk. <https://www.rtuk.gov.tr/mahkeme-yayin-yasaklari-5320>. Erişim tarihi: 26.02.2017.

⁵⁸ “(...) *Soruşturma tamamlanuncaya kadar, soruşturma dosyası kapsamı hakkında yazılı, görsel, internet medyasında, sosyal medyada, mağdur, tanık, şüpheli beyanlarını içerir her türlü haber, vefat eden (...) olay yerinde bulunan vurulma anı ve vurulması sonrasına ilişkin görüntülerin, dosya kapsamında şüpheli olarak ifadesi alınan kişilerle veya başka kişilerle olayla ilgili olarak yapılan röportaj, eleştiri vb. hususlarda yine dosya kapsamında şüpheli olan, gözetilene alınan veya gözetilene alınacak kişilerle ilgili iletişim bilgileri, telefon görüşmeleri, mali durumları içerir haber yapılması hususunda, yine olaya ilişkin güvenlik kamerası veya başka kamera görüntülerinin yayımlanması (...)*” Ankara 7. Sulh Ceza Hâkimliği, D.İş.: 2016/4329. <https://www.rtuk.gov.tr/mahkeme-yayin-yasaklari-5320>. Erişim tarihi: 26.02.2017.

⁵⁹ İstanbul 2. Sulh Ceza Hâkimliği, D.İş.: 2016/7647. <https://www.rtuk.gov.tr/mahkeme-yayin-yasaklari-5320>. Erişim tarihi: 26.02.2017.

Sonuç

İfade özgürlüğü hakkının günümüz demokratik devletlerince kabul edilen temel bir hak olduğu ve radyo-televizyon yayıncılığını da kapsadığı görülmektedir. Bunun yanında, AİHS ile korunan bu hakkın sınırları olduğu da kabul edilmektedir. Bu anlamda, ifade özgürlüğü hakkının bir görünümü olan radyo ve televizyon yayınlarının, “kamu güvenliğinin, kamu düzeninin ve toprak bütünlüğünün korunması”, “özel hayatın korunması”, “soruşturmanın gizliliğinin korunması”, “gizli bilgilerin yayımlanmasının önlenmesi”, “yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması”, “başkalarının itibar ve haklarının korunması” gibi meşru nedenlerle yasaklanması söz konusu olabilmektedir. Bunun ötesinde, Sözleşme sistemi içerisinde, haklar arasında askıya alınamaz haklar dışında bir hiyerarşi bulunmamaktadır. Bu nedenle kimi zaman AİHS’nin farklı maddeleri arasında korunması gereken hak açısından bir çatışma ortaya çıkabilmektedir. Özellikle ifade özgürlüğü ile özel hayatın korunmasına ilişkin hakkın sıklıkla karşı karşıya geldiği durumlar görülebilmektedir ki böyle hâllerde de iki hak arasında adil bir dengenin gözetilmesi gerekecektir. Bu durumda diğer hak lehine ifade özgürlüğüne müdahale söz konusu olabilecektir. Bu nedenle, sonuç olarak ifade özgürlüğünün kullanılmasına müdahale niteliğinde bulunan yayınların yasaklanmasının meşru bir zemini bulunmaktadır.

Türkiye uygulamasında da yayınların idari ve yargısal bir kararla yasaklanması söz konusu olabilmektedir. Radyo ve televizyon yayınlarının Başbakan veya görevlendireceği bir bakan tarafından idari bir kararla önceden durdurulabilmesinin yasal dayanağı mevcuttur (6112 sayılı Kanun, madde 7). Ancak yargı kararıyla verilen yayın yasaklarına ilişkin olarak Sözleşme’nin kabul ettiği ölçülerde öngörüülebilir, açık ve net bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle 6112 sayılı Kanun’da radyo ve televizyon yayınlarının önceden yasaklanmasına ilişkin olarak bir düzenleme yapılması önerilebilir. Bu yasal düzenlemede sınırlamaya yetkili yargı mercileri belirtilmeli, söz konusu yetkinin sınırları ve kapsamı açıkça ortaya konmalı ve bu kararlara yönelik hızlı işleyen bir kanun yolu öngörülmelidir.

Bunun ötesinde, ifade özgürlüğü hakkı bakımından yasal güvencelerin varlığı, pozitif hukuk açısından önem arz etmekle birlikte, bu konuda verilen yasaklama kararlarının niteliği hakkın etkinliği açısından asıl rolü üstlenmektedir. İdarenin ve yargı mercilerinin bu konuda verdiği kararlarda uygulanabilecek daha hafif nitelikli bir tedbirin varlığının araştırılması, geniş bir yasaklama kararının son çare olarak düşünülmesi, hakkın demokratik toplumun gereklerine uygun biçimde sınırlandırılmasının hedeflenmesi ve yasağın kapsamı ve süresi belirlenirken orantılı olması bu anlamda önem arz etmektedir. Ayrıca, yayınların önceden yasaklanmasına ilişkin kararların gerekçesinde, yasaklamanın muhatabının kim olduğu (internet sayfası, televizyon kanalı, gazete vs.), kapsamının (olayla ilgili görüntü, ses kaydı, röportaj vs.), süresinin (bir gün, bir ay vs.), sınırlarının (yalnızca ilgili kişilerin isimleri, ceset görüntüleri vs.) ve yasal dayanağının ortaya konulması oldukça önemlidir.

Son olarak, yukarıda belirtildiği üzere, ifade özgürlüğü hakkına müdahalenin koşulları, müdahalenin yasal, meşru, ölçülü ve demokratik toplumun gereklerine uygun olması şeklinde belirlenmiştir. Ulusal mahkemelerin incelemelerini yaparken bu üç

koşul açısından değerlendirme yapması gerekmektedir. Ulusal mahkemeler, ifade özgürlüğü hakkının AİHM tarafından açıklandığı ve geliştirildiği şekilde hayata geçirilmesinde ilk ve en önemli merciler konumundadır. Bu nedenle yargı mercilerinin hak merkezli bir bakış açısıyla karar vermesi ve kararlarında yasal ve yeterli gerekçelerin bulunması temel hak ve hürriyetlerin etkinliği açısından vazgeçilmezdir.

Kaynakça

Kitaplar ve Makaleler

Baykan, Metin. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Basın Özgürlüğü*. Adalet Yayınevi: Ankara. 2011.

Demirkol Selami., Özcan Emrah., Erman Emre. “Radyo ve Televizyon Yayıncı Kuruluşlarına Uygulanan İdari Yaptırımlar Hakkında Danıştayın İfade ve Basın Özgürlüğü Yaklaşımı”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, İfade Özgürlüğü Özel Sayısı*. 2016. s. 21-42.

Doğru, Osman., Nalbant, Atilla. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, Cilt: 2*. Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi. Ankara. 2012.

Gözübüyük, Şeref., Gölcüklü, Feyyaz. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*. Ankara. 2009.

İnceoğlu, Sibel (Edt.). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme - Adil Yargılanma Hakkı*. Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi. Ankara. 2013.

Karan, Ulaş. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme - Adil Yargılanma Hakkı*. Edt. İnceoğlu, Sibel. Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi. Ankara. 2013.

Sunay, Zühal Aysun. “AİHM ve Danıştay Kararları Işığında Radyo ve Televizyon Yayınlarının Önceden Durdurulması Suretiyle İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması”. *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 1, S:2*. 2015. s. 95-117.

Şahbaz, İbrahim. *Karşılaştırmalı Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü, Yetkin Yayınları*: Ankara. 2009.

Şahin, Kemal. *İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü Gerekçeleri ve Sınırları*. XII Levha Yayınları: İstanbul. 2009.

Tezcan, Durmuş. “Adil (Dürüst) Yargılanma Hakkının Uygulama Alanı Açısından İdari Uyuşmazlıkların Konumu”. *Yıldızhan Yayla'ya Armağan*. Galatasaray Üniversitesi Yayınları: İstanbul. 2003. s. 469-484.

Yılmaz, Halit. *İdarenin Görsel İşitsel İletişim Alanındaki İşlevi*. İmaj Yayınevi: Ankara. 2006.

İfade Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Nicolas Bratza'ya İthafen Kaleme Alınmış Makaleler. Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi Avrupa Birliği - Avrupa Konseyi Ortak Projesi kapsamında hazırlanan kitap. Ankara. 2016.

İnternet Kaynakları

<http://aihm.anadolu.edu.tr>

<http://www.anayasa.gov.tr>

<http://hudoc.echr.coe.int>.

<http://www.ombudsman.gov.tr>.

<http://www.resmigazete.gov.tr>.

<https://www.tbmm.gov.tr>.

<http://www.uhdigm.adalet.gov.tr>

Can, Osman. “Anayasa Değişiklikleri ve Düşüncayı Açıklama Özgürlüğü”.
http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/can.pdf
Erişim tarihi: 21.03.2017.

Özbey, Özcan. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları. <http://tbddergisi.barobirlik.org.tr/m2013-106-126>.

Şahin, Yahya. Danıştay Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Sınırlamaları. http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/sunumlar/SahinDanistayIfadeOzgurlugu.pdf

İnternet Ortamında İfade Özgürlüğü ve Nefret Söylemi

Yusuf Demirci

Türkiye Adalet Akademisi Koordinatör Hâkim

Özet

AİHM'nin koruduğu şok edici, incitici ve rahatsız edici ifadelerin nefret söylemi içerir tarzda ayrımcılık, şiddet ve ırkçılığa teşvik içermesi 10. madde anlamında kabul edilebilir bir durum değildir. Bu söylemlerin internet üzerinde olması ise tehlikeyi daha çok artırmaktadır zira internet, ulaşılmak istenen nefret sonucuna ulaşmayı daha da kolaylaştırmaktadır. Bu anlamda AİHM'nin, kararlarında, koruma altında olan sözlerle koruma altında olmayan nefret söylemi niteliğindeki sözlerle ilişkin bazı kriterleri geliştirmeye çalışmakta olduğu görülmektedir. Mahkeme ayrıca çevrim dışı (internet harici) söylemlerde kullandığı kriterleri -bu kararlarda atıf yapılmasa da- çevrim içi söylemlerde de kullanmaktadır. Bu çerçevede, gerek AİHM gerekse Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu çeşitli kararlarda ifade özgürlüğü ile internet özgürlüğü ilişkisine ve hangi durumlarda bu özgürlüğün sınırlanabileceğine değinmiştir.

Anahtar kelimeler: ifade özgürlüğü, internet özgürlüğü, nefret söylemi.

Abstract

It is not an acceptable situation according to Article 10 that shocking, offending and disturbing statements which are protected by the European Court of Human Rights (ECHR) contain discrimination, violence and racism in a way of involving hate speech. That all these speeches are made via internet is increasing the danger. Because internet is an easy way to reach the desired consequence which is hate. In this sense, the ECHR has tried to improve some criteria related to hate speech which has no protection and the statements which have protection. Moreover, the ECHR has used the criteria which are applicable for offline statements, even though there is no reference in its judgments, for online statements as well. In this perspective, this article elaborates on the main relation between freedom of expression and freedom of internet and the circumstances under which this freedom can be restricted according to the judgments of both the ECHR and Constitutional Court.

Keywords: freedom of expression, freedom of internet, hate speech.

Giriş

Demokratik toplumun vazgeçilmez öğelerinden birisinin de ifade özgürlüğü olduğu konusunda artık bir tartışma bulunmamaktadır. İfade özgürlüğünün temel teşkil ettiği toplumlarda ifade özgürlüğü ile birlikte din ve vicdan özgürlüğü ile toplantı ve gösteri özgürlüğü gibi haklardan da rahatlıkla yararlanılabilmektedir. Bu durum vatandaşların aynı zamanda kamusal tartışma yolu ile kamusal hayata katılımını da teşvik etmektedir.

İfade özgürlüğü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 10. maddesinde aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

“Herkes ifade özgürlüğü hakkına 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.

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.”¹

Yukarıdaki düzenlemeye benzer kurallar içeren Anayasa'nın 26. maddesi ile de korunan ifade özgürlüğü; söz, yazı, resim veya başka yollarla yazılı veya görsel basın aracılığı ile kullanılabileceği gibi artık 1990'lardan itibaren internet alanında da kullanımı karşımıza çıkmaktadır. Her iki düzenlemede de olmayan internet özgürlüğü aracılığıyla ifade özgürlüğünün kullanılması, nefret ve ayrımcılık söylemleri ile terör, çocuk istismarı ve insan ticareti gibi alanlarda söz konusu olabilmektedir.²

Bu kısa çalışmamızda öncelikle internet özgürlüğünün tanımı ve kapsamı üzerinde kısaca durulacak sonra ise internet özgürlüğünün sınırlandırılması özellikle nefret söylemi açısından irdelenecektir.

A. İnternet Özgürlüğü

1. Tanım

İnternetin yaygınlaşması, insan haklarının kullanımı ve korunması bakımından yeni imkânlar getirdiği gibi aynı şekilde insan haklarının rahatlıkla ihlal edilebildiği bir

¹AİHS için bk. http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf.

²Weber, Anna. *Nefret Söylemi El Kitabı*. AK Yayınları. 2009.

ortamı da oluşturmaktadır. Bu durum internetin kullanıcılar için getirdiği açıklık ve rahatlıkla kullanılabilirliktir.³

İnternette insan haklarının korunması ve kullanılması üzerine BM İnsan Hakları Konseyinin 5 Temmuz 2012 tarihinde aldığı kararda, insanların çevrim dışı olarak sahip oldukları haklara çevrim içi de sahip olacağı açıkça belirtilmektedir.⁴

İnternet özgürlüğü, bireylerin teknik ve içerik anlamda herhangi bir engele tabi olmaksızın internete erişiminin sağlanmasını ifade etmektedir.⁵ Avrupa Konseyinin (AK) 28 Mayıs 2003 tarihinde, 840. Bakan Yardımcıları Toplantısı'nda kabul ettiği İnternette İletişim Özgürlüğü Deklarasyonu'nda da kamu makamlarının, engelleyici veya filtreleyici genel tedbirler yoluyla, kamunun internet üzerinden bilgiye ve sair iletişime erişimini, sınırları ne olursa olsun, engellememesi gerektiği açıkça ifade edilmektedir.⁶

Aynı şekilde, AK Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere yönelik, yeni bir medya kavramı hakkındaki 21 Eylül 2011 tarihli ve CM/Rec (2011) 7 sayılı Tavsiye Kararı'nda "(...) Bakanlar Komitesi, Avrupa Konseyi Kuruluş Yasası'nın 15/b maddesi uyarınca, Üye Devletlere; içeriklerin (örneğin; metin, ses ve görüntü biçimde, görsel-ışitsel biçimde ve diğer biçimlerde bilgi, analiz, yorum, görüş, eğitim, kültür, sanat ve eğlence), interaktif kitle iletişimini kolaylaştırma amacıyla tasarlanan uygulamaların (örneğin sosyal ağlar) veya diğer içerik-odaklı geniş çaplı interaktif tecrübelerin (örneğin; çevrim içi oyunlar) üretilmesi ve imkân dâhilinde olabildiğince çok sayıda insana yayılması aşamalarına müdahil olan tüm aktörleri kapsayan ve içeriklerin tümünün yayımlanma açısından kontrolünü veya denetimini sağlayan yeni ve geniş bir medya kavramını benimsemelerini tavsiye eder." ibaresi geçmektedir.⁷

AİHS'nin 10. maddesinde internet ortamı, açıkça ifade özgürlüğünün kullanıldığı alanlardan sayılmasa da madde metninde geçen, herkesin ifade özgürlüğüne sahip olmasından hareketle, AİHM internete ulaşma özgürlüğüne atıf yapmaktadır. AİHM, Yıldırım / Türkiye Davası'nda ve Mouvent / İsviçre Davası'nda internet ortamının kullanılmasının ifade özgürlüğünün bir parçası olduğunu açıkça belirtmektedir.⁸ Mouvent / İsviçre Davası'nda AİHM, günümüz koşullarına uygun bir şekilde, internet özgürlüğünün ifade özgürlüğünün bir parçası olduğunu açıkça vurgulamaktadır.⁹ Aynı kararlarda internette kullanıcılar tarafından gerçekleştirilen anlatım faaliyetinin, ifade özgürlüğünün kullanılması bakımından emsalsiz bir platform olduğu da ayrıca kaydedilmiştir.¹⁰

³ Vajic, Nina., Voyatzis, Panayotis. "İnternet ve İfade Özgürlüğü: Cesur Yeni Dünya ve AİHM'nin Evrilen İçtihadı". AB-AK İfade Özgürlüğü Projesi yayını. 2016. s. 359.

⁴ Karar için bk. Benedek, Wolfgang., Ketteman, Mattias. *İfade Özgürlüğü ve İnternet*. AB-AK İfade Özgürlüğü Projesi yayını. 2016. s. 7.

⁵ AB-AK İfade Özgürlüğü Projesi kapsamında hazırlanan *İnternet Özgürlüğü Broşürü*.

⁶ Bildirge için bk. http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/uhamer/siber_suc_tavsiye_kararlar.html

⁷ AİHM'nin Delfi / Estonya Kararı'ndan. Karar için bk. Erişim tarihi: 21.02.2017.

⁸ Karar için bk. Benedek - Ketteman. s.17.

⁹ Benedek - Ketteman. s. 16.

¹⁰ Aynı doğrultuda karar için bk. Times Newspapers Ltd (No. 1 ve 2) / Birleşik Krallık, No. 3002/03 ve 23676/03, § 27, AİHM 2009.

Anayasa Mahkemesi de Youtube Kararı'nda, Anayasa'nın 26. maddesinde düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanımında başvurulabilecek araçları “söz, yazı, resim veya başka yollar” olarak ifade etmiş ise de metinde geçen “başka yollar” ifadesiyle her türlü ifade aracının Anayasal koruma altında olduğunu açıkça belirtmiştir.¹¹

2. Kapsam

İnternet özgürlüğü, ifade özgürlüğünü içine alan ancak niteliği gereği daha kapsamlı ve çok boyutlu bir özgürlük alanıdır. Bu anlamda özel hayatın gizliliği, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, dernek kurma özgürlüğü, bilim ve sanat özgürlüğü, haberleşme ve basın özgürlüğü, eğitim ve öğretim özgürlüğü ile benzer diğer özgürlükleri kapsamaktadır.¹²

a. Fikir özgürlüğü

Herhangi bir engelle karşılaşmaksızın fikir özgürlüğüne sahip olunması hakkının - internet alanının yaygınlığı dikkate alındığında- burada da geniş ölçüde geçerli olması kaçınılmazdır.

b. Bilgi özgürlüğü

Yukarıda da belirtildiği gibi, niteliği gereği oldukça yaygın olan internet alanında bilgi özgürlüğünün temel teşkil etmesi kaçınılmazdır. Mouvent / İsviçre Davası'nda AİHM, günümüz koşullarına uygun bir şekilde internet alanının bilgi aktarmanın modern bir yolu olduğunu açıkça ifade etmiştir.¹³ Aynı şekilde Yıldırım / Türkiye Davası'nda da Google aracılığıyla paylaşılan web hizmetinin bilgi özgürlüğü anlamında ifade özgürlüğünü kullanmanın bir aracı olduğu açıkça ifade edilmiştir.¹⁴

Anayasa Mahkemesi de¹⁵ internetin, modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir değere sahip bulunduğunu, bu nedenle sadece düşünceyi açıklamanın değil, aynı zamanda bilginin elde edilmesi açısından da internetin (özellikle sosyal medyanın) günümüzde en etkili ve yaygın yöntemlerden biri hâline geldiğini belirtmiştir.

c. Basın ve medya özgürlüğü

¹¹ Karar için bk. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/e08bbc9d-6949-4951-9bac-3b51ddf0004c?highlightText=twitter&wordsOnly=False> Erişim tarihi: 26.02.2017.

¹² AB-AK İfade Özgürlüğü Projesi kapsamında hazırlanan *İnternet Özgürlüğü Broşürü*.

¹³ Benedek - Ketteman. s. 16.

¹⁴ Karar için bk. <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/ahmetyildirim.pdf> Erişim tarihi: 24.02.2017.

¹⁵ Karar için bk. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/e08bbc9d-6949-4951-9bac-3b51ddf0004c?highlightText=twitter&wordsOnly=False> Erişim tarihi: 26.02.2017.

İnternet alanında gerçekleştirilen basın ve medya faaliyetleri yönünden de ifade özgürlüğünün söz konusu olmasının, bu hakkın doğası gereği olduğunda şüphe bulunmamaktadır.

AIHM, PraveyoDelo Davası'nda internetten elde edilen bilgilerin basın aracılığıyla kullanılması konusunda devlete pozitif yükümlülük yüklemiştir. Yine aynı davada, ifade özgürlüğü özel raportörlerinin 2005 tarihli bildirgesine atıfta bulunularak ifade özgürlüğü konusundaki uluslararası güvencenin, internet özgürlüğü konusunda da geçerli olacağı açıkça belirtilmiştir.¹⁶

Aynı şekilde, AIHM, ifade özgürlüğünün kullanılması konusunda internet haber sitelerinin önemine ilişkin olarak, Times Newspapers Ltd / Birleşik Krallık Kararı'nda, internet sitelerinin, büyük miktardaki verileri saklama ve yayımlama kapasitesi ile bunların erişilebilirliği sayesinde, toplumun gündemdeki olaylara erişimini sağlamaya ve genel biçimde bilgi alışverişini kolaylaştırmaya büyük ölçüde katkı sağladığını da açıkça ifade etmiştir.¹⁷

Bununla birlikte, söz konusu özgürlük alanından sadece basın ve medya temsilcileri olan gazeteciler değil işlevsel gazetecilik yapan blog yazarları ve gazeteciler dışında yerel anlamda “gazetecilik” yapmaya çalışan kişiler de faydalanır.¹⁸

d. Sanatsal ve kültürel ifade özgürlüğü

İnternetin yaygınlığı dikkate alındığında sanat eserlerinin internet aracılığıyla yayılmasının istenmesi, sanat eseri sahibi açısından oldukça önemlidir zira yeteri kadar destek görmeyen bazı sanat eserleri ile yerel anlamda sergilenmesinde sıkıntı yaşanan bazı eserler internet vasıtasıyla aradığı ilgi ve desteği bulabilecektir. Bu durum, internet alanında gerçekleştirilen sanatsal faaliyetlerin ifade özgürlüğü bağlamında korunması yönünden önem kazanmaktadır.

İnternet alanında ifade özgürlüğünün bir görünümü de kültürel alanda karşımıza çıkmaktadır.¹⁹ 2005 yılında kabul edilen UNESCO Kültürel İfadelerin Çeşitliliğinin Korunması ve Geliştirilmesi Sözleşmesi'nde kültürel düşüncenin de ifade özgürlüğünün bir parçası olduğu açıkça belirtilmiştir.

e. Bilim özgürlüğü

Akademik çalışmalar, internetin gelişmesiyle birlikte oldukça önemli bir yol katetmiştir. Zira internet vasıtasıyla bilgiye kolayca erişilebilmesi, bilim insanlarının çalışmalarında önemli bir şekilde hız kazanmalarına neden olmuştur. Bu sebeple

¹⁶ Karar için bk. Benedek - Ketteman. s.19.

¹⁷ Karar için bk. <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/ahmetyildirim.pdf> Erişim tarihi: 24.02.2017.

¹⁸ Benedek - Ketteman. s. 21.

¹⁹ AIHM Stoll / İsviçre Davası'nda gazeteciler dışındaki kişilerin de gazetecilik faaliyeti yapması durumunda gazeteciler gibi ifade özgürlüğü kapsamından faydalanacağı belirtilmiştir. Karar için bk. <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/dilipak.pdf> Erişim tarihi: 24.02.2017. Ayrıca Benedek - Ketteman. s. 25.

internetin sağladığı yeni iletişim araçları, akademik özgürlüğün ifade özgürlüğünün bir parçası olduğu düşüncesini daha da pekiştirmiştir.

f. İletişim özgürlüğü

İletişim özgürlüğünün, ifade özgürlüğünün bir parçası olduğu muhakkaktır.²⁰ Bu nedenle internet aracılığıyla iletişim hakkının kullanılması da ifade özgürlüğü kapsamında sayılmalıdır.

Ancak iletişim anlamındaki yazılı metinlerden olan AB Temel Haklar Şartı'nın 7. maddesinde iletişim özgürlüğüne saygı duyma hakkı, sadece özel hayat ve aile hayatına saygı bağlamında işlendiğinden, bu durumda, ifade özgürlüğü alanında iletişim özgürlüğü açısından doğan boşluğun, ifade özgürlüğü hakkının daha işlevsel yorumlanmasıyla doldurulabileceği kabul edilmektedir.²¹

3. İfade özgürlüğü ile bağı

İnternet haber portallarının, ticari ve profesyonel amaçlar doğrultusunda kullanıcılar tarafından yorumlar yazılmasına elverişli bir ortam sunmakta olduğu ve Sözleşme'nin 10. maddesi uyarınca ifade özgürlüğüyle ilişkilendirilen “ödev ve sorumlulukları” üstlenmekte olduğu aşikârdır.

Bu doğrultuda, yukarıda da bahsedildiği gibi AİHM, Times Newspaper / Birleşik Krallık Davası'nda internet yayıncılığı faaliyetini AİHS'nin 10. maddesi anlamında tartışmıştır. Bu davada AİHM, sadece bilgi aktarma hakkını değil, kamunun internet üzerinden bilgi alma hakkına sahip olduğunu da açıkça vurgulamıştır.²²

Mahkemenin söz konusu kararda da ifade ettiği gibi, internetin erişilebilirliği ve büyük miktarda bilgiyi depolama ve iletme kapasitesi açısından kamunun haberlere erişimini arttırmak ve genel olarak bilgilerin yayılmasını kolaylaştırmak açısından önemli rol oynadığını göz ardı etmek mümkün değildir. Bu nedenle internet üzerinden fikirlerin yayılması, bilgilerin depolanması da AİHS'nin 10. maddesi kapsamında değerlendirilmeli ve korunmalıdır.

AİHM, Perrin / Birleşik Krallık Davası'nda da müstehcen bazı görüntülerin internette yayımlanması olayı üzerine meşhur Handyside Kararı'na²³ atıf yaparak, bazı fikirlerin devletin veya toplumun bir bölümü için rahatsız edici, incitici ve şok edici olabileceğini ancak Taraf Devletler yönünden tek bir ahlak anlayışının dayatılamayacağını ifade etmiştir.²⁴

²⁰ Vajic - Voyatzis. s. 359.

²¹ Benedek - Ketteman. s. 23.

²² Vajic - Voyatzis. s. 363.

²³ Handyside / Birleşik Krallık Davası, 07.12.1976. Mahkeme bu davada 10. maddenin uygulanmasına ilişkin temel kuralları saymıştır.

²⁴ Vajic - Voyatzis. s. 364.

Yine Yıldırım / Türkiye Davası'nda, internetin, ifade ve bilgi özgürlüğü hakkının kullanıldığı başlıca platformlardan biri hâline geldiği açıkça belirtilmiştir.²⁵ Somut olayda yerel mahkeme tarafından *Google*'a erişimin tamamen engellenmesi AİHS'nin 10. maddesi anlamında ifade özgürlüğünün orantısız bir şekilde kısıtlanması sonucunu doğurmuştur ve bu hâliyle alınan tedbir keyfidir. Kararda, devletin, internet erişiminin sağlanması yönünden pozitif yükümlülüğünün olduğu vurgusuna da yer verilmiştir.²⁶

Anayasa Mahkemesi de Youtube Davası'nda, modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir değere sahip bulunmakta olduğunu, bu itibarla internetin sağladığı sosyal medya zemininin, kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, karşılıklı paylaşma ve yaymaları için vazgeçilmez nitelikte olduğunu açıkça ifade etmiştir.²⁷

B. İnternet Özgürlüğünün Sınırları

1. Genel olarak

İnternet özgürlüğünün sınırlarından bahsederken aslında genel olarak 10. maddeye yönelik sınırlandırmalara atıf yapmak zaruridir. Ancak bununla birlikte AİHM, özellikle internetin bilgilerin yayılması, mecranın erişilebilirliği ve siber ortamda dolaşan bilgilerin eş zamansız ve kalıcı niteliği düşüncesiyle genel kısıtlama nedenlerine ek olarak somut olayın özelliklerine göre bazı yeni durumların söz konusu olabileceğini kabul etmektedir.²⁸

Her şeyden önce internet özgürlüğü genel olarak diğer kullanıcıların haklarının ihlal edilmesini kapsamayacaktır. Bununla birlikte ayrımcılığı, düşmanlığı veya şiddeti teşvik anlamına gelen düzeyde nefret söylemini, çocukların cinsel istismarına ilişkin görüntüleri, tehdidi, suç işlemeye ve şiddete tahrik etmeyi, terörizmi, telif haklarının ihlalini ve soykırıma ilişkin söylemleri kapsamayacaktır.²⁹

İnternet özgürlüğüne ilişkin kısıtlamalar söz konusu olduğunda da AİHM'nin ifade özgürlüğü ile ilgili davalarda uyguladığı kıstaslar olan;

- Öngörülebilirlik ve şeffaflık ilkelerinin karşılanması için sınırlamanın kanunlarda öngörülmüş olması (kanunilik),
- UMSHS'nin 19. maddesinde ve AİHS'nin 10. maddesinde öngörülen sebeplere yönelik koruma amacını taşıyor olması (meşruluk),
- Demokratik bir toplumda gerekli ve orantılı olması (gereklilik / orantılılık),

²⁵ Karar için bk. Erişim tarihi: 24.02.2017.

²⁶ Benedek - Ketteman. s. 34.

²⁷ Karar için bk. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/e08bbc9d-6949-4951-9bac-3b51ddf0004c?highlightText=twitter&wordsOnly=False> Erişim tarihi: 26.02.2017.

²⁸ Vajic - Voyatzis. s. 366; Benedek - Ketteman. s. 36 ve 39.

²⁹ Benedek - Ketteman. s. 77.

şartları internet özgürlüğü ile ilgili davalarda da aranmaktadır.³⁰

Sınırlamalar konusunda, internette yayımlanan bilgilerin etkisi ve etkin kanuni düzenleme ihtiyacı; internetin kendisinden kaynaklanan, yaygın olmasına ilişkin özellikler ile bilgilerin kalıcılığı ve tekrarlanması hususları; ayrıca değerlendirmeye açıktır.³¹

Ancak söz konusu kısıtlamaların, internetin özellikleri dikkate alındığında, uygulanması oldukça zor bir hâle gelmektedir. Bu nedenle kısıtlamalara ilişkin yasal düzenlemelerin uygulamaları yapılırken, internetin bu özellikleri dikkate alınarak, duruma uygun işlem yapılması gerektiği ortadadır.³² Özellikle çocuk istismarı ve terör propagandası yapma yönünden internet ortamının uygunluğu, AİHM'nin ifade özgürlüğü konusunda belirlediği ilkelerin geliştirilmesi zorunluluğunu doğurmaktadır.³³

İnternet özgürlüğünün kısıtlanabileceği her alan oldukça önem taşımakla birlikte bunlar arasından nefret söylemine ilişkin kısıtlamalar, AİHM ve AYM içtihatları çerçevesinde açıklanmaya çalışılacaktır.

2. İnternet özgürlüğünün nefret söylemi kapsamında sınırlandırılması

a. Nefret söyleminin tanımı

Nefret söylemi için evrensel anlamda kabul edilmiş bir tanım yoktur.³⁴ Yine de devletler “nefret söylemi”ni yasaklayan kanunlar kabul etmiştir ancak bu tanımlar, özellikle neyin yasaklandığına dair endişeler açısından birbirinden farklıdır.

“Nefret Söylemi”ne ilişkin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin R97(20) sayılı Tavsiye Kararı’nda bu terim şu şekilde tanımlanmaktadır:³⁵ “İrkçi nefreti, yabancı düşmanlığını, Yahudi düşmanlığını veya azınlıklara, göçmenlere ve göçmen kökenli insanlara yönelik saldırgan ulusalcılık ve etnik merkezilik, ayrımcılık ve düşmanlık şeklinde ifadesini bulan, hoşgörüsüzlüğe dayalı başka nefret biçimlerini yayan, kışkırtan, teşvik eden veya meşrulaştıran her türlü ifade biçimi.”

Nefret söylemi, sosyal veya etnik bir grup içerisindeki kişiyi dışlamak, ona zulmetmek veya ona karşı şiddeti teşvik amacı güden sözlü ve sözsüz ifadeler kullanmak şeklinde ortaya çıkabilir. Nefret söylemi mesajları genellikle çeşitli gruplara ait kişilere yöneltilir.

³⁰ Benedek - Ketteman. s. 38.

³¹ Vajic - Voyatzis. s. 366 vd.

³² Benedek - Ketteman. s. 46.

³³ Nitekim AİHM, Delfi / Estonya Davası’na ilişkin kararında, mevcut davanın, gelişen teknolojik yenilik alanında bu tür bir şikâyetin incelenmesine yönelik olarak Mahkemeye yapılan ilk başvuru olduğunu açıkça belirtmiştir (110. paragraf). Delfi / Estonya Kararı için bk. http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/delfias_karari.pdf. Erişim tarihi: 27.02.2017.

³⁴ Weber. s. 3.

³⁵ Göktepe, Hüseyin. AİHM Kararları Işığında Nefret Söylemi ve Dine Hakaret. *TAA Dergisi, İfade Özgürlüğü Özel Sayısı*, S: 25. s. 176.

Bu kapsamda, bazı “nefret söylemi örnekleri” arasında; ırkçı karikatürler, antisemitik semboller, etnik veya diğer türde, grupları aşağılayan etiketler, engelli veya yaşlıları hedef alan ön yargılı şakalar, cinsiyet ayrımı yapan ifadeler ve eş cinsellik karşıtı protestolar ve ifadeler sayılabilir.

AİHM, nefrete teşvik ve ifade özgürlüğü ile ilgili davaları ele alırken AİHS tarafından öngörülen şu iki yaklaşımı kullanmaktadır:³⁶

- Söz konusu yorumlar, nefret söylemi oluşturuyor ve Sözleşme’nin temel değerlerini hiçe sayıyorsa, 17. maddede (hakları kötüye kullanma yasağı) öngörüldüğü üzere, Sözleşme koruması dışında bırakma yaklaşımı
- Sözleşme’nin 10. maddesi 2. fıkrasında öngörüldüğü üzere, korumaya kısıtlamalar getirme yaklaşımı (Bu yaklaşım, söz konusu söylemin, bir nefret söylemi niteliğinde olmasına rağmen, Sözleşme’nin temel değerlerini yok etme eğilimi içermediğinde benimsenmektedir.)³⁷

AİHM, Erbakan / Türkiye Kararı’nda, bireylerin şeref ve itibarlarına eşit saygı ve hoşgörü gösterilmesinin demokratik ve çoğulcu toplumların temeli olduğunu söylemekle birlikte hoşgörüsüzlüğe dayalı nefreti teşvik eden, yayan, destekleyen veya meşru sayan her türlü ifadenin kısıtlanabileceğine vurgu yaparak nefret söyleminin korunamayacağını belirtmiştir.³⁸ Başka bir deyişle, AİHM, bireylerin ve kamunun menfaatini dengelemeye, tüm vatandaşların eşitliğini ve şerefini korurken demokratik yönetimin özelliklerini sürdürmeye önem veren bir görüşü savunmaktadır.³⁹

c. Mahkeme kararları ışığında nefret söylemi ve internet

Handyside / Birleşik Krallık Davası’nda kabul edildiği gibi, AİHM’nin koruduğu şok edici, incitici ve rahatsız edici ifadelerin nefret söylemi içerir tarzda ayrımcılık, şiddet ve ırkçılığa teşvik içermesi 10. madde anlamında kabul edilebilir bir durum değildir. Bu söylemlerin internet vasıtasıyla yapılması ise tehlikeyi daha çok arttırmaktadır zira internet, hedeflenen nefret sonucuna ulaşmayı daha da kolaylaştırmaktadır.⁴⁰ Bu anlamda AİHM’nin, kararlarında, koruma altında olan sözlerle koruma altında olmayan nefret söylemi niteliğindeki sözlere ilişkin bazı kriterleri geliştirmeye çalışmakta olduğu görülmektedir. Mahkeme ayrıca çevrim dışı (internet harici) söylemlerde kullandığı kriterleri -bu kararlarda atıf yapılmasa da- çevrim içi söylemlerde de kullanmaktadır.⁴¹

³⁶ Tulkens, Françoise. “Söylem Ne Zaman Eylemdir: AİHM’nin İfade Özgürlüğü ve Nefret Söylemi İçtihatları”. İfade Özgürlüğü, AB-AK İfade Özgürlüğü Projesi yayını. 2016. s. 259.

³⁷ Göktepe. s. 176. Mahkeme, Leroy / Fransa Kararı’nda da dava konusu karikatürün yayımlanmasının, derginin kısıtlı tirajına rağmen halkı şiddete kışkırtma düzeyinde olduğunu dolayısıyla nefret söylemi niteliğinde olduğunu belirterek 10. madde anlamında korumadan yararlanamayacağına değinmiştir. Karar için bk. http://www.ifadeozgurlugu.adalet.gov.tr/faaliyetler/26_29_mart/aihm_yabanci/leroy.pdf. Erişim tarihi: 28.02.2017.

³⁸ Erbakan / Türkiye Kararı: <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=001-121147&filename=CASE%20OF%20ERBAKAN> (56. paragraf).

³⁹ Tulkens. s. 260.

⁴⁰ Benedek - Ketteman. s. 79.

⁴¹ Benedek - Ketteman. s. 80.

Nefret söyleminin internet üzerinden yapılması durumunda uygulanacak olan kısıtlamalara ilişkin hem AİHM tarafından hem de AYM tarafından çeşitli kararlar alınmıştır.

AİHM, meşhur Delfi / Estonya Davası'nda internet özgürlüğünü geniş bir şekilde tartışmıştır.⁴² Söz konusu kararda, internetin, ifade özgürlüğünün kullanılması bakımından emsalsiz bir platform olduğu vurgusu en başta yapılmaktadır. Mahkeme, bununla birlikte, internetin bazı tehlikeleri de ortaya çıkarabileceğini; bu kapsamda, nefret söylemi ve şiddete teşvik eden söylemler de dâhil olmak üzere, karalayıcı ve açıkça hukuka aykırı olan diğer türdeki konuşmaların daha önce hiç olmadığı şekilde birkaç saniye içerisinde dünya çapında yayılabilmekte ve bazen sürekli olarak internette kalabilmekte olduğunu açıkça ifade etmiştir. Yine Mahkeme, Sözleşme'nin altında yatan değerlerin korunmasına yönelik gereklilik dikkate alındığında ve Sözleşme'nin 10 ve 8. maddeleri kapsamındaki hakların eşit saygıyı hak ettiği göz önünde bulundurulduğunda, her iki hakkın özüne zarar vermeyecek şekilde bir denge kurulması gerektiğini, bu nedenle, ifade özgürlüğünün kullanılması bağlamında internetin önemli yararlar sağlayabileceğini kabul etmekle birlikte, ilke olarak karalayıcı veya diğer hukuka aykırı söylemlere yönelik yükümlülüğün sürdürülmesi ve kişilik haklarının ihlaline yönelik etkin bir hukuk yolu teşkil edilmesi gerektiğini vurgulamıştır.

Mahkeme, bu kararda, başvuran şirkete, nefret söylemi içeren ve şiddete teşvik eden ve bu nedenle açıkça hukuka aykırı olan yorumların yayımlanır yayımlanmaz hemen kaldırılmasına yönelik bir yükümlülük getirmenin, ilke olarak, şirketin ifade özgürlüğüne orantısız müdahale teşkil etmeyeceğini değerlendirmiştir.⁴³

Yine Mahkeme⁴⁴ bu bağlamda, büyük bir haber portalinin, nefret söylemi ve - mevcut davadaki gibi- şiddete teşvik eden söylemlerin yayılmasını sınırlandırmaya yönelik etkili tedbirler alma yükümlülüğünün, hiçbir şekilde “özel medya kuruluşlarına uygulanan sansür” ile aynı kefiye konulamayacağını değerlendirmiştir. Mahkeme, internetin “halkın habere erişiminin artırılması ve genel olarak bilginin yayılmasının kolaylaştırılması” konusundaki “önemli rolünü” kabul etmekle birlikte⁴⁵ internetteki içerik ve iletişimin ortaya çıkardığı zarar riskini de önemsemektedir.

AİHM, ifade özgürlüğünün kullanılması konusunda internet sitelerinin önemine ilişkin olarak, Yıldırım / Türkiye Kararı'nda (aynı yönde, Times Newspaper Kararı) internet özgürlüğü hususunda şu görüşe yer vermektedir: “İnternet siteleri, büyük miktardaki verileri saklama ve yayımlama kapasitesi ile bunların erişilebilirliği sayesinde, toplumun gündemdeki olaylara erişimini sağlamaya ve genel biçimde bilgi alışverişini kolaylaştırmaya büyük ölçüde katkı sağlamaktadır.”⁴⁶

⁴² Karar için bk. http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/delfias_karari.pdf. Erişim tarihi: 27.02.2017.

⁴³ Delfi / Estonya Kararı, 153. paragraf. Karar özeti için bk. *İfade Özgürlüğü ile İlgili AİHM Kararları Kaynakçası*. AB-AK İfade Özgürlüğü Projesi yayını. 2016. s. 26-27.

⁴⁴ Delfi / Estonya Kararı, 157. paragraf.

⁴⁵ Bu doğrultuda bk. Ahmet Yıldırım / Türkiye Kararı, 48. paragraf ve Times Newspaper / Birleşik Krallık Kararı 27. paragraf.

⁴⁶ Ahmet Yıldırım / Türkiye Kararı, 48. paragraf.

Mahkemeye göre bu durum, yalnızca haber içeriklerini değil, aynı zamanda bu haberlerin yayım araçlarını da ilgilendirmektedir zira bu yayım araçlarına getirilen her türlü sınırlama, haber alma ve verme hakkına hâlel getirmektedir. Ayrıca, AİHM, Sözleşme'nin 10. maddesinin yalnızca haber verme hakkını değil aynı zamanda toplum için haber alma hakkını da güvence altına aldığını birçok defa dile getirmiştir.⁴⁷ Dolayısıyla internet özgürlüğüne ilişkin sınırlamalar da 10. madde hükümlerine tabi olacak ancak nefret söylemi ve şiddet içeren ifadeler bu korumadan yararlanamayacaktır.

Anayasa Mahkemesi, Yaman Akdeniz ve Diğerleri Kararı'nda, internetin modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir araçsal değere sahip bulunduğunu, internetin sağladığı sosyal medya platformlarının kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, karşılıklı paylaşma ve yaymaları için vazgeçilmez nitelikte olduğunu, bu nedenle düşünceyi açıklamanın günümüzde en etkili ve yaygın yöntemlerinden biri hâline gelen internet ve sosyal medya araçları konusunda yapılacak düzenleme ve uygulamalarda devletin ve idari makamların çok hassas davranmaları gerektiğinin açık olduğunu belirtirken; düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün mutlak ve sınırsız olmadığını ve Anayasa'nın 13. maddesindeki koşullara uygun olarak, bu maddelerde belirtilen sebeplerle sınırlandırılabileceğini açıkça ifade etmiştir.⁴⁸

Anayasa Mahkemesi başka bir kararında, ırkçı nefretin veya başka bir deyişle kişilere veya gruplara yönelik nefretin belirli bir ırka ait olmaları nedeniyle kışkırtılmasının nefret söylemi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinin açık olduğunu; dinsel nedenlerle nefretin ve inananlar ile inanmayanlar arasındaki ayrıma dayalı nefretin kışkırtılmasının da aynı şekilde nefret söylemi kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bununla birlikte, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin “nefret söylemi” hakkındaki Tavsiye Kararı'ndaki ifadelerine odaklanılırsa; “saldırgan milliyetçilik ve etnik merkezcilik” şeklinde ifadesini bulan hoşgörüsüzlüğe dayalı başka nefret türlerinin kışkırtılmasının da nefret söylemi kapsamında sayılması gerektiğini, bu kapsamda ten rengi ve etnik köken, toplumsal cinsiyet, cinsel kimlik, cinsel yönelim, engellilik, siyasal aidiyet veya yaş kategorileri ile mülteci, göçmen, yabancı veya başka dezavantajlı gruplara yönelik nefret saikli ifadelerin de nefret söylemi türlerinden kabul edilmesi gerektiğine işaret edildiği görülecektir. Yüksek Mahkeme, sonuç olarak, henüz uluslararası belgelerde ve mahkeme içtihatlarında yeterince ele alınmamış olsa bile cinsel yönelim temelli söylem gibi AİHM'nin ifade ettiği şekilde “hoşgörüsüzlüğe dayalı nefreti yayan, kışkırtan, teşvik eden veya meşrulaştıran her türlü ifade biçimi”nin nefret söylemi olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirterek; somut olayda internet üzerinde başvuranın grubuna yönelik yapılan programda sarf edilen sözlerin ırkçı nefreti, yabancı düşmanlığı veya azınlıklara, göçmenlere ve göçmen kökenli insanlara yönelik saldırı milliyetçilik ve etnik merkezcilik, engellilik, ayrımcılık ve düşmanlık şeklinde ifadesini bulan İslamofobi (anti-Muslim sentiment), antisemitizm gibi dinsel hoşgörüsüzlük dâhil olmak üzere hoşgörüsüzlüğe dayalı başka nefret biçimlerini yayan,

⁴⁷ Ahmet Yıldırım / Türkiye Kararı, 50. paragraf.

⁴⁸ Anayasa Mahkemesinin 2014/3986 başvuru numaralı ve 02.04.2014 tarih sayılı bireysel başvuru Kararı, 40. paragraf.

kışkırtan, teşvik eden veya meşrulaştıran ifadeler olmadığı gibi başvuruca yönelik sözlerin de yalnızca belirli bir grubun üyesi olması nedeniyle söylenmediği, dolayısıyla “nefret söylemi” olarak nitelendirilemeyeceğini değerlendirmiştir.⁴⁹

Anayasa Mahkemesi başka bir kararında ise başvurucaın ulusal yayın yapan bir internet haber sitesinin kendisi hakkında ayrımcı ve nefrete dayalı hakaret içerikli haberler yayımlaması nedeniyle kişilik haklarına saldırıda bulunulduğu ve zedelenen hakları nedeniyle devletin etkili soruşturma yapmayarak faileri cezasız bıraktığı iddiasıyla yaptığı bireysel başvuruyu karara bağlarken; demokratik bir toplumda şiddet çağrısı veya nefret söylemi gibi çoğulcu demokrasiyi ortadan kaldırmayı amaçlayan ifadeler söz konusu olmadıkça kişiler hakkında hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilmekten kaçınılması gerektiğini belirtmiştir. Kararın devamında, “*Habervaktim.com*” isimli internet haber sitesinde yer alan “*Siyonist uşakları yine teröre sarıldı*” başlıklı haber bir bütün olarak değerlendirildiğinde; haberin genel olarak basında yer alan ve kamuyu ilgilendiren bir tartışmaya yönelik olduğu, içeriği ve verilmiş biçimi dikkate alındığında “*sapkınlar*” ifadesi toplumda yer alan belli bir kesimi ve derneği hedef almasına rağmen bu ifadeyle ilgili olarak hedef alınan dernek tarafından başvuruda bulunulmadığı, adli makamların bu ifadeye muhatap olarak kabul edilen derneğin avukatlığını yapan başvuruca yönelik “*sapkınların avukatı*” şeklindeki sözlerin ceza muhakemesi yoluyla cezalandırmayı gerektirecek belli bir tahkir ve aşağılama eşiğini geçmediği yönündeki değerlendirmesinde bariz takdir hatası veya açık keyfîlik bulunmadığını belirtmiştir. Yüksek Mahkeme, sonuç olarak, başvuruca yönünden nefret suçu veya nefret söylemi niteliği taşımadığına, demokratik bir toplumda bu ifadeye karşı mutlaka ceza muhakemesi yoluyla bir yaptırım uygulanmasını gerektiren toplumsal bir ihtiyaç olmadığına ve adli makamlarca çatışan değerler arasında kurulan dengenin adil olmadığının söylenemeyeceğine hükmetmiştir.⁵⁰

Sonuç

İfade özgürlüğü, demokratik toplumun temellerinden biri olup toplumun gelişmesi ve bireyin kendini geliştirmesi ve gerçekleştirmesi için vazgeçilmez koşullar arasında yer alır. Bu bağlamda, toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır. Aynı şekilde birey, özgün kişiliğini düşüncelerini serbestçe ifade edebildiği ve tartışabildiği bir ortamda gerçekleştirebilir. İfade özgürlüğü, kendimizi ve başkalarını tanımlamada, anlamada ve algılamada, bu çerçevede başkalarıyla ilişkilerimizi belirlemede ihtiyaç duyduğumuz bir değerdir.⁵¹

İfade özgürlüğünün, toplumsal ve bireysel işlevini yerine getirebilmesi için, AİHM’nin de ifade özgürlüğüne ilişkin kararlarında sıkça belirttiği gibi, sadece toplumun ve devletin olumlu, doğru veya zararsız gördüğü “haber” ve “düşüncelerin”

⁴⁹ Anayasa Mahkemesinin 2014/12225 başvuru numaralı ve 14.07.2015 tarih sayılı bireysel başvuru Kararı, 39, 40 ve 45. paragraf.

⁵⁰ Anayasa Mahkemesinin 2013/5356 başvuru numaralı ve 08.05.2014 tarih sayılı bireysel başvuru Kararı.

⁵¹ Anayasa Mahkemesinin 2014/3986 başvuru numaralı ve 02.04.2014 tarih sayılı bireysel başvuru Kararı, 34. paragraf.

değil, devletin veya halkın bir bölümünün olumsuz veya yanlış bulduğu, onları rahatsız eden haber ve düşüncelerin de serbestçe ifade edilebilmesi ve bireylerin bu ifadeler nedeniyle herhangi bir yaptırıma tabi tutulmayacağından emin olmaları gerekir. İfade özgürlüğü, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin temeli olup bu özgürlük olmaksızın “demokratik toplum”dan bahsedilemez.⁵²

AİHM’nin koruduğu şok edici, incitici ve rahatsız edici ifadelerin nefret söylemi içerir tarzda ayrımcılık, şiddet ve ırkçılığa teşvik içermesi 10. madde anlamında kabul edilebilir bir durum değildir. Bu söylemlerin internet vasıtasıyla yapılması ise tehlikeyi daha çok arttırmaktadır zira internet, hedeflenen nefret sonucuna ulaşmayı daha da kolaylaştırmaktadır. Bu anlamda, AİHM’nin, kararlarında, koruma altında olan sözlerle koruma altında olmayan nefret söylemi niteliğindeki sözlere ilişkin bazı kriterleri geliştirmeye çalışmakta olduğu görülmektedir. Mahkeme ayrıca çevrim dışı (internet harici) söylemlerde kullandığı kriterleri -bu kararlarda atıf yapılmasa da- çevrim içi söylemlerde de kullanmaktadır.

AİHM’nin uyguladığı üç aşamalı teste ek olarak internette söz konusu olan ifadenin bağlamı, ifade sahibi, ifade sahibinin niyeti, kullandığı dil, ifadenin içeriği ve savunulan eylemin gerçekleşme olasılığı kriterlerinin, özellikle nefret söylemi içerdiği iddia edilen sözlerin değerlendirilmesi esnasında uygulanması, şok eden, inciten ve rahatsız eden bu görüşlerin koruma alanını genişletecektir.⁵³

⁵² Handyside / Birleşik Krallık Kararı.

⁵³ Benedek - Ketteman. s. 84-85.

Kaynakça

Kitap ve Makaleler

Anayasa Mahkemesinin İfade Özgürlüğü Konusunda Verdiği Kararların Özetleri. Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi AB-AK Ortak Projesi yayını. 2016.

Benedek, Wolfgang., Ketteman, Mattias. *İfade Özgürlüğü ve İnternet.* AB-AK İfade Özgürlüğü Projesi yayını. 2016.

Göktepe, Hüseyin. “AİHM Kararları Işığında Nefret Söylemi ve Dine Hakaret”. *TAA Dergisi, İfade Özgürlüğü Özel Sayısı, S. 25.*

İfade Özgürlüğü ile İlgili AİHM Kararları Kaynakçası. Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi AB-AK Ortak Projesi yayını. 2016.

Tulkens, Françoise. “Söylem Ne Zaman Eylemdir: AİHM’nin İfade Özgürlüğü ve Nefret Söylemi İçtihatları”. AB-AK İfade Özgürlüğü Projesi yayını. 2016.

Vajic, Nina., Voyatzis, Panayotis. “İnternet ve İfade Özgürlüğü: Cesur Yeni Dünya ve AİHM’nin Evrilen İçtihadı”. AB-AK İfade Özgürlüğü Projesi yayını. 2016.

Weber, Anna. *Nefret Söylemi El Kitabı.* AK Yayınları. 2009.

AB-AK İfade Özgürlüğü Projesi kapsamında hazırlanan *İnternet Özgürlüğü Broşürü.*

İnternet Kaynakları

www.anayasa.gov.tr

http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf.

www.inhak.adalet.gov.tr

www.uhdigm.adalet.gov.tr

**Mengi ve Türkiye AİHM Kararının
İfade Özgürlüğü Bakımından Tahlili**

Berat Duman

Türkiye Adalet Akademisi Hâkimi

Kısaltmalar

Age.: Adı geçen eser

AİHM: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AİHS: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

AYM: Anayasa Mahkemesi

E.: Esas Numarası

H. D.: Hukuk Dairesi

K.: Karar Numarası

m.: Madde

s.: Sayfa

SK: Sayılı Kanun

TAA: Türkiye Adalet Akademisi

vb.: Ve benzeri

vs.: Vesaire

Özet

Düşünme; duyum ve izlenimlerden oluşan, karşılaştırma yapma ve muhakeme etme sürecidir. İfade ise düşüncenin dışa vurum şeklidir. Bu dışa vurma; bir söz, açıklama, eylem vb. şekillerde tecessüm edebilir. Özgür bir şekilde düşündüğünü ifade edebilme esasen en temel insan haklarından olmasına rağmen AİHS ve AİHM içtihatları dikkate alındığında mutlak bir hak olarak tanımlanmamıştır. Bunun sonucu olarak, belli başlı şartlar altında bu hakkın kısıtlanabileceği görülmektedir. Öbür taraftan, muhtevası gereği bu hak, diğer birçok hak ile çatışma hâlinindedir. Özellikle bu makalemizde incelemiş olduğumuz AİHM kararında, söz konusu hakkın; özel hayatın gizliliği, kişilerin itibarı ve basın özgürlüğü gibi haklar ile çatıştığını görmekteyiz. Dolayısıyla gerek ifade özgürlüğünün sınırlandırılması gerekse diğer haklar ile çatışması hâlinde hangi hakka öncelik verileceği hususlarını teorik ve AİHM içtihatları ışığında, yer yer AYM ve Yargıtay kararlarına da değinerek anlatmaya çalışacağız.

Anahtar kelimeler: ifade özgürlüğü, kişilerin itibarının korunması, özel hayatın gizliliği.

Abstract

Reasoning is the process composed of impression and sensation, comparison and judgment. However statement is the expression of a judgment. This expression might be a word, an explanation, an action, etc. Although the freedom of expression is a fundamental human right, ECHR and the jurisprudence of the ECHR do not identify it as an absolute right. Consequently, this right might be limited under certain conditions. On the other hand, right to freedom of expression is in conflict with other important rights. In this article we analyse the Court judgments demonstrating that this right is in conflict with the right to privacy, right to reputation and freedom of press. Hence, this article will discuss the limitations of freedom of expression by referring to theoretical facts and jurisprudence of the ECHR as well as that of the Constitutional Court and the Court of Cassation. It will also address to the question of the supremacy of the rights in case of conflicting rights.

Keywords: freedom of expression, protection of reputation of the persons, right to privacy.

Giriş

AİHS'nin 10. maddesinde ifade özgürlüğü;

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

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

Yukarıdaki düzenlemeye göre, ilk fıkrada genel kural belirtilmiş ikinci fıkrada ise ifade özgürlüğüne hangi sebeplerle kısıtlamalar getirilebileceği ayrıntılı bir şekilde belirtilmiştir. Dolayısıyla bu meşru sebeplere bağlı kalınmaksızın yapılan her müdahale, ifade özgürlüğünün kısıtlanması olarak algılanabilecektir.

İfade özgürlüğü korumasından yararlanacak olan kişilerin ise AİHM içtihatları uyarınca belli bir sıralamaya tabi tutulduğu görülmektedir. Bu sıralamaya teoride “ifade özgürlüğü piramidi” denilmektedir. Bu piramide göre kamu tarafından tanınan, medyatik olan kimseler ile siyasiler en korumasız konumdaki kimselerdir. Tahlil ettiğimiz kararda, eleştirilen kişilerin özellikle kamuya mal olmuş kimseler olarak görülmesi bir nevi bu piramidin AİHM kararına yansımadır.

Diğer taraftan, ifade özgürlüğünün korunması hususunda devletin, bu özgürlüğün kullanılmasına müdahale etmeme gibi negatif yükümlülüğü yanında, ifade özgürlüğünün kullanılabilmesi için üçüncü kişilerin fiziksel saldırı ve tehditlerinden koruma veya basın yayın faaliyetlerinin engellenmesini önleme gibi pozitif yükümlülükleri vardır.

Ayrıca tahlile konu kararın başvurucusunun bir köşe yazarı olması ve bir gazete aracılığıyla düşüncelerini açıklaması dikkate alındığında basın yoluyla ifadelerin açığa vurulması hususu ortaya çıkmaktadır. Bu husus da -özellikle incelemeye konu kararda- ifade özgürlüğünün özel bir biçimi ve en önemli unsurlarından birisi olan basın özgürlüğüdür. Basın özgürlüğü; haber ve düşünceleri serbest olarak toplamak, haber almak, bu haberleri özgürce yorumlamak, eleştirmek ve yayımlamak serbestisi olarak tanımlanmaktadır fakat her özgürlük gibi basın özgürlüğü de sınırsız değildir. İfade özgürlüğü için geçerli olan sınırlama sebepleri, basın özgürlüğü için de genel olarak geçerlidir.

I. Davanın Konusu¹

Davacı, başvuran, Türk vatandaşı Nesibe Ruhat Mengi, Türkiye’de ulusal düzeyde faaliyet gösteren bir gazetede köşe yazarıdır. 2003 yılında gazete *Vatan*’da, aralarında namus cinayeti, tecavüz, kadınlara kötü muamele gibi hususlarda cezanın indirimini öngören yeni Ceza Kanunu tasarısını eleştiren iki adet köşe yazısı yayımlamıştır. “Takıntılı Profesör” başlıklı köşe yazısında, “*Prof. Dr. Sulhi Dönmezer’in kadın ve çocuklarla ilgili ceza maddelerinde neden bu kadar ayrımcı ve takıntılı davrandığını anlamak zor. Medeni Kanun değişirken de aynı tutumu gözlemiştik. Bence Adalet Komisyonlarında eski hukukçular yerine genç, dünyayı daha iyi izleyen, ayrımcı anlayışın tarihe karıştığını da bilenler çalışmalı artık. Prof. Dr. S. D. 80’li yaşların bakış açısıyla yalnız kalıyor.*” şeklinde beyanlarda bulunmuş, bunun üzerine adı geçen profesör tarafından açılan davada Şişli Asliye Hukuk Mahkemesi başvurunu tazminata - yukarıda belirtilen kısma dayanarak- mahkûm etmiştir.

Yine başvuranın, “Kurtulamıyorsan Keyfini Çıkar” adlı köşe yazısında, “*Cumartesi günü ‘Bakire Krizi’ başlıklı yazımda TCK Komisyonunda Bakanlık adına konuşan Prof. Doğan Soyaslan’ın ‘Tecavüz eden evlenirse suçu hafifletilmeli. Her erkek bakire ile evlenmek ister.’ sözüne değinmiş ve bu Komisyonunda yeni tasarımı oluşturan bazı isimlerin psikolojik tedaviye ihtiyaçları olduğunu bir kez daha vurgulamıştım. D. S.’nin ‘Tecavüze uğrasam evlenirdim.’ sözlerini henüz duymamıştım bu satırları yazarken. Duyduktan sonra bazı isimlerin derhâl bir kliniğe kapatılması gerektiğine inanıyorum. Hastalığın derecesi topluma aşırı zarar verecek duruma geldiğinde bu kaçınılmazdır. Bu sağlıksız kafalar yalnız kuşaklar boyu binlerce kadın ve çocuğun (Her gün, sayısı 8 ile 20 arasında değişen sapıklar tarafından Türkiye’nin her köşesinde tecavüze uğramış çocuk, genç kız ve kadının haberlerini okumaya devam ediyoruz.) zarar görmesine neden olmayacaklar, toplumu -özellikle de eğitimsiz, işsiz, hasta insanları- suça teşvik edecekler. Prof. (demeye bile dilim varmıyor) D. S. ve onunla birlikte Komisyonunda birkaç isim ‘Tecavüzden kaçamıyorsan bari keyfini çıkar’ gibi garip, çağdaş ülkelerde duyulamayacak bir Türkiye esprisini gerçek yapmaya uğraşıyorlar.*” şeklinde beyanlarda bulunduğu gerekçesiyle adı geçen profesör tarafından açılan davada, Ankara Asliye Hukuk Mahkemesi, başvurunu tazminata -yukarıda belirtilen kısma dayanarak- mahkûm etmiştir.

Yine başvuran tarafından yazılan “Bitmeyen Bekâret Kavgası”² başlıklı yazı, 4 Kasım 2003 tarihinde *Vatan* gazetesinde yayımlanmıştır. Yazıda özellikle, “*Adalet Bakanı’nın danışmanı olan Prof. Doğan Soyaslan’ın tecavüz konusunda söylediği ‘Tecavüz eden kişi ile evlenmek Türkiye’nin gerçeğidir. Hiç kimse bakire olmayan kadınla evlenmek istemez.’ sözleri ülke çapında olay yarattı; hukukçuları, sivil toplum kuruluşlarını ve vatandaşları ayağa kaldırdı biliyorsunuz. Danışmanını koruduğunu düşündürtecek sözleriyle Adalet Bakanı bile (her ne kadar ‘Ben kimseyi savunmuyorum ama o üniversitede ders veren bir profesör.’ dese de) büyük tepki aldı. Çarpık anlayış! ‘Bakın siz okumuşsunuz, avukat olmuşsunuz, daha az dindarsınız.’ gibi abuk bir cümleyi ağzından kaçırdığı kadın hukukçuların, gazetecilerin bilgisi ve doğruluğu karşısında*

¹ Davanın konusu ve tüm safhası, aşağıdaki adresten indirilen karardan alınmıştır: www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/aihm+klite.asp

² <http://haber.gazetevatan.com/Haber/16923/4/Yazarlar>

balon gibi söndü; izleyenleri, başta kendi meslektaşları olmak üzere hayretten dehşete sürükledi.” şeklinde beyanlarda bulunduğu gerekçesiyle adı geçen profesör tarafından açılan davada, Ankara Asliye Hukuk Mahkemesi, başvuruları tazminata -yukarıda belirtilen kısma dayanarak- mahkûm etmiştir. Yargıtay tarafından bu karar onanmıştır.

II. AİHM Safhası

A. Başvuru

Türkiye Cumhuriyeti aleyhine açılan (13471/05 ve 38787/07 no.lu) dava, Türk vatandaşı Nesibe Ruhat Mengi'nin (“başvuran”) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine sırasıyla 2 Nisan 2005 ve 21 Ağustos 2007 tarihlerinde, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin 34. maddesi uyarınca yapmış olduğu iki başvurudan ibarettir.

Başvuruların benzer konularda olduğu hususunu göz önüne alan AİHM, başvuruların birleştirilmesinin uygun olduğuna karar verir.

B. Davacıların iddiaları

Başvuran, aleyhine açılan davalarda verilen kararların ifade özgürlüğü hakkını ihlal ettiği ve yerel mahkemelerin, haksız yere davacıların statülerinden etkilendikleri ve Ceza Kanunu tasarısının cinsiyete dayalı ayrımcılık hükümlerini eleştirdiği için yüksek miktarda tazminata mahkûm edildiği iddiaları ile Sözleşme'nin 6, 10 ve 14. maddeleri hükümleri uyarınca başvurmuştur. AİHM başvurunun yalnızca 10. madde bakımından incelenmesi gerektiği görüşündedir.

C. Hükûmetin savunması

Hükûmet, başvurunun kendilerine tebliğ edilmesinin ardından, davanın kabul edilebilirliği ve esası hakkında herhangi bir görüş bildirmemiştir. Daha sonra ek mütalaalarında yalnızca, mevcut başvuruların koşullarının, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlali anlamına gelmediğini belirtmişlerdir.

D. Mahkemenin esasa ilişkin kararı

İhlalin tespiti

AİHM, yukarıda belirtilen iki tazminat davasındaki davacıların, Ceza Kanunu tasarısının hazırlanmasından sorumlu Komisyon üyeleri olduğunu belirtmiştir. *Dolayısıyla bu anlamda kamu görevlerini yerine getirmekte olup, resmî sıfatla hareket etmişlerdir.* Bu bağlamda, bir hukuk profesörü olan ilk davacı, Komisyon başkanıdır ve yerel mahkeme tarafından “profesörlerin profesörü” ve “uluslararası ölçekte tanınan bir hukuk profesörü” olarak nitelendirilmiştir. Bir hukuk profesörü olan ikinci davacı ise Adalet Bakanı'nın danışmanıdır. Ayrıca, dava dosyasında yer alan bilgilere göre her iki davacı da medyaya çıkmıştır. Dolayısıyla AİHM, davacıların söz konusu tarihte, “kamuya mal olmuş kişiler” olarak nitelendirilecek kadar iyi tanınmış olduklarını ve Komisyon üyeleri olarak, kamu görevlilerine yakın olduklarını tespit eder. Dolayısıyla

dava konusu bağlamında, davacılara yönelik kabul edilebilir eleştirinin sınırları, herhangi bir özel şahsa yönelik eleştiriden daha yüksektir. *Yukarıda belirtilen görüşler ışığında AİHM, ulusal yetkililerin takdir payına halel gelmeksizin, 19 ve 26 Ekim 2003 tarihli yazılara ilişkin olarak başvuranın ifade özgürlüğüne yapılmış olan müdahalenin, demokratik bir toplumda başkalarının itibar ve haklarının korunması için gerekli olduğunu gösterecek, yeterli gerekçelere dayandırılmamış olduğunu vurgulamıştır. Bu tespit, AİHM tarafından başvuranın ödemesine hükmedilen tazminat tutarının, güdülen amaçla orantılı olup olmadığı hususunun incelenmesini gereksiz kılar. Dolayısıyla AİHM, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.*

III. İfade Özgürlüğünün Anlamı, Unsurları ve Sınırlandırılması

A. Anlamı

İnsan hakları, hukuki terminolojide “anayasal haklar” veya “temel haklar” olarak kendisine yer bulmaktadır. İnsan hakları hukuku alanında; negatif statü, aktif statü, pozitif statü hakları olmak üzere genel bir tasnif yapılmıştır. İfade özgürlüğü ise aktif statü hakları sınıfındandır. Dolayısıyla vatandaşların, siyasal iktidarın oluşumuna ve karar alma mekanizmalarına bu haklar sayesinde etki edebileceği düşünülür. Esasen aktif statü haklarının demokrasinin özünü oluşturduğu söylenebilir.³ Bu nedenle özelde ifade özgürlüğü genelde ise insan hakları ile demokrasi; insan hakları örgütleri, insan hakları eylemcileri ve gerekse Batılı devletler tarafından dış politikalarında gittikçe artan bir şekilde ilişkilendirilen iki kavram olarak günümüzde karşımıza çıkmaktadır. Belli bir dönem birbirinden bağımsız iki kavram olarak görülse de gelecek için bunun mümkün olmayacağı görülmektedir. Demokrasinin temelinde vatandaşların eşit bir şekilde kamusal işleri yönlendirme ve hükümetin işlemlerinin denetimine aktif bir şekilde katılma yatmaktadır. Tabii vatandaşlar bu işlemleri yaparken köklü demokrasilerin vazgeçilmezi olan serbest seçim, siyasi partiler ve yasama meclisi gibi kurumların yanında, medeni ve siyasi haklar olarak adlandırılan, gerek Medeni Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi gerekse AİHS’de belirtilen hakların güvenceye kavuşturulması gerekmektedir. Robert Dahl’a göre ise demokrasi; etkin katılım, oy kullanma eşitliği, bilgi edinebilme, gündem üzerinde son sözü söyleme gibi kısıtları içermektedir. Bu kısıtların olmaması hâlinde siyasal eşitlikten bahsedilemez.⁴ İfade hürriyetinin demokrasilerde, çoğulculuğun bir nevi koruyucusu olduğu söylenebilir. Nitekim çoğulcu bir rejimde çoğunlukçu baskısından kaygılanmaya gerek yoktur zira çoğulcu demokrasilerde çok sayıda muhalif azınlığın yönetimde yer edindiği dolayısıyla kendilerini ifade edebildikleri görülmektedir.⁵ Buradan da anlaşılabileceği üzere, demokrasi ve insan hakları arasında dışsal değil içsel bir bağ bulunmaktadır.⁶

İfade sözcüğünün anlamına baktığımızda ise Türk dilinde pek çok değişik anlamı bünyesinde barındırdığını görmekteyiz. Bu anlamları genel olarak “deyiş, anlatım, duygunun yüz mimiklerine yansımaları, dışa vurum (felsefî manada)” şeklinde sıralamak

³ Mustafa Erdoğan. *Anayasal Demokrasi*. Siyasal Kitabevi. 8. Baskı. Mart 2010. s. 177.

⁴ Robert A. Dahl. *Demokrasi Üzerine*. Phoenix. 2. Baskı. 2010. s. 48.

⁵ Mustafa Erdoğan. *age*. s. 242.

⁶ David Beetham. *Demokrasi ve İnsan Hakları*. Liberte Yayınları. 2. Baskı. Mayıs 2014. Çeviren: Bilal Canatan. s. 151-157.

mümkündür.⁷ Bu genel anlamdan hareketle, ifade, insan olmanın bir gereği olan düşüncenin çeşitli şekillerde -söz, sembol, müzik vb.- insanın zihninden somutlaşarak dışa çıkması ve tecessüm etmesidir. Özgürlük ise “Herhangi bir kısıtlamaya, zorlamaya bağlı olmaksızın düşünme veya davranma, herhangi bir şarta bağlı olmama durumu, serbest”⁸ olarak tanımlanmaktadır. Buradan hareketle, genel manada ifade özgürlüğü; herhangi bir şarta bağlı olmadan bir düşüncenin çeşitli şekillerde dışa vurumu olarak tanımlanabilir.

İfade, sadece kelime vb. şeylerden ibaret olmayıp eylemsel, sembolik, sanatsal, ticari, ekonomik, müstehcen, siyasal, tehditkâr şekilde vuku bulabileceği doktrinde belirtilmiştir.⁹

AİHS’de, “ifade özgürlüğü”, korunması gerekli temel haklar arasında sayılmıştır. AİHM de ifade özgürlüğünün, demokratik toplumun temelini oluşturduğunu belirtmekten kaçınmamıştır. İfade özgürlüğü, yalnızca lehte olduğu değerlendirilen bilgi veya düşünceler için geçerli değildir. Bununla beraber, toplumun bir bölümü için rahatsız edici ve hatta şok edici düşünce ve ifadeler için de uygulanır. Kaldı ki bunlar demokrasinin dolayısıyla çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir. Bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz.¹⁰ Sözleşme’yi yorumlayan AİHM, konuyla ilgili, meşhur “Handyside / İngiltere Kararı”nda ifade özgürlüğünün sadece zararsız ve kayıtsızlık içeren bilgiler ve fikirler için değil aynı zamanda şok edici veya rahatsız edici olanlar için de geçerli olduğunu belirtmiştir.¹¹ Tüm bu değerlendirmeler, tanımlamalar dikkate alındığında en geniş anlamda ifade özgürlüğü; bir düşünce, inanç, kanaat, tutum veya duygunun barışçı yoldan açığa vurulmasının serbest olması demektir.

Diğer taraftan, ifade özgürlüğü konu ve kapsamı itibarıyla diğer özgürlüklerin de temelini teşkil edebilir.¹² Buna ilaveten, ifade özgürlüğü, insan hak ve özgürlükleri içinde, hayat hakkı ile birlikte en önemli haklardan biri olarak kabul edilmektedir. Bunun sebebi ise bu hakkın, insanın yararlandığı birçok hak ve özgürlüğün olmazsa olmaz şartını oluşturmasından kaynaklanmaktadır. Bu özgürlüğün olmadığı yerde gerçek bir demokrasiden bahsetmek de mümkün değildir.¹³ Esasen ifade özgürlüğü, “özel hayat hakkı”, “dın ve vicdan özgürlüğü”, “eğitim hakkı”, “ayrımcılık yasağı” gibi temel insan

7

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.52c554f59d66d2.93158518

8

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.52c554fd151492.72457474

⁹ Leo Zewak., Kasım Karagöz., Kemal Şahin., Murat Tümay. *Yargıda İfade Hürriyetine Yönelik Farkındalığın Arttırılması, MATRA Projesi*. TAA Yayınları-20. 2013. Ankara. s. 42-62.

¹⁰ AİHM, Arslan / Türkiye Kararı, Başvuru No. 23462/94, 08/06/1999.

¹¹ Osman Doğru., Atilla Nalbant. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, 2. Cilt. s. 181.

¹² Leo Zewak., Kasım Karagöz., Kemal Şahin., Murat Tümay. age. s. 35.

¹³ Ahmet Gökçen. *Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü*. Liberte Yayınları: Ankara. 2001. s. 221.

hakları ile iç içe geçmiş, bu haklara temel teşkil eden bir haktır.¹⁴ Kaldı ki tahlile konu kararda, AİHS m. 8 ile m. 10 arasında hakların çatışması mevcuttur.

Ruhat Mengi ve Türkiye Kararı'nda, başvuranın yani Mengi'nin, bir yasa tasarısı neticesinde ortaya çıkan ve kamu nezdinde dikkat çeken olguları, olayları ve bu yasanın meydana gelmesinden sorumlu tuttuğu profesörleri kendi üslubu ile ağır, alışılmadık bir şekilde eleştirdiği görülmektedir. Zaten bu eleştiriler, yani başvuranın düşüncesi, durağan hâlden dinamik hâle dönüştüğü zaman yazarın eylemleri dava konusu olmuş ve ifade özgürlüğünün sınırlarını aştığı iddia olunmuştur. Her ne kadar yerel mahkeme, başvuranın, ifade özgürlüğünün sınırlarını aşarak davacıların (profesörlerin) kişilik haklarını ihlal ettiğine hükmetse de doktrinde ve AİHM kararlarında açıkça belirtildiği üzere, ifade özgürlüğü kişilere, beğenmedikleri uygulamaları eleştirebilme, fikir ve inançlara uygun bir şekilde davranabilme ve doğru olduğuna inandığı düşünce ve inançları başkalarına aktarabilme imkânı vermektedir. Toplumu ilgilendiren sorunların nitelikli bir şekilde tartışılabilmesi, zıt fikirlerin karşı karşıya gelmesi ve birbirini eleştirebilmesi ile sağlanabilir. Yapılan eleştiride sadece çeşitli olayların açıklanmasıyla yetinilmemekte, hadiseler ve bunlar içinde adı geçen kimselerin tutum ve davranışları da değerlendirilmektedir. Açıklanan düşünce ve kanaatler eleştiri niteliğinde olunca, onun bir övgü olmaması, haşın ve sert olması doğal bir sonuçtur. Bu minvalde başvuranın eleştirme, davacıların ise ağır ve yoğun eleştiriye tahammül etme yükümlülüğü olduğu açıktır.

Şöyle ki “İfade özgürlüğü, demokratik bir toplumun vazgeçilmez dayanaklarından birini, bu toplumun ilerlemesinin ve her insanın gelişmesinin temel şartlarından birini oluşturur. İfade özgürlüğü, sadece hoşı giden veya insanları incitmeyen veya önemsenmeyen ‘bilgi’ ve ‘düşünceler’ için değil, devleti yahut toplumun herhangi bir kesimini inciten, şok eden veya rahatsız eden bilgi ve düşünceler için de geçerlidir. ‘Demokratik toplumun’ olmazsa olmaz koşullarını oluşturan, çoğulculuk, hoşgörü ve açık görüşlülük bunu gerektirir.”¹⁵

Başvuranın kullandığı dil elbette ağırdır hatta Türk örf ve âdetlerine göre hakaretamiz sayılabilir; ancak gazetecilerin olgulardan hareketle birtakım eleştirilerde bulunurken ağır ifadeler kullanması yaptıkları işin doğası gereğidir. Bu minvalde, Mengi'nin, Prof. Dönmezer için kullanmış olduğu “takıntılı, gerici ve kadınlara ayrımcılık uygulayan ve kadınlarla konuşmayan bağınaz bir kişi” kelimeleri, ifade özgürlüğü kapsamında düşünülmelidir. Yine Prof. Soyaslan hakkında kullandığı, akıldan yoksun, sağlıksız kafalı, psikolojik tedaviye ihtiyacı olduğunu ima eden ve profesör olmaya uygun olmadığını belirten; bunlara ek olarak köşesinde “Asla bir aptalla tartışmayın. Sizi kendi seviyesine çeker ve sonra tecrübesiyle sizi yener.” şeklinde hakaretamiz kelime ve cümlelerinin de AİHM kararları -özellikle Lingens ve Handyside Kararları- ve uygulaması dikkate alındığında, kamuya mal olmuş bir olgudan hareketle, başvuranın eylemlerine; tanınmış bir kimsenin sert bir üslupla, şok edici, rahatsız ve incitici şekilde gerçek olgulardan hareketle eleştirilmesi gözüyle bakılmalıdır.

¹⁴ Wolfgang Benedek. *İnsan Haklarını Anlamak (İnsan Hakları Eğitimi Temel El Kitabı)*. TAA Yayınları. 2014. s. 412.

¹⁵ Handyside / Birleşik Krallık Kararı'ndan aynen alınmıştır.

Türk hukuku uygulamasına baktığımızda, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu birçok kararında eleştirinin sınırı ile ilgili olarak genel bir değerlendirme yapmıştır. Nitekim HGK bir kararında, yayımlanan bir eleştirinin hukuka aykırı sayılması için gerçeklik, güncellik, kamu yararı, toplumsal ilgi ve konu ile ifade arasında düşünsel bağlılık koşullarından birine aykırılık bulunmasının gerektiğini belirtmiştir.¹⁶ Bu karar esas alınsa dahi başvuranın eylemi bu ölçülerle yani yerel ölçülerle değerlendirilerek tazminata hükmedilmesinin hukuka aykırı olduğu savunulabilir.

B. Unsurları

Maddenin lafzına bakarsak ifade özgürlüğünün unsurlarının;

AIHS Madde 10- İfade Özgürlüğü

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

Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, asayişsizliğin veya suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın ve ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli kalması gereken haberlerin yayılmasına engel olunması veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için kanunla öngörülen bazı formalitelere şartlara, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir.” şeklinde belirtildiğini görürüz.

Maddenin lafzından da anlaşılacağı üzere, ifade özgürlüğünün şu unsurlardan oluştuğunu söyleyebiliriz: Haber alma ve bilgi edinme özgürlüğü, kanaat özgürlüğü, fikir ve kanaatleri açıklama özgürlüğü. Tahlile konu kararda sınırlanan ifadenin açık bir şekilde yazılı olarak ve basın aracılığıyla ifade edildiği dikkate alındığında, ifade özgürlüğünün söz, yazı, basın aracılığıyla kullanımı çerçevesinde bir incelemede bulunmakla beraber konunun muhtevası gereği fikir ve kanaatleri açıklama özgürlüğü üzerinde durulması gerekmektedir.

Devletlerde siyasi kimselerin ve organların saygınlığının korunması amacıyla suç tiplerinin türetildiği görülmektedir. Esas tehlike ise bu suç tiplerinin geniş yorumlanarak ifade özgürlüğünün boyutunun bir anlamda daraltılmasıdır.¹⁷ Kanımızca bu sınırın geniş tutulması, ifade özgürlüğünün kullanılmasını zorlaştıran bir hâle sebep olur. Bunun doğal bir sonucu olarak eleştirme, haber verme, kanaat açıklama özgürlükleri bir suç baskısı altına girer.

¹⁶ Yargıtay HGK bir başka kararında da haberin üst üste altı kez yayımlanmasının eleştiri ölçülerinin aşıldığını gösterdiğini ve kişilik haklarına saldırı oluşturacağını belirtmiştir. Yargıtay HGK, 435/471, 06/06/2001.

¹⁷ Leo Zewak., Kasım Karagöz., Kemal Şahin., Murat Tümay. age. s. 141.

Kanaat sahibi olma özgürlüğü, bireylerin kanaatlerinin serbestçe oluşmasını ve kanaatleri nedeniyle sorumlu tutulmamalarını ifade eder.¹⁸ Fikir ve kanaatlerini açıklama özgürlüğünü ortaya çıkarır. Bu özgürlük, düşüncenin dışı vurulma safhasını oluşturup, düşüncenin durağan hâlden dinamik hâle geçmesine sebebiyet verir. Şayet bu özgürlük olmaz ise düşünce edinmeye yarayan özgürlükler ve kanaat özgürlüğü bir anlam ifade etmeyecektir. Nitekim devlet ile bireyi karşı karşıya getiren aşama da bu aşamadır.¹⁹

C. İfade özgürlüğünün sınırlandırılması

1. Genel olarak

Günümüzde en ileri olduğu düşünülen demokratik rejimlerde dahi, ifade özgürlüğü hakkının kullanımı belirli bazı sınırlamalara tabi tutulabilmektedir. Dolayısıyla ifade özgürlüğü hakkı da birtakım sınırlamalara tabi tutulmaktadır. AİHS ile iç hukukta verilen kararların uyumu, sınırlamanın ne derece AİHS'ye ve yorumuna uygun olduğu konusunda ise AİHM'nin içtihatları belirleyici olmaktadır.

Öte yandan doktrinde ifade özgürlüğüne getirilecek olası sınırlamalar üç sınıfta toplanacak şekilde sayılmıştır: Birinci sınıf, AİHS'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen olağan dönemlerde sınırlamalar; ikinci sınıf, 15. maddede düzenlenen, savaş ve olağanüstü dönemlerde sınırlamalar; üçüncü sınıf ise bütün haklar bakımından geçerli olan 17. maddede düzenlenen hakların kötüye kullanılması yasasıdır.²⁰

AİHS'nin lafzına bakıldığında bu hakkın kullanımının sınırlandırılabilmesi için sınırlandırma hükümlerinin aşağıda belirtilen şartlara uymasının gerektiği görülmektedir. Buna göre sınırlama;

- Hukukilik ilkesine uygun olmalı,
- Meşru amaçlara yönelik olmalı,
- Demokratik toplum için gerekli olmalıdır.

Bunların dışında, AİHM'nin, kendi içtihatları ile ortaya koyduğu bir kısım ilkeler de bulunmaktadır. Dolayısıyla yapılacak bir sınırlama içtihatla geliştirilen bu ilkelere de uymak zorundadır. İchtihatla geliştirilen ilkeleri şu şekilde belirleyebiliriz:

- Ulusal takdir marjı

¹⁸ Erhan Tanju. *AİHM Kararları Işığında İfade ve Basın Özgürlüğü*. Seçkin Yayınevi: Ankara. 2012. s. 161.

¹⁹ Kasım Karagöz. *İfade Özgürlüğü ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sınırlandırılması Sorunu*. Ankara. 2004. s. 78.

²⁰ Feyyaz Gölcüklü. "Avrupa İnsan Hakları Divanında Söz ve İfade Hürriyeti". *İnsan Hakları Yılıığı*. 1980. s. 55.

- İkincillik ilkesi
- Ölçülülük ilkesi

Günümüzde ise ifade özgürlüğüne yapılacak olan ve sınırlama arz eden müdahalelerde son zamanlarda gerek AİHM'nin gerekse bireysel başvurunun bir iç hukuk yolu olarak tanımlanmasından bu yana, AYM'nin kararlarında, sınırlamanın gitgide istisnai bir hâl aldığı hatta devletlerin sınırlamadan ziyade hakkın kullanımına yönelik pozitif yükümlülükleri olduğuna işaret edilmiştir. AİHM, Dink / Türkiye Kararı'nda, AİHS 10. maddesi çerçevesinde, ifade özgürlüğünün etkin bir biçimde kullanımının yalnızca devletin her türlü müdahaleden imtina etme görevine bağlı olmayıp bazı durumlarda devlet, ifade özgürlüğü hakkı kullanımını gerçek kişilerden kaynaklanan ihlallere karşı da korumakla yükümlüdür,²¹ demek suretiyle pozitif yükümlülük hususuna değinmiştir. AYM ise; ifade özgürlüğünün önemi göz önüne alındığında bu özgürlüğe yapılacak müdahalede, müdahaleyi yapan kamu otoritesinin ifade özgürlüğünün korunmasından daha önemli olan ve müdahaleyi gerektiren yararı ortaya koyması gerektiğini belirtmiştir.²²

Tahlile konu kararda, başvuranın, hukuk alanında tanınmış ve kanun yapmaya yetkili komisyonlarda görev alan iki profesörün kişilik haklarını ihlal ettiği iddiası dikkate alındığında, konumuzun dışına sapmamak adına AİHS 10/2'de belirtilen, başkalarının haklarının ve itibarının korunması nedeniyle sınırlama üzerinde durmamız gerekmektedir.

2. Sınırlamanın hukukiliği

İfade özgürlüğüne yapılacak olan sınırlama içeren bir müdahalenin hukuki dayanağının olduğunu söyleyebilmek adına, müdahalenin yalnızca yasalarda belirlenmesi, düzenlenmesi zorunlu değildir; aynı zamanda, yazılı olmayan hukuk kuralları ve uluslararası hukuk kuralları da bu kapsamda değerlendirilmektedir²³ hatta idari ve profesyonel manada, kurumların hukuk ve adaletle ilgili yapmış olduğu tasarruflar bile hukukiliğin dayanağını oluşturabilir.²⁴

İfade özgürlüğüne yapılan müdahalenin yasaya dayanıp dayanmadığı ve hukuken öngörülebilir olup olmadığı incelenirken; ifade özgürlüğüne müdahale öngören yasa, herkes tarafından ulaşılabilir, öngörülebilir ve anlaşılabilir olmalıdır. Sınırlamaya ilişkin düzenlemede hangi eylemin sınırlamaya tabi tutulacağı mümkün olduğu kadar somut ifadeler ile açıklanmalı, vatandaşların hak ve yükümlülüklerinin neler olduğu açıkça düzenlenmeli ve idarenin keyfî uygulamalarına karşı güvenceler içermelidir. Bu hususları içermeyen bir yasa, yetkili kamu otoritesi tarafından düzenlenmiş olsa dahi bu yasaya dayanarak ifade özgürlüğüne yapılan müdahale Sözleşme'ye aykırı olacaktır.

²¹ AİHM Kararı, Dink / Türkiye, 2668/07..., 14/09/2010.

²² AYM Kararı, Bekir Coşkun Kararı, Başvuru No. 2014/12151, 04/06/2015.

²³ AİHM Kararı, Autronic AG / İsviçre, Başvuru No. 12726/87, 22/05/1990, s. 57.

²⁴ Harris, O'Boyle & Warbrick. *Law of the European Convention on Human Rights*. 3. Edition. Oxford University Press. 2014. s. 649.

Mahkemenin çeşitli kararlarına bakıldığında, “hukuken öngörölmüş” olma deyiminden öncelikle iki şartı anlamalıyız: Birincisi, uygulanması düşünülen hukuk / yasanın erişilebilir olması gerekmektedir.²⁵ İkinci olarak ise yeteri derecede anlaşılabilir olması gerekmektedir.²⁶

AYM, vermiş olduğu bir kararda, hukuk devletinin ilkelerinden bir tanesini de “belirlilik” olarak göstermiştir. Devamında ise yasal düzenlemelerin kişiler ve kamu otoriteleri bakımından bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerektiğini belirtmiştir.²⁷

3. Meşru sınırlama sebepleri

AİHS’nin 10/2. maddesinde yer aldığı üzere, ifade özgürlüğüne getirilen sınırlama sebepleri şu şekilde belirtilmiştir: Ulusal güvenliğin korunması, toprak bütünlüğünün korunması, düzensizliğin önlenmesi, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın korunması, ahlakın korunması, *başkalarının şöhretinin veya haklarının korunması*,²⁸ gizli olarak elde edilen bilgilerin açıklanmasının önlenmesi ve yargı erkinin otorite ve tarafsızlığının sürdürülmesi. AİHS’de kendisine yer bulan diğer hiçbir hak, bu kadar uzun ve istisnai sınırlama sebeplerine sahip değildir.²⁹

AİHM’nin yerleşik içtihatlarında, Sözleşme’nin 10/2 maddesinde belirtilen sınırlama sebeplerinin istisnai nitelikte olduğu ve dar yorumlanması gerektiği belirtilmektedir.³⁰ Bununla beraber, hedeflenen meşru amaçlar açısından ulusal makamların belirli bir takdir hakkının (takdir marjı) bulunduğu hususu vurgulanmaktadır.³¹ Takdir marjı, bu noktada yasa koyucu ve yasaları uygulamakla görevli bulunan kamu görevlilerine tanınmıştır.³² Fakat her sınırlama sebebi için ayrı bir takdir marjı olduğu yine AİHM’nin yerleşik içtihatlarında kendisine yer bulmuştur. AİHM’ye göre, takdir hakkı belirlenirken, hakkın muhtevası, kişi açısından ehemmiyeti, sınırlamanın mahiyeti ve sınırlayıcı müdahale ile ne elde edilmek istendiği yani müdahalenin amacı dâhil olmak³³ üzere belli başlı şartlara bağlı olarak takdir marjının

²⁵ AİHM Kararı, Amann / İsviçre, Başvuru No. 27798/95, 16/02/2000, s. 50.

²⁶ AİHM Kararı, The Sunday Times / Birleşik Krallık (No. 1), s. 49; Barthold / Almanya, s. 45; Olsson / İsveç (No. 1), Başvuru No. 10465/83, 24/03/1988, s. 61.

²⁷ AYM Kararı, Ali Karatay, Başvuru No. 2012/990, 10/12/2014.

²⁸ AİHM Kararı, Le Pen / Fransa, Başvuru No. 18788/09, 20/04/2010; Chauvy ve diğerleri / Fransa, Başvuru No. 64915/01, 29/06/2004.

²⁹ Wolfgang Benedek. *İnsan Haklarını Anlamak (İnsan Hakları Eğitimi Temel El Kitabı)*. TAA Yayınları. 2014. s. 412.

³⁰ AİHM Kararı, Sunday Times / Birleşik Krallık (No.1), s. 65.

³¹ AİHM Kararı, Leander / İsveç, Başvuru No. 41205/98, 06/02/2001, s. 60; Murphy / İrlanda, Başvuru No. 44179/98, 10/07/2003, s. 97.

³² AİHM Kararı, Golder / Birleşik Krallık, Başvuru No. 4451/70, 21/02/1975, s. 45; Engel ve diğerleri / Hollanda, Başvuru No. 5100/71..., 08/06/1976, s. 100.

³³ Diyarbakır Belediyesi eski başkanı olan Mehdi Zana’nın 1987 yılında gazeteciler ile yaptığı bir röportajda “PKK’nın ulusal kutuluş hareketini destekliyorum. Katliamlardan yana değiliz, yanlış şeyler her yerde olur. Kadın ve çocukları yanlışlıkla öldürüyorlar.” şeklindeki sözlerinin ulusal bir gazetede yayımlanması üzerine hakkında ceza soruşturması açılmıştır. Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından

farklılık gösterdiği görülmektedir.³⁴ Doktrinde “takdir hakkı”nın, devletlerin insan hakları uygulamasında bazen sıkı bazen ise gevşek bir dizgine benzetilen bir kontrol mekanizması gibi işlev gördüğü belirtilmektedir. Fakat diğer taraftan tartışmalı bir konu olduğu da kesindir. Şöyle ki devletlere çok geniş takdir hakkı tanındığı vakit AİHM tarafından Taraf Devletlere sanki boş bir çek verilmiş gibi bir durum oluşabilir. Bu durum, devletlerin ulusal düzeydeki yasaları ve uygulamaları üzerinde AİHM’nin herhangi bir zorlayıcı yetkisi olmamasına delalet edebilir; fakat takdir hakkının tanınmaması durumunda ise AİHM, devletler üzerinde, onları kendi doğrularını yapmaları için zorlayan bir kuruma da dönüşebilir. Neticede buradaki zorluk, bu hakkın içtihatlarla Taraf Devletlere tanınmasında değil bu takdir hakkının ne şekilde kullanılacağına yatmaktadır.³⁵ Diğer taraftan, AİHS’de belirtilen sınırlama sebepleri dışında başka bir sınırlama sebebi gerekçe gösterilerek ifade özgürlüğü sınırlanamaz.³⁶

Burada sınırlama sebeplerinin her birine değinmeyerek incelemeye konu olan karar bağlamında, iç hukukta en çok kullanılan sınırlama sebebi olarak gördüğümüz, *başkalarının şöhretinin veya haklarının korunması* yönünden ifade özgürlüğünün sınırlaması ile bir sınırlama sebebi olmasa bile gerek uygulamada gerekse tahlile konu karar bakımından önem arz eden basın özgürlüğü açısından sınırlamaya bir yan başlık olarak değineceğiz.

a) Başkalarının şöhret ve haklarının korunması bakımından ifade özgürlüğünün sınırlandırılması

Kişinin itibar ve şerefi, her gün uğraşmak durumunda olduğumuz bir emtia gibidir. Söylenilen her kelime ve yapılan her eylemle itibarımızı ortaya koyarız. İtibarın yoruma ve tetkike açık olması itibarımızın ne denli risk altında olduğunun açık bir kanıtı sayılmalıdır.³⁷ Kişilik hakkının tanımı yasalarda yer almamakla birlikte gerek doktrinde gerekse yargısal kararlarda tanımları yapılmıştır. Kişilik hakkı doktrinde, kişinin, toplum içindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini temin eden öğelerin tümü

başvurana verilen 12 ay hapis cezasına ilişkin kararın Yargıtay tarafından onanması üzerine, başvuran ifade özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesi ile AİHM’ye başvurmuştur. AİHM, Diyarbakır Belediyesi eski başkanı olan başvuranın terör olaylarının çok yoğun yaşandığı dönemde söylediği sözler sebebiyle ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin toprak bütünlüğü ve ulusal güvenlik meşru amacını taşıdığını tespit etmiştir. Somut olayda, devletin takdir yetkisi de göz önüne alınarak kişilerin ifade özgürlüğü ile demokratik bir toplumun meşru hakkı olan kendini terörist eylemlerden koruma hakkı arasında adil bir denge kurulması gerektiğini belirtmiştir. AİHM, başvuranın söz konusu açıklamayı yaptığı tarihte PKK’nın sivilere yönelik kanlı eylemler yapmakta olduğunu, başvuranın konumu ve siyasi kimliği gereği PKK’yı ulusal kurtuluş örgütü olarak gördüğü yönündeki açıklamalarının gergin olan bölgedeki gerginliği daha da arttıracak dolayısıyla başvurana verilen hapis cezasının “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca” cevap verdiğini ve *ifade özgürlüğüne müdahale için gösterilen gerekçenin “uygun ve yeterli” olduğunu, yapılan müdahalenin devletin takdir hakkı içinde kaldığını ve orantılı olduğunu belirtip başvuranın ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir.* 25.11.1997 tarihli Zana / Türkiye Kararı, Başvuru No. 69,688,880/96. www.yargitay.gov.tr

³⁴ AİHM Kararı, Gillow / Birleşik Krallık, Başvuru No. 9063/80, 24/11/1986, s. 55.

³⁵ Harris, O’Boyle&Warbrick. age. 2014. s. 17.

³⁶ AİHM Kararları, Klass ve diğerleri / Almanya, Başvuru No. 5029/71, 06/09/1978, s. 42.

³⁷ Robert Trager., Donna L. Dickerson. *Freedom of Expression in the 21st Century*. Pine Forge Press. 1999. s. 179-180.

üzerindeki hakları olarak³⁸ tanımlanabilir iken, yargısal kararlarda “(...) Kişilik hakları ise kişisel varlıkların korunmasıyla ilgilidir. Kişisel varlıklar, bedensel ve ruhsal tamlık ve yaşam ile nesep gibi insanın, insan olmasından güç alan varlıklar veya kişinin adı, onuru ve sır alanı gibi dolaylı varlıklar olarak iki kesimlidir. (...)” şeklinde³⁹ tanımlanabilmektedir. 4271 s. Medeni Kanun ile bu haklar, saldırılar karşısında korunmaya alınmıştır. Zaten Türk mahkemeleri bu kanuna atfen başvuruları mahkûm etmişlerdir.

AİHM, Sözleşme’nin 10. maddesindeki ifade özgürlüğü ile 8. maddesindeki özel hayata saygı haklarının eşit şekilde korunması gerektiğini, kullanılan ifadelerin özel ve aile yaşamı ile konut ve haberleşme hakkını ihlal edici nitelikte olması durumunda ifade özgürlüğü hakkı ile özel hayata saygı hakkı arasında her iki hakkın özüne zarar vermeyecek adil bir denge kurulup kurulmadığının değerlendirilmesi gerektiğini ve takdir hakkının her iki başvuru hâlinde de aynı olması gerektiğini belirtmiştir.⁴⁰

Başkalarının itibarlarının korunması amacıyla ifade özgürlüğünün sınırlandırılması durumunda, itibar kırıcı olduğu iddia edilen söylemlerin kime yöneldiği konusu önem arz etmektedir. Nitekim Mahkeme kararlarında resmî sıfatı bulunanlar ile bulunmayanlar arasında bu söylemlere karşı tahammül göstermeleri bakımından farklılıklar görülmektedir.

AYM, incelediği bir bireysel başvuruda, ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla yapılan inceleme sonunda; ifade özgürlüğü ile başkalarının hak ve şöhret değerlerinin çatışması hâlinde eğer itibar ve şöhreti söz konusu olan kişi sade vatandaş ise korumanın üst düzeyde olması gerektiğini ancak şöhretli, tanınan, meşhur bir kimse ise ilke olarak tercihin ifade özgürlüğünden yana kullanılması gerektiğini belirterek, kişinin manevi varlığının korunması hakkından faydalanabilmesi için, kişinin itibarına yönelik saldırının belirli bir ağırlık düzeyine ulaşması ve kişinin manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkından şahsen yararlanmasına zarar verici nitelikte olması gerektiği yönünde genel ilkelerini tespit ederek ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁴¹

Tanınmış kimselerin, -bunlar siyasi veya hükûmetin işlemlerine katılan kamu ajanları olabilir- kendilerine yönelik eleştirileri hoş karşılamaları gerekmektedir. Demokratik bir sistemde hükûmetin eylemleri yasama ve yargı organının denetiminde olduğu kadar kamunun, basın denetimi ve eleştirisine de açık olmalıdır. Castells / İspanya Kararı’na baktığımızda, AİHM tarafından, ulusal mahkemelerin, devlet otoritelerine yönelik eleştirileri cezalandırmaktan kaçınması gerektiğinin belirtildiğini görürüz. Bu tür eleştiriler çoğulculuk ve kanaat açıklama hürriyetinin unsuru olarak görülmelidir.⁴²

³⁸ Çetin Özek. *Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına*. Alfa Basım Yayın Dağıtım: İstanbul. 1999. s. 244; Fikret İlkiz. “Kişilik Hakları ve Özel Yaşam Gazetecilerin Korunması Hak ve Özgürlükleri”. *İstanbul Barosu Dergisi (İBD)*. Mart 1999. C. 73, S. 1. s. 47.

³⁹ Yargıtay 4. HD, E. 2002/013659, K. 2003/003961, tarih: 02.04.2003.

⁴⁰ AİHM Kararı, Delfi / Estonya, Başvuru No. 09/64569, 16/06/2015.

⁴¹ AİHM Kararı, Emine Rezzan Aydınöğlü / Türkiye, Başvuru No. 2013/8396, 11/03/2013.

⁴² Leo Zewak., Kasım Karagöz., Kemal Şahin., Murat Tümay. age. s. 143-144.

Mengi ve Türkiye Kararı'nda, kişilik hakları ihlal edildiği iddia edilen profesörlerin ise kamu görevlisi / resmî sığata sahip kimseler sayılması gerektiği, tahlile konu kararda AİHM tarafından şöyle belirtilmiştir: “(...) Dolayısıyla bu anlamda kamu görevlerini yerine getirmekte olup, resmî sıfatla hareket etmişlerdir.”. Kanımızca Prof. Dönmezer'in komisyon başkanı olması, Prof. Soyaslan'ın ise bakan danışmanı olması, bunlara ek olarak, iki şahsın aynı zamanda şöhretli birer hukukçu oldukları ve kamuya mal olmuş bir yasa tasarısının hazırlanmasında aktif rol üstlendikleri değerlendirildiğinde; iki profesörün de tanınmış siyasetçi ve kamu görevlileri gibi görölmeleri gerektiği kanısındayız. Bu değerlendirme büyük önem arz etmektedir zira AİHM ve günümüzde iç hukuk bağlamında AYM uygulamasında, yukarıda da belirtildiği üzere, tanınmış kimselerin eleştiriye hatta hakaretimiz ifadelere katlanma sınırı, tanınmış olmayan insanlara nazaran daha yüksek olarak belirtilmektedir. Özellikle AİHM, Lings / Avusturya⁴³ Kararı'nı incelediğimizde, başvurucunun (gazeteci), iki ayrı yazısında Avusturya Başbakanı hakkında “adi fırsatçı”, “ahlaksız”, “utanç verici” şeklinde ifadeler kullanmaktan ötürü ülkesinde mahkûm edilmiş olduğunu görmekteyiz. AİHM ise başvuranın gazeteci olduğunu, değer yargılarını eleştirdiğini bunların ise kanıtlanabilir olmadığını belirtmiştir. Ayrıca Mahkeme başvurandan, bu hususların kanıtlanmasının dahi istenemeyeceğini belirterek bu durumun 10. maddenin bizzat ihlali olacağına hükmetmiştir. Yine Barford / Danimarka Kararı'nda ise Mahkeme, kanaat olgusal bir zeminden yoksun ise aşırı olarak nitelendirilebilir, eleştirilerine dayanak olarak gösterdikleri noktaları ispat etmeye dahi gazeteciler zorlanamaz demiştir. Kanımızca, profesörlerin eleştirilere katlanma sınırı belirlenirken siyasi / kamu görevlisi yani tanınmış insanlar kabûlinden sayılması gerektiğinde beis yoktur. AİHM'nin birçok kararında belirttiği gibi bir siyasetçinin veya eleştirmenin kendi görüşleri doğrultusunda, belirli olayları değerlendirmesi ve bunu yaparken de sert ve kırııcı ifadeler kullanması, ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmektedir.⁴⁴ Öte yandan kamuya mal olmuş siyasi kimseler hakkında yapılan eleştirilerin kapsamı daha geniş yorumlanmalıdır.

Bu sınırlamalar dahi dikkate alındığında, kamu görevlisi, tanınmış kimse statüsünde bulunan profesörlerin eleştiriye hatta Handyside⁴⁵ Kararı'nda belirtildiği üzere rahatsız edici, şok eden eleştirilere açık olmaları gerekir. Bunun yanı sıra, başvuranın gündemdeki olgulara dayandırarak, kamuyu ilgilendiren gerçek bir olay hakkında yazdığı yazının tek amacının hakaret etmek olmadığı açıktır. Bu minvalde, kanımızca, AİHM'nin ihlal kararı vermesi gerek Mahkemenin kendi içtihatlarına gerekse yürürlükte bulunan AİHS'ye göre doğrudur.

b) Tahlile konu karar özelinde basın mensupları ve basının ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına genel bir bakış

AİHM, demokrasilerde hükûmetlerin klasik olarak sadece yasama ve yargı yoluyla denetlenmesini kabul etmez zira hükûmetlerin elinde bulundurduğu iktidar sebebiyle daha ayrıntılı bir denetime tabi tutulması gerektiğini söyler. Bunun da günümüzde

⁴³ AİHM Kararı, Lings / Avusturya, Başvuru No. 9815/82, 08/07/1986.

⁴⁴ Gökçen. age. s. 235.

⁴⁵ AİHM Kararı, Handyside / Birleşik Krallık, Başvuru No. 5493/72, 07/12/1976.

dördüncü kuvvet⁴⁶ olarak gösterilen basın yoluyla yapıldığını belirtir. Bu bağlamda, hükümetlerin, kamu ajanlarının kamu görevi yürütürken en ağır eleştirilere dahi hoşgörü ile yaklaşmak zorunda olduğunu belirtmektedir.⁴⁷

İfade özgürlüğü; bilgi alma-edinme, basın ve medya özgürlüğünü içinde barındırır ve düşünce özgürlüğüne dayanır. Ortaya konuluş şekilleri bakımından kişilerin düşünce özgürlüğünden basının kurumsal özgürlüğüne dek geniş bir alanı kapsar lakin düşünce özgürlüğü mutlak bir hak iken ifade özgürlüğü sınırlandırılabilir.⁴⁸

AİHM basın özgürlüğü hususunda 14.09.2010 tarihli Dink / Türkiye Kararı'nda aynen şu hususları dile getirmiştir: *“Basın, demokratik bir toplumda önemli bir rol oynamaktadır. Basın özgürlüğü aynı zamanda, belli bir dozda abartıya ve hatta provokasyona başvurmayı da içermektedir. Ulusal makamlar açısından uygulamada belli bir takdir payı bulunmakla birlikte, öncelikli olarak bu kısıtlamayı meşru kılacak zorlayıcı bir sosyal gereklilik bulunup bulunmadığının değerlendirmesini yapmak gerekmektedir. Bunun için Mahkeme, tartışma konusu müdahaleyi, konunun bütününe bakarak, ulusal otoritelerce bahse konu müdahalenin meşruiyetine ilişkin gösterilen sebeplerin yeterli ve yerinde olup olmadığını inceleyerek değerlendirmek durumundadır. Bunu yaparken Mahkeme, ulusal makamların 10. maddenin gereklerine uygun kuralları uyguladığına ve daha da ötesi olayların kabul edilebilir bir değerlendirmesi üzerine bu kuralları hayata geçirdiğine ikna olmalıdır.”*

AYM, halkın bilgi edinme hakkı ve basının bilgi verme görevi birlikte göz önüne alındığında en temel insan haklarından biri olan ifade özgürlüğünün kullanılabilmesinin, basının kişilerin gözü, kulağı olma fonksiyonunu herhangi bir sınırlamaya bağlı olmadan gerçekleştirebilmesine bağlı olduğunu, bu sebeple basın mensuplarının ifade özgürlüğüne yapılacak sınırlama konusunda tanınan takdir hakkının çok az olduğunu belirtmektedir.⁴⁹ AYM, “twitter.com” isimli internet sitesine erişimin engellenmesi üzerine yapılan bireysel başvuruya ilişkin davada, ifade özgürlüğüne ilişkin aşağıdaki tespitleri yapmıştır:

“İnternet, modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir araçsal değere sahip bulunmaktadır. İnternetin sağladığı sosyal medya zemini kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, karşılıklı paylaşma ve yaymaları için vazgeçilmez niteliktedir. Bu nedenle düşüncüyü açıklamanın günümüzde en etkili ve yaygın yöntemlerinden biri hâline gelen internet ve sosyal medya araçları konusunda yapılacak düzenleme ve uygulamalarda devletin ve idari makamların çok hassas davranmaları gerektiği açıktır.

Düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğü mutlak ve sınırsız değildir. Bu bağlamda, düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğü kullanılırken bireylerin hak ve özgürlüklerini ihlal edecek tutum ve davranışlardan kaçınılması gerekir. Anayasa'nın 13. maddesine göre, temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar ancak kanunla yapılabilir ve

⁴⁶ Wolfgang Benedek. s. 417.

⁴⁷ AİHM Kararı, Şener / Türkiye, Başvuru No. 26680/95, 18/07/2000.

⁴⁸ Wolfgang Benedek. age. s. 409.

⁴⁹ AYM Kararı, 12.11. 2014 tarihli Fatih Taş hakkındaki Kararı, Başvuru No. 2013/1461.

demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı gibi hak ve özgürlüklerin özerine de dokunamaz.”⁵⁰

Şiddet ve terör olaylarına ilişkin haberler ile ilgili, basının haber verme hakkı ile toplumun haber alma hakkı karşısında, terör olaylarının önlenmesi hususunda basın yayın organlarının ifade özgürlüğünün kısıtlanması konusunda devlete daha geniş takdir marjı verildiği görülmektedir.

Mengi Kararı'nda başvuranın bir köşe yazarı olması ve eleştirel düşüncelerini ulusal bir gazete vasıtasıyla kamuya arz etmesi dikkate alındığında -ki aynı zamanda Ceza Kanunu yapma sürecinde kamunun bilmesi gereken birtakım gelişmeleri köşesinden okurlara aktarmıştır- basın özgürlüğünü de ifade özgürlüğü kapsamında düşünmemiz zorunludur. 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 3'üncü maddesine göre; “Basın özgürdür. Bu özgürlük; bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratma haklarını içerir.”. Doktrinde, basın özgürlüğünün içeriği, temelde aynı anlamda olsa da farklı başlıklarla ele alınmıştır. Nitekim Dönmezer'e göre, basın özgürlüğünü oluşturan haklar;⁵¹ haberleri, fikir ve düşünceleri bilmek, bunlara ulaşmak ve bunları toplamak hakkı; haber, fikir, düşünce ve kanaatleri yorumlamak ve analiz edebilmek, eleştirebilmek hakkı; haber, fikir, düşünce ve kanaatleri yazıya dökülebilmek, basılmış eserleri dağıtabilmek hakkından ibarettir. AİHM de birçok kararında⁵² basının bilgilendirme ve kamunun da bilgi edinme hakkı olduğunu vurgulamıştır. Nitekim Mahkeme, basın özgürlüğüne ilişkin çok önemli bir kilometre taşı olan Sunday Times / Birleşik Krallık Kararı'nda; bilgi ve fikirleri yaymanın basının görevi, bunları öğrenmenin de kamunun hakkı olduğunu vurgulamıştır.

Basın özgürlüğünün içeriğinde bulunan bir diğer hak ise elde edilen bilgileri yorumlama ve eleştirme hakkıdır ki bu yönüyle ifade özgürlüğünün ayrılmaz bir parçasını oluşturur. Yorum,⁵³ bir olayı belli bir görüşe göre açıklama, değerlendirme; eleştiri;⁵⁴ ise bir insanı, bir eseri, bir konuyu doğru ve yanlış yanlarını bulup göstermek amacıyla inceleme işi, tenkit olarak tanımlanmaktadır. Bu açıdan baktığımızda tahlile konu kararda ifade özgürlüğünün köşe yazarı tarafından gazete aracılığıyla yani basın özgürlüğü ile ilişkili şekilde kullanıldığı tetkik edilmektedir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, ifade özgürlüğü basın özgürlüğünün de bir nevi zeminini oluşturur. Çağdaş dünyada basının yerine getirdiği işlevlerden ötürü basın özgürlüğü, ifade özgürlüğünün çok önemli bir parçası olarak düşünölmeye başlanmakla beraber, bu özgürlük ayrıcalıklı bir yere oturtulmaya çalışılmıştır. Basının, başkalarının itibarlarının korunması vb. hususlarda ifade özgürlüğünün sınırlarını aşmaması gerektiği eşyanın tabiatı gereği olsa bile basının, siyasi sorunlar hakkında ve kamu yararıyla ilgili konularda haber ve düşünceleri yayma görevini üstlendiği aşikârdır.⁵⁵ Hatta doktrinde bazı yazarlar, basın

⁵⁰ AYM Kararı, 02.04.2014 tarihli Yaman Akdeniz hakkındaki Kararı, Başvuru No. 2014/3986.

⁵¹ Sulhi Dönmezer. *Basın ve Hukuku*. İstanbul. 1976. s. 94.

⁵² Gilles Dutertre (insan hakları genel direktörü). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar*. Avrupa Konseyi. 2005.

⁵³ Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük: <http://www.tdkterim.gov.tr/bts/>

⁵⁴ Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük: <http://www.tdkterim.gov.tr/bts/>

⁵⁵ Dr. Zeki Yıldırım. *EÜHFD, C. XVI, S. 1-2*. 2012. Türkiye'de İfade ve Basın Özgürlüğü Sorunu; Avrupa Birliği Uyum Sürecinde İfade ve Basın Özgürlüğü Alanında Yapılan Çalışmalar. s. 55.

özgürlüğüne ifade özgürlüğüne nazaran daha geniş ayrıcalıklar tanınması yönünde mütalaa aktarmışlardır.⁵⁶ Buradan hareketle, Mengi ve Türkiye Davası'nda AİHM'nin verdiği ihlal kararının isabetli olduğunu söylemeliyiz zira başvuran, ifade özgürlüğünü, basın özgürlüğü aracılığıyla kullanmaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere gerek Mahkeme içtihatları gerekse teori ve yasalar ile başvuranın ifadelerine katlanma eşiğinin daha yüksek olması gerektiği düşünülmelidir. Bunlara ilaveten, demokratik toplumlar açısından çok önemli olan çoğulculuğun sağlanması yönünden basının rolü göz önüne alındığında, basın ve gazetecilere karşı çok daha fazla hoşgörülü olunmalı ve basının toplumu ilgilendiren konulara katkısı ve etkinliği sebebiyle basın mensuplarının ifade özgürlüğünü kullanmaları engellenmemelidir. Basın yayın organlarında yer alan yazılara şiddete, ayaklanmaya ve direnişe teşvik etmediği sürece müdahale edilmemelidir. Demokrasilerde basın ve gazetecilerin kamunun bekçi köpekliğini yaptığı bir gerçektir. Basın ve gazetecilik sağlıklı bir demokrasi uygulamasının vazgeçilmezidir. Demokrasi ile bu derece olan yakın ilişkisi neticesinde basına, gazetecilere bir dereceye kadar abartma ve kışkırtma özgürlüğü tanınması gerekmektedir.⁵⁷ Bu nedenlerdir ki başvuranın sözleri kışkırtıcı, abartılı ve aşağılayıcı bulunsu bile söz konusu eylem, yapılan bir yasama faaliyetinden toplumun haberdar edilmesi ve eleştirel bir bakış açısı ile bunun yazılı metin olarak ifade edilmesi şeklinde yorumlanmalıdır.

4. Demokratik bir toplum bakımından gerekli olma

İfade özgürlüğü, günümüzde uygulanmakta olan modern temsili demokrasinin siyasi kurumları arasında doktrinde belirtilmiştir. Vatandaşların sert bir şekilde cezalandırılma baskısı altında olmadan, siyasal kurumları, hâkim ideolojiyi eleştirebilmeleri dâhil olmak üzere kendilerini ifade etme hakları vardır.⁵⁸

AİHM, “demokratik toplum düzeni” kavramını, geliştirdiği içtihatlarla Avrupa kamu düzeninin temeli olarak yorumlamıştır.⁵⁹

İfade özgürlüğüne yapılan müdahalenin hukuki olması, başka bir ifadeyle yasal olması ile meşru sınırlama sebeplerinden herhangi birine dayanıp dayanmadığına ilişkin ölçütlerin tespiti kolay olmakta iken; “demokratik bir toplum bakımından gerekli olma” ölçütünün sınırlarının çok geniş olması ve tespitinde sınırlı şekilde sayılmış hususların bulunmaması dikkate alındığında diğer kriterlere göre daha zor olduğu söylenebilir. Bu kriterin yorumlanmasına AİHM, Handyside Kararı⁶⁰ ile başlamış; Oberschlick,⁶¹ The Sunday Times (No.1)⁶² ve Lingens⁶³ Kararları ile demokratik toplumda gereklilik ölçütü incelenirken dikkate alınması gereken prensipleri ortaya koymuştur.

⁵⁶ Leo Zewak., Kasım Karagöz., Kemal Şahin., Murat Tümay. s. 69-70.

⁵⁷ Harris, O'Boyle&Warbrick. age. s. 640.

⁵⁸ Robert A. Dahl. age. s. 100.

⁵⁹ Mustafa Erdoğan. age. s. 193.

⁶⁰ AİHM Kararı, Handyside / Birleşik Krallık, Başvuru No. 5493/72, 07/12/1976.

⁶¹ AİHM Kararı, Oberschlick / Avusturya, Başvuru No. 11662/85, 23/05/1991.

⁶² AİHM Kararı, The Sunday Times / Birleşik Krallık, Başvuru No. 6538/74, 26/04/1979.

⁶³ AİHM Kararı, Lingens / Avusturya, Başvuru No. 9815/82, 08/07/1986.

AİHM kararları incelendiğinde genel olarak, demokratik bir toplum için gerekli olma kriterinin “hukukun üstünlüğü, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik” unsurlarını barındırdığı görülmektedir. Yerel makamların, takdir yetkilerini makul, dikkatli ve iyi niyetle kullanıp kullanmadığı dâhil, somut olay tüm yönleri ile incelenmekte; ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin “istenen meşru amaçlara uygun” olup olmadığı ve ulusal makamlar tarafından sunulan gerekçelerin “ilgili ve yeterli” olup olmadığı denetlenmektedir. Mahkeme, bir tedbirin orantılı ve demokratik bir toplumda gerekli olarak nitelendirilmesi için, aynı amacı yerine getirirken söz konusu temel hakka daha az zarar verecek alternatif bir tedbir uygulama ihtimalinin bulunmaması gerektiğine dikkat çekmektedir.⁶⁴ Başka bir ifadeyle, tedbir, gidilebilecek en son çare niteliğinde değilse demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilmemektedir.

Bu minvalde, ifade özgürlüğünün kullanımı sırasında, suç oluşturan veya hakaret içeren bir söz söylendiğinde ifade özgürlüğüne sınırlama getirilebilir. Bu sınırlama, ceza yaptırımı veya tazminat olarak gündeme gelebilir. Bu durumda özellikle ifade özgürlüğünün toplum yaşamındaki önemi de göz önüne alındığında uygulanan ceza miktarı veya tazminat, ifade özgürlüğünü kullanan kişilerin veya başkalarının ileride toplumu ilgilendiren, kamunun genel yararı olan konularda görüşlerini açıklamaktan vazgeçmelerine sebep olacak boyutta olmamalıdır. Aksi takdirde ulaşılmak istenen meşru amaç ile ifade özgürlüğüne getirilen sınırlama arasında ölçülülük olmayacağından ifade özgürlüğü hakkı ihlal edilmiş olacaktır.

AİHS’nin 10/2 maddesinin 2. fıkrasında belirtilen “gereklilik” kavramını AİHM değerlendirirken, “acil bir sosyal ihtiyaç” şeklinde yorumlamakta ve bunun belirlenmesinde devletlerin belli bir takdir marjı / hakkı olduğunu belirtmektedir. Yine aynı şekilde AYM, 04.06.2015 tarihli Mehmet Ali Aydın Kararı’nda; kamusal yetki kullanan makamların çok dar bir takdir aralığı olduğunu; kamu otoriteleri veya toplumun bir kesimi için hoş olmayan düşüncelere, şiddeti teşvik etmediği, terör eylemlerini haklı göstermediği ve nefret duygusunun oluşmasını desteklemediği sürece sınırlama getirilemeyeceğini belirtmiştir.

Bir de ifadenin ortaya çıkış şekli önem arz etmektedir. İfadenin ulaştığı hedef kitlesi ile kamu nazarındaki potansiyel etkilerinin tespiti önemlidir.⁶⁵ Bir düşüncenin yazılı şekilde ifade edilmesi yani makale, düzyazı, köşe yazısı yahut şiir formatında ve / veya görsel bir şekilde ifade edilmesi yani televizyon, sosyal medya vs. arasında etkileri bakımından fark bulunmaktadır.⁶⁶ İfadenin dışı vuruluş ve yayımlanış şekline ilaveten bir ifadenin ulaştığı kişi sayısı, diğer bir deyişle ifadenin hedef kitlesi diğer önemli bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶⁷ Tahlile konu kararda başvuran, iki profesör hakkındaki düşünce ve kanaatlerini içeren ifadelerini, yazarı olduğu, ulusal ölçekte hem klasik hem de internet ortamında yayın yapan gazetedeki köşesinden topluma bildirmişti. Ancak tabii ki başvuranın ifadelerinin esas bakımından sarsıcı ve rahatsız

⁶⁴ AİHM Kararı, Glor / İsviçre, Başvuru No. 13444/04, 30/04/2009.

⁶⁵ AİHM Kararı, Nikula / Finlandiya, Başvuru No. 31611/96, 21/03/2002, s. 52.

⁶⁶ AİHM Kararı, Aksu / Türkiye, Başvuru No. 4149/04, 15/03/2012, s. 86; Karataş / Türkiye, Başvuru No. 23168/94, 08/07/1999, s. 52.

⁶⁷ AİHM Kararı, Grigoriades / Yunanistan, Başvuru No. 24348/94, 25/11/1997, s. 15 ve 47.

edici olduğu kabul edilse bile herhangi bir şiddet ve terör çağrısı bulunmadığı açıktır. Yukarıdaki bölümlerde açıkça belirtildiği üzere, bu gibi durumlarda esas bakımından ifadeye bir kusur bulunmadığından ifadenin yayıldığı aracın pek önemi yoktur.

Muhteviyat bakımından AYM'nin ifade özgürlüğü sınırlamasında takdir hakkının kullanım şekline yönelik şu hususlara dikkat ettiği görülmektedir: Kullanılan ifadelerde, nefret söylemi, şiddete teşvik ve tahrik, ırkçılık, ayaklanmaya çağrı veya terör eylemlerini haklı göstermek gibi ifade özgürlüğünün sınırlarını zorlayan durumlarda devletin müdahalelerinde daha geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu belirtilmiştir.⁶⁸

İfadenin muhatabı olanlar yönünden bakıldığında devlet makamlarına en geniş takdir yetkisi verilen alanın yargı organlarına yönelik eleştiriler olduğu; sonra sırası ile sıradan kişilere yönelik eleştiriler, kamu görevlilerine yönelik eleştiriler, siyasetçilere ve üst düzey yöneticilere yönelik eleştiriler ve devlet kurumları ile hükûmete yönelik eleştiriler olarak sıralandığı anlaşılmaktadır.⁶⁹

Sonuç

İfade özgürlüğü, demokratik bir toplumun vazgeçilmez unsurlarındandır; ayrıca diğer haklar ile olan yakın ve iç içe geçmiş ilişkisi dikkate alındığında bu hakka yapılan bir müdahale veya sınırlamanın birtakım diğer hak ve özgürlüklere karşı yapılmış olması da gündeme gelmektedir.

Kamuya mal olmuş, toplumca bilinen ve yaptıkları iş gereği basın gözü önünde olan, özel yaşamları dâhil birçok davranışlarının toplumun ilgisini çekeceği bilinen insanlara karşı yapılan eleştirilerde daha hoşgörülü davranılarak cezalandırma yoluna gidilmemesi gerektiği AİHM içtihatları ve ulusal bazda AYM içtihatları ile anlaşılmaktadır. Diğer bir deyişle gerek eleştirilen kimse gerekse yapılan eleştirinin içeriği dikkate alındığında tüm düşüncelerin özgürce tartışılabilmesi zorunludur. Fakat bununla beraber, Türkiye gibi toprak bütünlüğü yıllarca tehditlere maruz kalmış ve coğrafi konumu gereği diğer bazı tehditlere açık olan devletlerin ifade özgürlüğüne getirdiği sınırlamalarda, bu sayılan nedenler ile devlete tanınan takdir hakkı payının geniş yorumlanması gerekmektedir.

Yine ifade özgürlüğü ile kişi hak ve itibarı arasında çatışma yaşandığı durumlarda özellikle AİHM içtihatlarında belirtildiği şekilde adil bir denge kuracak mekanizmaların, iç hukuk tarafından işletilmesi gerekmektedir.

Basın mensuplarının yaptıkları işin önemi ve fikirlerin yayılmasındaki etkinlikleri ile toplumun çeşitli fikirleri alma hakkı göz önüne alındığında, basın mensuplarının ifade özgürlüğüne müdahale hususunda çok daha dikkatli davranılıp müdahaleden kaçınılmalıdır. Fakat basın tarafından yayımlanan ve bu özgürlüğü istismar etme,

⁶⁸ AYM Kararı, Bejdar Ro, Başvuru No. 2013/7363, 16/04/2015.

⁶⁹ Sibel İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*. Beta Yayınları: İstanbul. 2013. s. 371.

özellikle terör ve şiddeti övme boyutuna giren yazı ve görseller, AİHM içtihatları uyarınca da ifade özgürlüğü kapsamında görülmemektedir.

Sonuç olarak, muhakkak surette, devlet tarafından uygulanacak olan sınırlamanın bir meşru sebebe dayanması ve bu sınırlamanın demokratik toplumun devamlılığı için kaçınılmaz olması gerekmektedir dolayısıyla iç hukuk kuralları buna uygun şekilde yeniden tesis edilmeli ve uygulayıcıların önü açılmalıdır.

Kaynakça

Kitap ve Makaleler

Ahmet Gökçen. *Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü*. Liberte Yayınları: Ankara. 2001.

Mustafa Erdoğan. *Anayasal Demokrasi*. Siyasal Kitabevi. 8. Baskı. Mart 2010.

David Beetham. *Demokrasi ve İnsan Hakları*. Liberte Yayınları. 2. Baskı. Mayıs 2014. Çeviren: Bilal Canatan.

Robert A. Dahl. *Demokrasi Üzerine*. Phoenix. 2. Baskı. 2010.

Leo Zewak., Kasım Karagöz., Kemal Şahin., Murat Tümay. *Yargıda İfade Hürriyetine Yönelik Farkındalığın Arttırılması, MATRA Projesi*. TAA Yayınları-20. 2013. Ankara.

Osman Doğru., Atilla Nalbant. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*.

Wolfgang Benedek. *İnsan Haklarını Anlamak (İnsan Hakları Eğitimi Temel El Kitabı)*. TAA Yayınları. 2014.

Erhan Tanju. *AİHM Kararları Işığında İfade ve Basın Özgürlüğü*. Seçkin Yayınevi: Ankara. 2012.

Kasım Karagöz. *İfade Özgürlüğü ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sınırlandırılması Sorunu*. Ankara. 2004.

Feyyaz Gölcüklü. “Avrupa İnsan Hakları Divanında Söz ve İfade Hürriyeti”. *İnsan Hakları Yıllığı*. 1980.

Harris, O’Boyle&Warbrick. *Law of the European Convention on Human Rights*. 3. Edition. Oxford University Press. 2014. s. 17.

Robert Trager., Donna L. Dickerson. *Freedom of Expression in the 21st Century*. Pine Forge Press. 1999. s. 179-180.

Çetin Özek. *Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına*. Alfa Basım Yayım Dağıtım: İstanbul. 1999. s. 244.

Fikret İlkiz. “Kişilik Hakları ve Özel Yaşam Gazetecilerin Korunması Hak ve Özgürlükleri”. *İstanbul Barosu Dergisi (İBD)*. Mart 1999. C. 73, S. 1. s. 47.

Sulhi Dönmezer. *Basın ve Hukuku*. İstanbul. 1976. s. 94.

Gilles Dutertre (insan hakları genel direktörü). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar*. Avrupa Konseyi. 2005.

Sibel İncoğlu. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*. Beta Yayınları: İstanbul. 2013. s. 371.

Zeki Yıldırım. *EÜHFD, C. XVI, S. 1-2*. 2012. Türkiye’de İfade ve Basın Özgürlüğü Sorunu; Avrupa Birliği Uyum Sürecinde İfade ve Basın Özgürlüğü Alanında Yapılan Çalışmalar. s. 55.

İnternet Kaynakları

<http://haber.gazetevatan.com/Haber/16923/4/Yazarlar>

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.52c554f59d66d2.93158518

Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük: <http://www.tdkterim.gov.tr/bts/>

AİHM Kararları

Skalka / Polonya, Başvuru No. 43425/98, 27/05/2003, s. 34.

Arslan / Türkiye, Başvuru No. 23462/94, 08/06/1999.

Dink / Türkiye, Başvuru No. 2668/07..., 14/09/2010.

Autronic AG / İsviçre, Başvuru No. 12726/87, 22/05/1990.

Amann / İsviçre, Başvuru No. 27798/95, 16/02/2000.

The Sunday Times / Birleşik Krallık (No.1).

Barthold / Almanya, s. 45; Olsson / İsveç (No. 1), Başvuru No. 24/03/1988.

Le Pen / Fransa, Başvuru No. 20/04/2010; Chauvy ve Diğerleri / Fransa, Başvuru No. 64915/01, 29/06/2004.

Golder / Birleşik Krallık, Başvuru No. 4451/70, 21/02/1975, s. 45; Engel ve Diğerleri / Hollanda, Başvuru No. 5100/71..., 08/06/1976.

Leander / İsveç, Başvuru No. 41205/98, 06/02/2001; Murphy / İrlanda, Başvuru No. 44179/98, 10/07/2003.

Gillow / Birleşik Krallık, Başvuru No. 9063/80, 24/11/1986.

Klass ve diğerleri / Almanya, Başvuru No. 5029/71, 06/09/1978.

Delfi / Estonya, Başvuru No. 09/64569, 16/06/2015.

Emine Rezzan Aydınoğlu / Türkiye, Başvuru No. 2013/8396, 11/03/2013.

Şener / Türkiye, Başvuru No. 26680/95, 18/07/2000.

Handyside / Birleşik Krallık, Başvuru No. 5493/72, 07/12/1976.

Oberschlick / Avusturya, Başvuru No. 11662/85, 23/05/1991.

The Sunday Times / Birleşik Krallık, Başvuru No. 6538/74, 26/04/1979

Lingens / Avusturya, Başvuru No. 9815/82, 08/07/1986.

Glor / İsviçre, Başvuru No. 13444/04, 30/04/2009.

Nikula / Finlandiya, Başvuru No. 31611/96, 21/03/2002.

Aksu / Türkiye, Başvuru No. 4149/04, 15/03/2012.

Karataş / Türkiye, Başvuru No. 23168/94, 08/07/1999.

Grigoriades / Yunanistan, Başvuru No. 24348/94, 25/11/1997.

AYM Kararları

Bekir Coşkun Kararı, Başvuru No. 2014/12151, 04/06/2015.

Ali Karatay Kararı, Başvuru No. 2012/990, 10/12/2014.

Fatih Taş Kararı, Başvuru No. 2013/1461, 12/11/ 2014.

Yaman Akdeniz Kararı, Başvuru No. 2014/3986, 02/04/2014.

Bejdar Ro Kararı, Başvuru No. 2013/7363, 16/04/2015.

Yargıtay Kararları

Yargıtay HGK, E. 435/471, 06/06/2001.

Yargıtay, 4. HD, E. 2002/013659, K. 2003/003961, 02.04.2003.

İfade Özgürlüğüne Müdahalenin Amaç Dışı Kullanılması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 18. Madde Uygulaması

Av. Duygu Köksal

Avukat, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Raportör Hukukçu (2012-2016)

Strazburg Üniversitesi (İnsan Hakları Yüksek Lisans)

Galatasaray Üniversitesi (Lisans)

Özet

Demokratik değerlerin korunması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin temelini oluşturmaktadır. Demokratik bir toplumda tartışmaya katkı sağlayan görüş ve düşüncelerin, devlet organları tarafından antidemokratik müdahaleler yoluyla Sözleşme'nin öngördüğü meşru amacın dışındaki sebeplerle sınırlandırılması ihtimaline karşı, Sözleşme'nin mimarları, böyle bir durumu engellemek amacıyla önleyici bir mekanizma oluşturmuşlardır. Sözleşme'nin 18. maddesi, hak ve özgürlüklere getirilecek kısıtlamaların Sözleşme'de öngörülen amaç dışında uygulanamayacağını düzenlemiştir. İfade özgürlüğüne yapılan sınırlamanın “meşru amaç dışında bir amaç güttüğünün” iddia edilmesi hâlinde, Sözleşme'nin 18. maddesinin uygulama alanı bulabilmesi yüksek bir ispat standardının yerine getirilmiş olmasına ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde, müdahalede bulunan devlet organlarının iyi niyetle hareket etmediklerinin delillerle inandırıcı biçimde ispat edilebilmesine bağlıdır. İspat standardının yüksekliğinin bu maddenin uygulama alanını daralttığı konusundaki eleştiriler ise her derdest davada yeniden gündeme gelmektedir.

Abstract

The protection of the democratic values underlies the European Convention on Human Rights. The Convention is designed to prevent the restriction of the opinions and thoughts which contribute to the democratic debate applied by the state authorities via antidemocratic interventions for any purpose other than legitimate aim. Article 18 of the Convention provides that the restrictions permitted under this Convention shall not be applied for any purpose other than those for which they have been prescribed. If the restriction to the freedom of expression is presumed to be applied for a purpose other than legitimate aim, a high standard of proof is required. The applicants should convince the Court that the authorities didn't act in good faith. However, the criticism that the high level of standard of proof has a restrictive effect on the application of article 18 is a point of discussion in every pending application.

Giriş

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ("Sözleşme") 10. maddesi ile garanti altına alınan ifade özgürlüğünün kural olduğu; bu kuralın ancak aynı maddenin ikinci fıkrasında yer alan koşulların yerine getirilmesi hâlinde istisnaen sınırlanabileceği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ("Mahkeme" - "AİHM") yerleşik içtihadıyla ortaya konmuştur. Bu kurala göre, ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahalenin "kanunla öngörülmüş" olması, "meşru bir amaç gütmesi", kanunla öngörülen ve meşru amaç güden müdahalenin ise "demokratik toplumda gerekli olması", başka bir deyişle, bu müdahalenin demokratik toplumda "acil bir sosyal ihtiyaca cevap vermesi" gerekir.¹ Bu makalenin konusu, devlet organları tarafından ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin görünürde ileri sürülen meşru amacın dışında birtakım haricî sebeplere dayanması hâlinde, Mahkemenin bu konuyu ne şekilde değerlendirmekte olduğunun ele alınmasıdır.

AİHM içtihadına bakıldığında ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin görünürdeki meşru amacı ile müdahalenin arkasında gizlenen başka bir amaç olduğu iddiası arasındaki ince çizginin, kısıtlı sayıda davada gündeme geldiği gözlemlenmektedir. Yakın bir tarihte AİHM'nin 3. Dairesi tarafından verilen Navalnyy / Rusya Kararı'nın karşı oyunda yeniden tartışmaya açılan bu konu, önümüzdeki dönemde derdest pek çok başvuruda daha çok uygulama alanı bulabilme potansiyeline sahiptir.² Türkiye Adalet Akademisi ve Avrupa Konseyi ile Avrupa Birliği tarafından gerçekleştirilen "Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi" Ortak Projesi'nin bir ürünü olan ve ifade özgürlüğüne hasredilmiş bu kıymetli eser vesilesiyle, doktrinde çok tartışılmamış bir konu üzerinde çalışarak, şahsıma, tüm uygulayıcılar açısından objektif nitelikte hukuki bir referans kaynağı oluşturmaya katkı sağlama imkânı tanınmış olmasından büyük bir mutluluk duymaktayım.

Bu makalenin ilk bölümünde, ifade özgürlüğüne getirilecek kısıtlamanın meşru amaç dışında gerçekleşmesi hâlinde Sözleşme'de bulacağı karşılığın ne olduğu (I), ikinci bölümünde ise Mahkemenin, Sözleşme'nin 18. maddesini devreye soktuğu hâllerde kullanılan ispat standardının değerlendirilmesi üzerinde durulacaktır (II).

I. İfade Özgürlüğüne Meşru Amaç Dışındaki Sebeplerle Müdahale

İfade özgürlüğünden bahsedilirken ilk akla gelen, bu özgürlüğün kabul gören veya zararsız veya kayıtsızlık içeren "bilgiler" veya "fikirler" için değil aynı zamanda kırıcı, şok edici veya rahatsız edici olanlar için de geçerli olduğudur. İfade özgürlüğünün

¹ Morice / Fransa [Büyük Daire], Başvuru No. 29369/10, § 124, 23/04/2015; Görmüş / Türkiye, Başvuru No. 49085/07, § 33, 19/01/2016.

² Navalnyy / Rusya, Başvuru No. 29580/12, 36847/12, 11252/13, 02/02/2017 (Bu makalenin yayımlanma tarihinde henüz kesinleşmemiştir.).

kapsamına ilişkin bu tespit, demokratik toplum olmanın ve çoğulculuğun bir gereğidir.³ Avrupa Konseyine Üye Devletler tarafından, Sözleşme'nin oluşturulmasında antidemokratik sistemler kesin olarak reddedilmiş ve demokratik değerleri koruma altına alınmanın garantisi olarak da Sözleşme'nin 18. maddesi kaleme alınmıştır. Mahkemenin yerleşik içtihadından da anlaşılacağı üzere, ifade özgürlüğünün korunması kapsamında değerlendirilemeyecek fikirler; “çoğunluk gibi düşünmeyenlerin”, “azınlıkta kalan görüş sahiplerinin” veya “muhalif görüşte olanların” ifade açıklamaları değil; nefret söylemi, şiddete ve ayaklanmaya teşvik ve şiddetin yüceltilmesine varacak şekilde aktarılan düşünce ve fikir açıklamalarıdır.⁴ Terörle ve terör örgütleriyle mücadelenin yoğun olarak yaşandığı Avrupa Konseyine üye ülkelerde, özellikle ifade özgürlüğünü kullananlarla bu özgürlüğü kötüye kullananların arasındaki ayrımı yapmak, kullanılan ifadelerin hangi koşullar altında halkı kin ve düşmanlığa teşvik, hangi koşullarda terör örgütü üyeliği veya terör örgütüne yardım teşkil ettiğinin belirlenmesi, öncelikle ülkelerin yargı organlarının değerlendirme alanına giren ve takdir yetkisinde olan bir meseledir. AIHM ise ikincilik ilkesi gereği (*subsidiarity - subsidiarité*), özellikle terörle mücadele konusunda devlet organlarının, tedbirleri alırken kullandıkları takdir yetkilerini AIHM içtihadında öngörülen koruma bağlamında ne ölçüde aştığını, uygulamada keyfîlik söz konusu olup olmadığını ve kısıtlamaları kötüye kullanıp kullanmadığını denetler. Bu denetim, Sözleşme'nin 15. maddesiyle askıya alınmış uygulamaları durumlarında dahi geçerlidir ve devletin kriz dönemlerinde alacağı tedbirlere ilişkin takdir yetkisi sınırsız değildir, her şart altında Mahkemenin kontrolüne tabidir.⁵ Dolayısıyla, ifade özgürlüğünün kullanılmasına yönelik müdahalelerde kısıtlamaların amaç dışında kullanılmasının Sözleşme'de hangi madde kapsamında vücut bulduğu (A) ve bu maddenin hangi tip davalarda uygulama alanı oluşturduğu (B) önemli bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır.

A. Sözleşme'nin 18. maddesinin varoluş nedeni

Sözleşme'nin sistematığına bakıldığında, 18. maddesinin, haklara getirilecek kısıtlamalar açısından, demokratik toplumda gereklilik testinin haricinde, başka bir sınırlama alanı daha getirdiği görülmektedir. Esasen, Sözleşme'de 18. madde gibi bir düzenlemenin var olma sebebi, antidemokratik eğilimlere karşı bir önleme mekanizması oluşturmaktır. Bu madde, Sözleşme'de anılan hak ve özgürlüklere dair bu Sözleşme hükümleri ile izin verilen kısıtlamaların *öngörüldükleri amaç dışında uygulanamayacağını* düzenlemektedir. Başka bir ifadeyle, bu maddenin konuluş amacı, Sözleşme'nin maddelerinin, öngörülen meşru amaç dışında bir gizli amaçla kullanılmasının engellenmesidir.

³ Hammarberg, Thomas, “Avrupa’da medya özgürlüğü ve insan hakları”. *İfade Özgürlüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Nicolas Bratza’ya İthafen Kaleme Alınmış Makaleler*. Avrupa Konseyi yayını. Eylül 2012. s. 41-56; Handyside / Birleşik Krallık, Başvuru No. 5493/72, § 49, 07/12/1976; Yavuz ve Yaylalı / Türkiye, Başvuru No. 12606/11, § 42, 17/12/2013.

⁴ Delfi / Estonya [Büyük Daire], Başvuru No. 64569/09, § 140, 16/06/2015; Gündüz / Türkiye [Kabul edilebilirlik kararı], Başvuru No. 59745/00, 13/11/2003; Gözel ve Özer / Türkiye, Başvuru No. 43453/04 ve 31098/05, § 61, 06/07/2010.

⁵ A. ve diğerleri / Birleşik Krallık, Başvuru No. 3455/05, § 173, 19/02/2009.

Avrupa Konseyinin mimarları, vahim biçimde tecrübelenen totaliter rejimlerin yıkılmasının ardından, kesin ve net biçimde demokrasi dışındaki her türlü yönetim şeklini reddetmişler ve totalitarizmin yayılmasını engelleyecek bir hukuki çerçeve oluşturmaya yönelmişlerdir.⁶ Öte yandan Mahkeme de demokrasiyi Sözleşme'nin öngördüğü ve Sözleşme ile bağdaşan yegâne politik model olarak tanımlamıştır.⁷ Aynı şekilde hiç kimsenin demokratik toplumun değerlerini ortadan kaldırmak ve zayıflatmak amacıyla Sözleşme'nin maddelerini kullanamayacağını da yerleşik içtihadıyla vurgulamıştır.⁸ Dolayısıyla Sözleşme'nin amacı, insan haklarını korumak ve demokratik toplumun değerlerini elde tutarak sürdürmektir.⁹

Aslına bakıldığında, Mahkemenin yerleşik içtihadında Sözleşme'nin 18. maddesinin diğer maddelerden bağımsız bir uygulaması olmadığı kabul edilmiştir.¹⁰ Bu anlamda, Mahkeme önüne gelen bir başvuruda 18. maddenin ihlal edildiğinin ileri sürülebilmesi, ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddenin uygulanmasında olduğu gibi, ancak Sözleşme'de tanınmış bir hakla bağlantılı olması koşuluyla mümkündür.¹¹ Fakat bağlantı kurulan maddenin ihlal edilmediğine Mahkeme tarafından karar verilmiş olması, 18. madde kapsamında Mahkemenin ayrıca değerlendirme yapmasına engel teşkil etmemektedir.

Mahkemenin yerleşik içtihadında belirtildiği üzere, Sözleşme'nin bütün sistematigi, devlet otoritelerinin kural olarak *iyi niyetli hareket ettiği* karinesine dayanır. Bu *iyi niyet karinesinin* aksinin ispatı ancak devlet otoriteleri tarafından uygulanan tedbirin altında gizli bir amaç yattığının ortaya konması hâlinde mümkündür. Bununla birlikte, bir başvuru müdahaleyle güdülen amacın, tedbire gerekçe gösterilen görünür amaçtan farklı olduğunu inandırıcı bir biçimde Mahkemeye sunmak durumundadır. Dolayısıyla bir hakkın sınırlandırılmasında devletin kullandığı takdir yetkisinin Sözleşme'de öngörülen amaç dışında kullanıldığı konusunda oluşan başvurucuya ait salt şüphe, Sözleşme'nin 18. maddesinden hareketle bir ihlal kararına varılması için yeterli değildir. Başvurucu tarafından bu gizli amacın ikna edici şekilde ortaya konması gerekir.¹² Ancak, Mahkemenin önüne gelen bazı başvurularda sınırlı da olsa 18. maddeyi

⁶ Keller, Helen. Selective criminal proceedings and Article 18 ECHR: the European Court of Human Rights untapped potential to protect democracy. *Human Rights Law Journal (HRLJ)*, vol. 36, no. 1-6 (30 Haziran 2016). s. 6, s. 1-10. 2016; Tulkens, Françoise. "Söylem ne zaman eylemdir: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ifade özgürlüğü ve nefret söylemi içtihatları". *İfade Özgürlüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Nicolas Bratza'ya İthafen Kaleme Alınmış Makaleler*. Avrupa Konseyi. Eylül 2012. s. 259-260. s. 259-273.

⁷ Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve diğerleri / Türkiye [Büyük Daire], Başvuru No. 19392/92, § 45, 30/01/1998.

⁸ Krenc, Frédéric. La liberté d'expression vaut pour les propos qui "heurtent, choquant, inquietent". Mais encore?. *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 106/2016. s. 332, s. 311-350; Refah Partisi / Türkiye [Büyük Daire], Başvuru No. 41340/98, 41342/98, 41343/98 vd., § 99, 13/02/2003; Ždanoka / Litvanya [Büyük Daire], Başvuru No. 58278/00, § 99, 16/03/2006; Perinçek / İsviçre [Büyük Daire], Başvuru No. 27510/08, § 113, 15/10/2015.

⁹ Harris., O'Boyle., Warbrick. *Law of the European Convention on Human Rights*. 3rd edition. Oxford University Press. 2014. s. 5-6.

¹⁰ Gusinskiy / Rusya, Başvuru No. 70276/01, § 75, 19/05/2004.

¹¹ Sejdić ve Finci / Bosna Hersek [Büyük Daire], Başvuru No. 27996/06 ve 34836/06, § 39, 22/12/2009.

¹² Khodorkovskiy ve Lebedev / Rusya, Başvuru No. 11082/06 ve 13772/05, § 899, 25/07/2013; Khodorkovskiy / Rusya, Başvuru No. 5829/04, § 255, 31/05/2011.

uygulamış olması, Sözleşme'ye taraf bazı ülkelerde demokratik değerler üzerine oturtulan sistemi dolanmak isteyen eğilimlerin olduğunun göstergesidir.¹³

Sözleşme'nin 18. maddesine ilişkin bir değerlendirme yapabilmek için, somut olaylar üzerinden, bugüne kadar bu maddenin uygulaması ile ne şekilde karşılaşıldığının incelenmesi yerinde olacaktır.

B. Haklara getirilecek sınırlamaların değerlendirilmesi

Mahkemenin pratiğine bakıldığında, Sözleşme'nin 18. maddesinin uygulanması meselesinin temelde ifade özgürlüğü ile bağlantılı davalarda karşımıza çıktığını görmekteyiz. Özellikle, hükûmeti veya siyasi otoriteyi eleştiren, muhalif kanatta yer alan kişilere uygulanan özgürlükten yoksun bırakmaya yönelik koruma tedbirlerine veya hürriyeti bağlayıcı ceza öngören soruşturmalara ilişkin başvurularda, bu maddenin uygulanması gündeme gelebilmektedir.

Bilindiği üzere, Sözleşme'nin 5. maddesi, “özgürlük hakkını” vurgulamakta; hiç kimsenin keyfi şekilde özgürlüğünden yoksun bırakılmamasını sağlamayı hedeflemektedir.¹⁴ Sözleşme'nin 5. maddesi, 1. paragrafı, (c) bendi, bir ceza yargılaması çerçevesinde, bir kişinin ancak hakkında suçu işlediğine dair inandırıcı nedenlerin bulunması hâlinde mahkeme önüne çıkarılması amacıyla tutuklanmasına karar verilebileceğini düzenlemektedir.¹⁵ Dolayısıyla bir kişinin özgürlük ve güvenlik hakkının kısıtlanabilmesi istisnaidir ve bu müdahalenin devam ettirilebilmesi için “suç işlediği yönünde makul şüphenin” bulunması gerekmektedir.¹⁶ Devlet otoritelerince özgürlükten yoksun bırakma tedbirine başvurulması, bu tedbirin ancak bu meşru amaçla orantılı olması hâlinde söz konusu olabilecektir.

Özgürlük hakkını kısıtlayan bir koruma tedbirinin Sözleşme'de öngörülenlerden başka bir amaca dayandığı iddiası ise 5. madde kapsamında yapılan değerlendirme ve varılan sonuçtan bağımsız olarak Sözleşme'nin 18. maddesi açısından inceleme alanı bulan bir durumu ifade eder. Gerçekte, Mahkemenin genel uygulamasını gözden geçirdiğimizde, bu tip şikâyetlerin, Sözleşme'nin başka bir maddesinden (örneğin, ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. madde, örgütlenme özgürlüğünü düzenleyen 11. madde veya özgürlük hakkını düzenleyen 5. madde) ihlal bulunmuş olması sebebiyle ayrıca incelenmesine gerek olmadığına karar verildiğini görmekteyiz.¹⁷ Bununla birlikte, özgürlük hakkının kısıtlanmasının söz konusu olduğu başvurularda, Mahkemenin tutukluluğun makul suç şüphesine dayandığını kabul etmiş olduğu durumlarda dahi, bu meşru sebebe ek olarak, özgürlükten yoksun bırakma tedbirinin arkasında başkaca gizli

¹³ Keller. age. s. 7.

¹⁴ Lütfiye Zengin ve diğerleri / Türkiye, Başvuru No. 36443/06, § 74, 14/04/2015.

¹⁵ Jecius / Litvanya, Başvuru No. 34578/97, § 50, 31/07/2000; Wloch / Polonya, Başvuru No. 27785/95, § 108, 19/10/2000.

¹⁶ Doğan / Türkiye, Başvuru No. 28484/10 [Kabul edilebilirlik], §§ 78-80 ve 83, 10/04/2012 (*ilk tutukluluk kararına ilişkin*); Nedim Şener / Türkiye, Başvuru No. 38270/11, §§ 69-70 ve 77, 08/07/2014 (*tutukluluğun devamına ilişkin*).

¹⁷ Nemtsov / Rusya, Başvuru No. 1774/11, § 130, 31/07/2014.

bir amacın da güdüldüğünün tespit edilmesi hâlinde Sözleşme'nin 18. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmesinin önünde pratikte bir engel bulunmamaktadır.¹⁸

Mahkemenin, 18. madde kapsamında karara bağladığı çok az sayıda dava olduğu bir gerçektir. Özellikle insan hakları savunucuları ve muhalif liderlerin özgürlük hakkının kısıtlanmasına ilişkin olduğu görülen bu davalarda, müdahalenin arkasında yatan gizli amacın (*hidden agenda*) Mahkeme yargıçları tarafından sorgulandığını ve somut olay şartlarında bir değerlendirme yapıldığını görüyoruz. Politik olarak aktif konumdaki kişilerin, siyasi hayata katılmasını engelleyecek veya imkânsız hâle getirebilecek nitelikteki müdahalelere ilişkin iddiaların, insan haklarının korunması ve demokrasinin işleyişi ile doğrudan orantılı olması sebebiyle daha ciddi bir ihtimalla değerlendirilmesi gerektiğini söyleyebiliriz. Özellikle başvuru hakkında koruma tedbirinin uygulandığı zaman diliminde başvurunun politik hayatta ne kadar etkin konumda olduğunun da bu yönde bir inceleme kapsamında önemi bulunmaktadır. Bu yöndeki değerlendirmeyi somutlaştırmak için Ukrayna'ya karşı Lutsenko ve Tymoshenko Davaları üzerinden örneklendirme yapılabilir. Bu davalarda Mahkeme, somut olaylar çerçevesinde bir değerlendirme yaparak, dışarıdaki siyasi atmosferden bağımsız olarak sadece önüne getirilen hukuki anlamdaki delillerden hareket etmiş ve uygulanan tedbirlerin arkasında siyasi bir niyet yatıp yatmadığına ilişkin sonuca bu şekilde varmıştır.

Lutsenko Davası'nda,¹⁹ başvuru, Ukrayna'da muhalefet partisi lideri ve eski bir bakandır ve yasa dışı menfaat elde ettiği gerekçesiyle tutuklanmıştır. Başvurucunun iddiasına göre, tutuklanmasının ve hakkında yürütülen soruşturmanın asıl nedeni, kendisini siyasi yaşamdan dışlamak ve gelecek yasama seçimlerine katılmasına engel olmaktır. Davalı hükümet bu iddiayı reddetmiş ve tutuklamanın Sözleşme'nin 5. maddesinin öngördüğü amaca uygun gerçekleştirildiğini savunmuştur. Mahkeme, başvurunun davasının gerek ulusal gerekse uluslararası mecrada dikkat çektiğini kaydederek, başvurunun Ukrayna'da iktidar değişiminden sonra görevi kötüye kullanmadan dolayı suçlandığını ve bu durumun dış gözlemcilere göre de muhalif politikacıların siyasi sebeplerle soruşturma konusu edildiği bağlamda gerçekleşmiş olduğunu tespit etmiştir. Somut olayda, başvurunun siyasi konumu ve profili sebebiyle, hakkındaki suçlamalarla ilgili basına açıklama yapmasının beklenebilir bir durum olmasına rağmen, tutuklamaya karar veren mercilerin tutuklama sebeplerinden birini *basına yapılan açıklamalar* olarak belirttiği kaydedilmiştir. Mahkeme, bu şekilde, başvurunun, hakkındaki suçlamalara karşı kamu önünde cevap verdiği için tutuklanarak cezalandırılmaya çalışıldığı kanaatine varmıştır.²⁰

Tymoshenko Davası'nda ise²¹ Ukrayna'nın önde gelen muhalefet parti lideri konumundaki başvuru, Ukrayna'nın Rusya'dan dezavantajlı bir fiyattan doğal gaz almasına neden olan bir anlaşma imzaladığı gerekçesiyle tutuklanmış ve hapis cezasına

¹⁸ Merabishvili / Gürcistan, Başvuru No. 72508/13, §§ 77 ve 107, 14/06/2016 [Büyük Daire önünde derdesttir ve duruşması 08/03/2017 tarihinde gerçekleşmiştir.].

¹⁹ Lutsenko / Ukrayna, Başvuru No. 6492/11, 03/07/2012.

²⁰ agk. §§ 108 ve 109.

²¹ Tymoshenko / Ukrayna, Başvuru No. 49872/11, 30/04/2013.

mahkûm edilmiştir. Mahkeme, başvurunun görevi kötüye kullanma isnadıyla karşılaşmasının, yeni hükûmetin iktidara gelmesini takiben gerçekleştiğini belirlemiştir. Mahkeme, bu genel siyasi havanın dışında, başvuru hakkında yürütülen soruşturma ile ilgili olarak, olayın bağlamı ve yerel mercilerin somut gerekçelendirmesinden çıkarıldığı kadarıyla, dava konusu müdahale ile gerçekte başvuru tarafından yerel mahkemeye gösterilen saygı eksikliğinin (*lack of respect towards the court*) cezalandırılmak istenildiğine kanaat getirmiştir. Bu sebeple Mahkeme, başvurunun özgürlüğünün, suç işlediğine dair makul sebeplerin bulunması nedeniyle yetkili yargı mercii önüne çıkması amacıyla değil, başka sebeplerle sınırlandırıldığını kabul etmiştir.²²

Yukarıdaki örneklerden de anlaşılacağı üzere, Mahkemenin 18. madde kapsamında değerlendirme yaparak bir sonuca varması, dosya içeriğinde başvuru tarafından ortaya konan ve “amaç dışı (genelde *siyasi nitelikte*) niyetle” doğrudan bağlantıyı gösteren hukuki anlamda delillerin mevcudiyetine bağlıdır.

Aynı ilkeler, Moldova'ya karşı Cebotari Davası'nda da²³ uygulama alanı bulmuştur. Bu davanın somut olaylarından çıkarıldığı ölçüde, dava dışı *Oferta Plus* isimli şirketin yöneticisi olan başvurunun tutuklanmasının ve hakkında yürütülen ceza davasının asıl hedefinin, aslında bu şirket tarafından AİHM'ye yapılacak bir başvuruya engel olmak amacıyla baskı uygulamak olduğu tespit edilmiş ve bu sebeple 5. maddenin 1. fıkrası ile birlikte 18. maddenin ihlaline karar verilmiştir. Bu sonuca varmadan evvel, Mahkeme, *Oferta Plus Davası*'nın somut olaylarına atıf yapmış;²⁴ şirketin AİHM önünde yapmış olduğu bu başvurunun davalı hükûmete bildirilmesinin ardından başvurunun tutuklanıp hakkında soruşturma yürütüldüğünü tespit etmiş ve ancak bu soruşturmanın içeriğinin, görünürde isnat olunan suçları başvurunun işlediğine dair objektif bir gözlemciyi ikna edici nitelikte olmadığı sonucuna varmıştır.²⁵

II. Haklara getirilecek kısıtlamaların amacının ispatı

Somut örnekler üzerinden 18. maddenin, özellikle ifade özgürlüğü ile bağlantı kurulabilecek hangi tip davalarda karşımıza çıktığına değindikten sonra, Mahkemenin değerlendirmesinde nasıl bir ispat standardını aradığı meselesi karşımıza çıkmaktadır. Gerçekte, bir şikâyetin, Sözleşme'nin 18. maddesi altında incelenebilmesi için Mahkemenin çok sıkı bir ispat standardı ortaya koyduğu bilinmektedir.²⁶ Bu yüksek ispat standardı nedeniyle de çok az sayıda davada bu madde kapsamında inceleme yapıp ihlal tespit edildiğini görüyoruz. Mahkemenin değerlendirmesinde bu maddenin uygulanmasına ilişkin ortaya koyduğu ispat standardının kapsamı (A) ve özellikle başvuru sahiplerinin iddialarını delillendirmeleri açısından problem oluşturabilen ispat yüküne

²² agk. §§ 299-300.

²³ Cebotari / Moldova, Başvuru No. 35615/06, 13/11/2007.

²⁴ agk. § 51.

²⁵ agk. § 53.

²⁶ Rasul Jafarov / Azerbaycan, Başvuru No. 69981/14, § 154, 17/03/2016.

ilişkin bu standarda getirilebilecek eleştiriler **(B)** yine somut örnekler üzerinden ele alınacaktır.

A. Sözleşme'nin 18. maddesinde aranan ispat yükü

Mahkemenin önüne gelen ve müdahalede meşru amacın dışında başka bir amacın varlığını iddia konusu eden başvurularda, ispat standardının yerine gelip gelmediğine ilişkin esas aldığı veriler, her somut olayın kendi şartında, genel siyasi iklimden bağımsız olarak, farklılık gösterebilmektedir.

Örneğin, özel bir medya kuruluşunun büyük hissedarı ve eski yöneticisi başvurucuya uygulanan özgürlükten yoksun bırakma tedbirine ilişkin Rusya'ya karşı Gusinskiy Davası'nda, tutuklama tedbirinin kötüye kullanıldığı ile ilgili şikâyetin değerlendirilmesinde Mahkemeyi ikna eden veri, tutukluluğu sırasında başvurucuya sunulan ve içeriğinden kamu otoriteleri tarafından ortağı olduğu medya kuruluşunu satmaya zorlama niyetinin olduğunun açıkça görüldüğü ve hükûmetin de itirazda bulunmadığı bir anlaşma metnidir.²⁷

Azerbaycan'a karşı Ilgar Mammadov Davası'nda²⁸ ise siyasi arenada aktif olan başvuru, internet *bloğu* üzerinde siyasi nitelikte yazı ve yorumlar paylaşmaktadır. Başvuru, başvurunun, kamuyu ilgilendiren bir olaya ilişkin hükûmet tezine dair eleştiri içeren bir *blog* yazısı yazması üzerine tutuklanmasına ilişkindir. Mahkeme, ulusal makamların, başvurunun özgürlüğünün kısıtlanmasında iyi niyetle hareket ettiklerini ispat edememelerinin tek başına yeterli olmadığından hareketle, meşru amaç dışındaki sebeplerin varlığının delillerle ortaya konulup konulmadığını incelemiştir. Somut olayın şartları bir bütün olarak ele alındığında, özellikle dava konusu blog yazısının yayımlanmasının ertesi günü İçişleri Bakanlığı ve Savcılık tarafından başvuru hakkında ortak basın açıklaması yapılması, başvurunun üç kez sorguya çağrılarak tutuklanması ve dosyada başvuruca yüklenen suç işlediğini destekleyen objektif nitelikte bir delil bulunmaması beraber değerlendirilmiş, uygulanan tedbirlerin gerçek amacı hakkında bu şekilde bir kanaate varılmıştır. Mahkeme, müdahalenin gerçek amacının, başvuruca davalı hükûmeti eleştirmesi ve dava konusu blog yazısına konu olaya ilişkin gerçek bilgilerin saklandığına inandığına yönelik bilgi paylaşması sebebiyle susturmak ve cezalandırmak olduğu kanaatine varmıştır.²⁹ Dolayısıyla Mahkemenin, başvurunun özgürlüğünün kısıtlanmasının, kendisini suç işlediğine ilişkin makul sebeplerle hâkim önüne çıkarmaktan başka sebeplerle gerçekleştirildiğine ikna olduğu görülmektedir.³⁰

Öte yandan, Azerbaycan'a karşı Rasul Jafarov Davası'nda, Mahkeme, uluslararası düzeyde yankı uyandırmış olan insan hakları savunucuları ve muhaliflere uygulanan özgürlükten yoksun bırakma tedbirleri ve cezai soruşturmalara ilişkin 18. madde bağlamındaki şikâyetleri, hukuki anlamdaki delillere ve somut olaylara ilişkin yapacağı

²⁷ Gusinskiy. agk. §§ 76-77.

²⁸ Ilgar Mammadov / Azerbaycan, Başvuru No. 15172/13, 22/05/2014.

²⁹ agk. §§ 140, 142 ve 143.

³⁰ agk. § 148.

kendi değerlendirmesine göre inceleyeceğini belirtmiştir.³¹ Dolayısıyla Rasul Jafarov Davası'nda da bu konuda haricen yapılan tüm siyasi tartışmalardan bağımsız olarak somut olay çerçevesinde değerlendirme yapılacağı ifade edilmiştir.³² Bu anlamda, Mahkemenin sivil toplum kuruluşlarının, kamuya mal olmuş kişilerin veya siyasi kurumların karar ve tavsiyelerini *tek başına* delil olarak kabul etmediği gözlemlenmektedir.³³ Mahkemenin kontrolü somut olayın şartlarına ilişkin olarak önüne getirilen başvuru içeriği ile sıkı sıkıya bağlıdır. Jafarov Davası'nın özeline bakıldığında, Mahkeme, başvuru hakkındaki suç isnatlarının çok ciddi ve ağır olduğunu ve somut olay şartlarının makul şekilde davanın "*sağlıklı temellere*" ("*healthy core*" veya "*bases saines*") dayalı olduğunu *ortaya koyamadığını* belirtmektedir. Bu tespitte özellikle davalı devletin, sivil toplum kuruluşlarının faaliyetleri ile ilgili sert ve kısıtlayıcı mevzuatı ve sivil toplum kuruluşları ile temsilcilerinin, üst düzey kamu görevlilerinin, medya kuruluşlarının ve aktivistlerin benzer müdahalelere maruz kalması göz önünde bulundurulmuş ve ihlal kararı verilmesinde rol oynamıştır.³⁴

Yukarıda zikredilen Azerbaycan davalarından da görüldüğü üzere, devlet organlarının *iyi niyetle hareket ettiği karinesinin* aksini göstermekte olan soyut emareler mevcut uygulamada tek başına Sözleşme'nin 18. maddesinin ihlaline yol açacağı anlamına gelmemektedir. Bu madde kapsamında daha net bir değerlendirme yapabilmek için devlet otoriteleri tarafından alınan tedbirlerin Sözleşme'de öngörülen amaçların haricinde birtakım amaçlar doğrultusunda kullanıldığının inandırıcı biçimde delillendirilmesi gerekmektedir. Bu ispat standardının yerine getirilmesi de ancak dava konusu tedbirin uygulanmasının arkasında yatan amacın başvuru tarafından açık ve somut şekilde ortaya konmasına bağlıdır.

Aynı doğrultuda, Rusya'ya karşı Khodorkovskiy ve Lebedev Davası'a bakıldığında, başvurucların, devlet organlarının müdahalesinin gizli bir amaç güttüğüne ilişkin doğrudan delillerinin mevcut olmadığı ve başvuruclar da bunun bilincinde olduğu; başvuruyu bu sebeple uzman görüşü ve bağlamsal deliller üzerine kurmuş oldukları ifade edilmiştir.³⁵ Mahkemeye göre huzurdaki dava, görünüş itibarıyla gizli amaç iddiası ile ilgili olarak başvuru lehine görünse de ispat yükü hâlâ başvurucların üzerinde kalmaktadır ve başvuru bu yöndeki iddiasına ilişkin ispat yükünü ikna edici biçimde yerine getirmelidir. Ashında, bu yöndeki yaklaşımın mantığının, Mahkemenin önüne gelen her yüksek profilli, siyaseten de hassas davada, başka bir deyişle, başvurucların statüsünün, şöhretinin, makamının soruşturmanın arkasında farklı bir neden yattığı konusunda şüphe oluşturduğu hâllerde, Mahkemenin otomatik olarak ihlal kararı vermek durumunda bırakılmasının önüne geçmek olduğu söylenebilir zira bu maddenin Sözleşme'ye konulması ile elde edilmek istenen sonuç bu değildir. Mahkeme,

³¹ Rasul Jafarov. agk. § 155.

³² agk. 158.

³³ Merabishvili. agk. § 103; Ilgar Mammadov. agk. § 140; Khodorkovskiy. agk. § 259.

³⁴ Rasul Jafarov. agk. §§ 156, 159-161.

³⁵ Khodorkovskiy ve Lebedev. agk. § 902.

bu doğrultuda yüksek siyasi statü sahibi olmanın dokunulmazlık bahsetmediğini (*high political status does not grant immunity*) vurgulamaktadır.³⁶

Khodorkovskiy ve Lebedev Davası'nın somut olaylarına bakıldığında, başvuruçular, Rusya'nın önemli bir endüstriyel şirketler grubunun (*Yukos Oil Company*) yönetici ve büyük hissedarlarıdır. Başvuruçulardan Khodorkovskiy, aynı zamanda siyasi olarak da aktif bir kişiliktir. Başvuruçular, şirketler grubunda yer alan bir şirketin özelleştirilmesi ile ilgili yolsuzluk iddialarına ilişkin olarak tutuklanmışlardır. Dava dışı *Yukos* şirketi ise vergi ve icra takiplerine maruz kalmış ve tasfiyeye sürüklenmiştir. Başvuruçular belirli bir somut olaydan değil, davalı devletin yargı mekanizmasının tamamının başlangıçtan itibaren kötüye kullanıldığından, devlet otoritelerinin kötü niyetli hareket ettiklerinden, aleyhlerinde uygulanan işlemlerin Sözleşme'ye aykırı olduğundan ve mahkûmiyetlerinin bu sebeple geçersiz olduğundan yakınmaktadır.³⁷ Mahkemeye göre, çok ciddi nitelik taşıyan bu iddiaların, devletlerin *iyi niyetle hareket ettiklerine ilişkin karineyi* tersine çevirebilmesi için gerekli olan ispat standardının da aynı ölçüde yüksek olması gerekmektedir. Mahkeme, başvurunun somut olayları kapsamında yaptığı değerlendirmede, başvuruçulara yüklenen suçların genel nitelikte olduğunu (vergi kaçırma vs.) ve isnat edilen fiillerin politik hayata katılmaları ile ilgili olmadığını tespit etmiştir.³⁸ Sonuç itibarıyla, bu başvuruda Sözleşme'nin 18. maddesinden ihlal bulmamış ve her ne kadar somut olayda müdahalelerin *karma* bir amaç gütmüş olabileceği şüphe uyandırsa dahi, Mahkeme, bu durumun başvuruçulara, isnat edilen ciddi nitelikteki suçlamalara cevap vermeye ilişkin bir bağışıklık sağlamadığının da altını çizmiştir.³⁹

Bu dava ile bağlantılı olarak OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos Davası'nda da yukarıda bahsedilen vergi kaçırma ve icra prosedürlerinin kötüye kullanılması sebebiyle şirketin ortadan kaldırılması ve mal varlığına el konulmak istendiği iddiası karşısında, Mahkeme, mülkiyet hakkı ile bağlantılı olarak davanın somut olay ve delilleri ışığında yaptığı değerlendirmede, başvuruçuların bu prosedürün arkasında siyasi bir gizli amaç yattığı iddiasını ve medyada geniş yankı uyandıran yüksek profilli bir dava olduğunu dikkate almıştır. Ancak bu tespitlerin Sözleşme'nin 18. maddesinin değerlendirmesinde çok küçük bir ispat gücüne sahip olduğunu yinelemiştir.⁴⁰ Mahkeme, dava konusu somut prosedürlerin içeriğinde, açıkça amaca aykırı olarak kötüye kullanılma iddiasını kanıtlayan bir gösterge olmadığını belirterek, mülkiyet hakkı ihlal edilmiş olmasına rağmen, Sözleşme'nin 18. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁴¹

³⁶ agk. § 903.

³⁷ agk. § 905.

³⁸ agk. § 906; *aksi yönde* Lutsenko. agk. § 108.

³⁹ agk. § 908.

⁴⁰ OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos / Rusya, Başvuru No. 14902/04, 14902/04, § 665, 20/09/2011.

⁴¹ OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos / Rusya başvurusunun tazminata ilişkin 31/07/2014 tarihli kararının uygulanmasına ilişkin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 6-8 Aralık 2016 tarihli dönemlik izleme toplantısından çıkan karara göre, bu kararın tazminata ilişkin kısmının uygulanması ile ilgili Rus Anayasa Mahkemesine Adalet Bakanlığı tarafından yapılan itiraz kaygıyla karşılanmış, Bakanlar Komitesi, Rusya Federasyonunun Sözleşme'nin kararların bağlayıcılığı ve infazına ilişkin 46. maddesine koşulsuz şartsız uymakla ve tazminatı ödemekle yükümlü olduğunu hatırlatmış ve Anayasa

Somut örneklerden de görüldüğü üzere, Mahkeme, Sözleşme'nin 18. maddesiyle bağlantılı şikâyetlerde tüm somut olay şartları bir arada değerlendirildiğinde ortaya çıkan açık sonucu esas almaktadır.⁴² Yeniden Jafarov Davası'nda kullanılan ispat araçlarına dönecek olursak; bu davada, hükûmete yakın medya organlarında devlet görevlileri tarafından başvuruçunun da içinde bulunduğu bazı sivil toplum kuruluşları hakkında yapılan itham edici açıklamalar ve bir süredir insan hakları savunucularına karşı alınan aşırı tedbirlerin bir bütün olarak göz önüne alındığı görülmektedir.⁴³ Diğer taraftan, bir başka davada, yeterli görülen ispat aracının, başvuru hakkında uygulanan özgürlükten yoksun bırakma tedbirinin başka soruşturma makamları tarafından soruşturma kapsamında delil elde edebilmek üzere başvuru üzerinde manevi baskı oluşturmak için bir vasıta olarak kullanılması şeklinde karşımıza çıkabildiği görülmektedir.⁴⁴

Öte yandan, Mahkemenin, iktidara gelen kişilerin söylemlerinin meşru amaç dışındaki müdahaleye ilişkin tek başına ne ölçüde ispat gücüne sahip olabileceğini değerlendirdiği davalar da mevcuttur. Örneğin, Tchankotadze / Gürcistan Davası'nda, başvuru, hakkında açılan soruşturmanın haricî sebeplerle kötüye kullanıldığına ilişkin olarak, seçim kampanyası sırasında kamuya başvuru aleyhine açıklamalar yapan kişinin daha sonra devlet başkanı olarak seçilmesinin akabinde başvuruçunun cezaevine konulmasına ilişkin tehdidin somutlaştırıldığını iddia etmiştir.⁴⁵ Mahkeme, devlet başkanının bu yöndeki açıklamalarının, başvuru aleyhinde bir tehdit olarak anlaşılabileceğini kabul etmektedir. Ancak bu durum, iddiayı destekleyen başka somut delillerin mevcut olmaması sebebiyle, başvuru aleyhinde yürütülen soruşturmanın bahse konu tehditlerle makul şüphenin ötesinde bağlantılı olduğunu göstermemektedir. Gizli bir amaç güdüldüğüne ilişkin başvuruçunun duyduğu şüphe, tek başına davalı devletin hukuk sisteminin bütünüyle bağımsız olmadığı, aksine devlet başkanının etki ve baskısı altında olduğu sonucuna varmak için yeterli görülmemektedir.⁴⁶ zira somut olayda soruşturma makamı veya diğer yargı mercilerinin açıkça öngörülenden farklı bir sebeple başvuruçunun özgürlük hakkına müdahale edildiğine dair bir tavır sergilemediği de ifade edilmiştir. Sonuç olarak, Tchankotadze Davası'nda başvuruçunun üzerine düşen

Mahkemesinin kararının bir örneğini istemiştir. (https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016806c5173); Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi, 19.01.2017 tarihinde verdiği kararla OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos / Rusya Federasyonu kararının tazminata ilişkin bölümünün uygulanmasının Anayasa'ya aykırı olması gerekçesiyle uygulanamayacağına karar vermiştir (Anayasa Mahkemesinin kararının tamamı için bk. http://www.ksrf.ru/en/Decision/Judgments/Documents/2017_January_19_1-P.pdf). Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Nils Muižnieks'in, Rusya Anayasa Mahkemesinin bu kararına karşı 20.01.2017 tarihinde bir açıklama yayımlamış ve devletin keyfî uygulamalarına karşı kişi ve şirketlere sağlanan güvenceyi zayıflattığına ilişkin kaygılarını iletmiştir (<http://www.coe.int/tr/web/commissioner/-/commissioner-concerned-about-non-implementation-of-a-judgment-of-the-european-court-of-human-rights-in-russia>).

⁴² Rasul Jafarov. agk. § 158; *delil standardını karşılaştırmak için bk. Gusinskiy. agk. § 76.*

⁴³ § 104.

⁴⁴ Merabishvili. agk. § 106.

⁴⁵ Tchankotadze / Gürcistan, Başvuru No. 15256/05, § 112, 21/06/2016.

⁴⁶ Tchankotadze. agk. § 114.

ispat yükünü yerine getirememesi sebebiyle 18. madde kapsamında ileri sürdüğü şikâyeti kabul edilemez bulunmuştur.⁴⁷

Mahkeme bazı davalarda ise başvuruclar tarafından ileri sürülmesine rağmen, Sözleşme'nin 18. maddesi kapsamında yapılan şikâyeti ayrıca değerlendirmeye gerek duymamaktadır. Yakın bir tarihte Rusya'ya karşı Navalnyy Davası'nda da görülen bu inceleme[me] şekline ve genel olarak ispat yüküne ilişkin standardın yüksekliğine yönelik, özellikle yargıçların karşı oy yazılarında sıklıkla karşılaşılmaya başlanılan eleştirilerin arttığı gözlemlenmektedir.

B. İspat yüküne ilişkin “yüksek” standardın “yakın” geleceği

İspat yüküne ilişkin Mahkeme tarafından öngörülen yüksek standarda ilişkin en güncel eleştiri, Rusya'ya karşı Navalnyy Davası'nın kısmi muhalif görüşünde karşımıza çıkmıştır. Bu dava her ne kadar toplanma ve örgütlenme özgürlüğüne ilişkin olsa da bu özgürlük, ifade özgürlüğünden bağımsız olarak değerlendirilemeyeceğinden, ifade özgürlüğüne ilişkin ilkeler ışığında ele alınmıştır.⁴⁸ Başvuru, muhalif görüşlere sahip olan başvurucların katılımı gösteri ve yürüyüşlerde polise mukavemet ile toplantı ve gösteri yürüyüşü ile ilgili düzenlemelere muhalefet sebebiyle idari ve cezai yaptırıma maruz bırakılması, bu yaptırımların sürekli biçimde kendisine uygulanmasının ardında siyasi bir amaç yattığını iddia etmesine ilişkindir. Mahkeme, başvurucların iddialarının değerlendirilmesini yalnızca örgütlenme özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığına hasretmiştir. Mahkemenin bu maddenin ihlal edildiğine karar vermekle yetinmiş olması ise yargıçların kısmi karşı oy yazısında eleştirilmiştir.⁴⁹

Söz konusu eleştirinin en güçlü dayanağı, aslında Daire'nin Sözleşme'nin 11. maddesi açısından oy birliği ile verdiği kararda, demokratik toplumda gereklilik incelemesinin bir unsuru olarak, başvurucların tutulma ve tutuklamalarının siyasi muhalif kanat tarafından organize edilen gösterilere katılmasını engelleme amacı ve caydırma etkisi taşıdığını ifade etmiş olması ve bunun 18. maddeye ilişkin kısımda tekrarlanmış olmasıdır.⁵⁰ Karşı görüşte ifade edildiği üzere, her ne kadar tek başına ileri sürülebilen bir madde olmasa da Sözleşme'nin 18. maddesinin koruduğu hukuki yararın, diğer maddelerden farklı olarak, özel bir adaletsizliği (*specific injustice*) önlemek, diğer bir deyişle, Sözleşme'de öngörülen meşru sebeplerin, uygun olmayan başkaca amaçları gizlemek suretiyle kullanılarak Sözleşme'nin dolanılmasını engellemek olduğu söylenebilir.⁵¹ Aksi bir sonuca varılması, bu maddenin kendine özgü makul ve bağımsız bir uygulama alanı olduğu gerçeğini ortadan kaldıracaktır. Karşı görüşteki yargıçlar, somut olayın şartlarında, başvurucların sistematik ve tekrar eden özgürlükten yoksun bırakma tedbirlerine maruz kaldığını göz önüne almışlar ve hedef seçilen aktivistlerin sistemli ve tekrar eden şekilde özgürlüklerinden yoksun bırakılmalarının, muhalif

⁴⁷ agk. § 115.

⁴⁸ Navalnyy. agk. § 46.

⁴⁹ agk. Yargıçlar Lopez Guerra, Keller ve Pastor Vilanova'nın kısmi ortak muhalif görüşü.

⁵⁰ agk. §§ 52 ve 79.

⁵¹ agk. kısmi ortak muhalif görüş, §§ 2 ve 3.

görüştteki kişilerin siyasi arenada ifade özgürlüklerini kullanmalarının üzerinde caydırıcı etki teşkil edebileceğine dikkati çekmişlerdir.⁵²

Aslında ispat külfetine ilişkin standardın yüksek olması, bir başka Rusya davasında çok yakın bir geçmişte bir kez daha eleştiri konusu olmuştur. Bu davada başvurusunun muhalif bir yürüyüşe katılmak üzere Sheremetyevo Havalanı'ndan Samara'ya uçuş için geldiğinde pasaportuna el konması ve gözaltına alınarak tutuklanması ile gösteriye katılmasının imkânsız hâle getirildiği iddiası ele alınmıştır. Mahkeme, somut olayda yine toplantı ve örgütlenme özgürlüğüne ilişkin yaptığı değerlendirmede, müdahalenin kanunla öngörülmediği gerekçesiyle Sözleşme'nin 11. maddesinden ihlal kararı vermiş⁵³ ancak başvurucuya yapılan müdahalenin ardında siyasi nedenler yattığına ilişkin iddianın ayrıca incelenmesine gerek duymamıştır.⁵⁴

Bu davada kaleme alınan kısmi karşı oy yazısında, Sözleşme'nin 18. maddesinin, özellikle muhalif kişilerin haklarına yapılan müdahalelerin, devlet organlarınca kötüye kullanılması ihtimaline karşı bir cevap niteliğinde olduğu vurgulanmıştır. Karşı oy yazısında, bu davanın somut olaylarının, genelde muhalif görüşteki kimseleri üstü kapalı gerekçelerle susturmaya yönelik davalarda uygulama alanı bulmuş olan Sözleşme'nin 18. maddesine ilişkin içtihat ile uyuşmakta olduğu belirtilerek eleştiri getirilmiştir.⁵⁵ Davanın somut olaylarından açıkça çıkarılabildiği üzere, muhalif bir politikacı olan başvurusunun havaalanında alıkonmasının asıl sebebi, gösteriye katılmasının engellemek istenmesidir. Karşı görüşe göre, başvurusunun Sözleşme'nin 5. maddesi uyarınca meşru bir amaç doğrultusunda özgürlüğünden yoksun bırakılmadığına (Kasparov, § 56) ve bu sebeple Sözleşme'nin 11. maddesi kapsamında yapılan müdahalenin de yasal bir temeli olmadığına hükmedilmiş olması (Kasparov, § 69), davalı devletin yasal mekanizmasını başvurusuyu susturmak ve üzerinde caydırıcı etki yaratmak amacıyla uygun olmayan bir gerekçeyle kullandığına ilişkin iddialara bir cevap vermemektedir. Bu vesileyle, Mahkemenin, başvurusudan devlet organlarının iyi niyetli olduğu yönünde mevcut olan karinenin aksini ispat edebilmek için kötü niyeti açıkça ortaya koyan delil getirmesinin ve yargılamanın “sağlıklı temellere” dayanmadığını ispat etmesinin beklenmesinin eleştirildiği görülmektedir.

Bununla birlikte, Rusya'ya karşı Nemtsov Davası'nda, 18. madde ile ilgili şikâyetin yargıçların oy birliği ile ayrıca incelenmemiş olduğu da dikkati çekmektedir. Hâlbuki, bu davada, muhalefet partisi lideri başvurusunun siyasi bir gösteriye katılmasının akabinde polise mukavemet ettiği gerekçesiyle gözaltına alınmasına ilişkin şikâyetle bağlantılı olarak Mahkeme, başvurusunun özgürlüğünden yoksun bırakılmasının, aktif olarak muhalif kanatta yer alarak protesto gösterilerine katılması üzerinde caydırıcı etki oluşturma riski taşınması sebebiyle toplantı ve örgütlenme özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.⁵⁶ Bu davada ayrıca, tutuklanmanın da kanuna aykırı olduğuna ve Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiğine

⁵² agk. kısmi ortak muhalif görüş, §§ 4 ve 5.

⁵³ Kasparov / Rusya, Başvuru No. 53659/07, § 69, 11/10/2016.

⁵⁴ agk. § 74.

⁵⁵ agk. Yargıç Keller'in kısmi muhalif görüşü, §§ 4 ve 6.

⁵⁶ Nemtsov. agk. § 78.

karar veren Mahkeme, bu tip uygulamaların muhalif kanat üzerinde caydırıcı etki oluşturabileceğini vurgulamasına rağmen, somut olayın şartlarında, bu müdahalenin meşru amaçtan gayri başka bir siyasi amaçla gerçekleştirildiğine ilişkin şikâyetin ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.⁵⁷

Öte yandan, yukarıda bahsi geçen Tchankotadze Davası'nda da her ne kadar Sözleşme'nin 18. maddesine ilişkin şikâyet kabul edilemez bulunmuş olsa da ayırık görüş sahibi yargıçlar tarafından yine bu maddenin uygulanabilirliği ile ilgili standartların yeniden gözden geçirilmesi gereği ortaya konmuştur.⁵⁸ Ayırık görüşteki yargıçlar, 18. maddenin ihlali için gerekli ispat standardının çok yüksek olduğunu vurgulamışlardır. Devlet organlarının kural olarak iyi niyetle hareket ettiği karinesinin geçerli olduğunu ancak bu karinenin tersine çevrilebilmesi için gerekli olan ispat standardının, özellikle Sözleşme'nin 2 ve 3. maddeleri kapsamına ilişkin Mahkemenin içtihadında yerleşik hâle gelen "makul şüphenin ötesinde" (*beyond reasonable doubt*) ispat yükümlülüğünün çok üzerinde olduğu belirtilmiştir.⁵⁹ Ayırık görüş sahibi yargıçlar, Sözleşme'nin 18. maddesine ilişkin değerlendirmede bu derece yüksek bir ispat standardının yerine getirilmesinin pratikte imkânsız olduğunu ve bunun da 18. maddenin öngördüğü garantilerle bağdaşmadığını ifade etmektedirler. Dolayısıyla Tchankotadze Davası'nda başvuruçunun ispat yükünü tersine çevirememesi nedeniyle kabul edilemez bulunan 18. madde kapsamındaki şikâyetinden hareketle, ancak bir yazılı belge ile gizlenen amacın ortaya konması veya yetkili mercilerin bu yönde delil teşkil eden açıklamalarının gösterilmesi durumlarında çok nadir olarak bu maddenin uygulama alanı bulabileceği belirtilerek, yerine getirilmesi imkânsız bir ispat standardı oluşturulduğundan yakınıldığı görülmektedir.⁶⁰

Aslında siyasi nedenlerle yürütülen soruşturmaların ve yargılamaların varlığı iddiasında, uluslararası tarafsız gözlemci kuruluşların, somut olaya ilişkin görüş ve pozisyonlarının ve raporlamalarının 18. madde kapsamındaki değerlendirmede Mahkeme için önemli bir katkı sağlayabilecekleri düşünülebilir; kaldı ki Mahkemenin daha evvel, özellikle Sözleşme'nin 2 ve 3. maddeleri kapsamında kalan başvurularda, istisnaen, bizzat yerinde inceleme (*fact-finding*) yapmaya karar verdiği davaların da mevcut olduğu bilinmektedir.⁶¹ Ancak Sözleşme'nin 18. maddesi ile ilgili olarak ele alınan başvurularda Mahkemenin hâlihazırdaki içtihadındaki uygulamanın henüz bu anlamda bir niteliğe sahip olduğu söylenemez.⁶²

Sonuç

⁵⁷ agk. §§ 129-130.

⁵⁸ Tchankotadze. agk. Yargıçlar Sajo, Tsotsoria ve Pinto de Albuquerque ayırık ortak görüşü, § 1.

⁵⁹ İspat standardı için, *pek çok karar arasında*, Bouyid / Belçika [Büyük Daire], Başvuru No. 23380/09, § 82-83, 28/09/2015; Sudre Frédéric. *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*. 7^e édition. 2015. s. 159.

⁶⁰ Tchankotadze. agk. ayırık ortak görüş, § 7; aynı yönde Harris., O'Boyle., Warbick. agk. s. 654.

⁶¹ Harris., O'Boyle., Warbick. agk. s. 846-848.

⁶² Karşılaştırma için bk. Tymoshenko. agk. §§ 296-298.

Mahkemenin içtihadına genel olarak baktığımızda ifade özgürlüğünü kullanan kişilere uygulanan, özellikle muhalif liderler, politikacılar, insan hakları savunucuları veya gazeteciler hakkında yürütülen soruşturma ve özgürlükten yoksun bırakma gibi tedbirlere ilişkin şikâyetler değerlendirilirken Sözleşme'nin 18. maddesinin uygulama alanı bulup bulmayacağının belirlenmesi meselesinin, Mahkemenin her olayın kendine özgü somut şartlarında değerlendirme yapmasını gerektirdiğini görüyoruz. Mahkemenin yaklaşımına göre, her davanın ihtiva ettiği şikâyetler, uygunsuz ve saklı gerekçelerin varlığına ilişkin olduğu müddetçe Mahkeme tarafından özel bir ihtimam gösterilerek incelenmelidir.⁶³ Özellikle demokratik toplumda tartışmaya katkı sağlayan muhalif görüş sahibi kişilere veya siyasi arenanın aktörlerine karşı uygulanan hakları kısıtlayıcı tedbirlerin değerlendirilmesinde bu ihtimamın gösterilmesinin ayrıca önemi bulunmalıdır. Bu husus, Sözleşme'nin temel taşlarından olan demokratik değerlerin korunması ilkesinin bir getirisidir. Neticede bu madde, Sözleşme'nin cevaz verdiği ölçüde devletlerin takdir yetkisinin dar veya geniş yorumlanabildiği haklara ilişkin kısıtlamaların kötüye kullanılmasının da önünde önleyici bir mekanizma oluşturmaktadır; kaldı ki Sözleşme'nin 18. maddesinin varoluş nedenlerinden biri de Sözleşme'nin koruma sağladığı tüm maddelere ilişkin bir güvence teşkil etmesidir.⁶⁴

Diğer taraftan, “öngörülen meşru amacının dışında güdülen gizli niyetin” dosya içeriğinden ikna edici biçimde ortaya çıktığı durumlarda, Mahkemenin resen bu madde ile bağlantılı bir ihlal kararı verebilmesinin de düşünülebileceği savunulabilir zira bu maddenin altında inceleme yapılabilmesi için aranan tek şart, antidemokratik bir müdahale yoluyla Sözleşme'nin sağladığı haklara ilişkin korumanın dolanıldığının açıkça tespit edilmesidir. Dolayısıyla ayrımcılık yasağına ilişkin Sözleşme'nin 14. maddesinin uygulanabilirliği ile ilgili Mahkeme tarafından izlenen yöntemden farklı bir yöntemin resen izlenebileceği akla gelebilirse de Mahkemenin ikincillik ilkesi (*subsidiarity*) ve siyasi bir mekanizma rolünü üstlenmemiş olması dolayısıyla, müdahalenin ardındaki siyasi saikle resen ilgilenmesinin düşünülmemeyeceği de savunulabilir.

Sözleşme'nin 18. maddesinin değerlendirilmesinde asıl mesele; Mahkemenin önüne gelen başvuruda, bir yanda Sözleşme'nin temelinde yatan ve ön sözünde vurgulanan demokratik değerleri koruma çabası ile diğer tarafta her yüksek profilli siyasi davada öne sürülmesi mümkün olan müdahalenin “siyasi veya başkaca nedenlerle” meşru amaç dışında kullanıldığı iddiasının değerlendirilmesi arasında bir adil denge kurulması meselesidir. Hâlihazırdaki uygulamada, Sözleşme'nin bağdaştığı tek sistem olan demokrasi açısından bir garanti olarak öngörülen ve Sözleşme'nin omurlarından birini oluşturan bir maddenin uygulanma alanının çok daraltılmış olduğu görülmektedir. Bu sebeple ispat yüküne ilişkin yüksek standardın Mahkemece yeniden değerlendirilmesi düşünülmelidir.

İspat standardına ilişkin değerlendirmenin yeniden yapılabilmesi ihtimali, özellikle ifade özgürlüğünün kısıtlanması ile ilgili Mahkemenin önünde derdest olan pek çok dava

⁶³ Khodorkovskiy ve Lebedev. agk. § 898.

⁶⁴ Aksi yönde bk. Navalnyy ve Ofitserov / Rusya, Başvuru No. 46632/13 ve 28671/14, § 129, 23/02/2016.

kapsamında gündeme gelebilir ve bu standarda ilişkin eleştirilere bir açıklık getirme imkânı bulunabilir.⁶⁵ Ancak böylesine ciddi bir hukuki meselenin yeniden ele alınmasının ve ileriye dönük yol gösterici bir şekilde pekiştirilmesinin Büyük Dairenin yetkisine bırakılmasının daha sağlıklı olduğu düşünülebilir. Dolayısıyla, özellikle de Mahkeme yargıçlarından bir kısmının bu içtihadın yeniden gözden geçirilmesi, netleştirilmesi ve dinamik olarak yorumlanması konusundaki güncel talepleri dikkate alındığında bu maddenin uygulanmasının yakın bir gelecekte daha çok gündeme gelebileceğini söylemek yanlış olmayacaktır.⁶⁶

⁶⁵ Azerbaycan'a karşı Nasirov ve diğerleri, Başvuru No. 981/15, 32162/15, 14983/15, 30502/15, 30506/15, 03/02/2017 tarihinde ve Amirov (Başvuru No. 55642/16), Rüstəmzade (Başvuru No. 38239/16) 07/12/2016 tarihinde hükûmete bildirilmiştir.

⁶⁶ Bk. Merabishvili. agk.; Navalynn. agk.

Kaynakça

AİHM Kararları⁶⁷

- Navalnyy / Rusya, Başvuru No. 29580/12, 36847/12, 11252/13, 02/02/2017.
- Rasul Jafarov / Azerbaycan, Başvuru No. 69981/14, 17/03/2016.
- Görmüş / Türkiye, Başvuru No. 49085/07, 19/01/2016.
- Perinçek / İsviçre [Büyük Daire], Başvuru No. 27510/08, 15/10/2015.
- Bouyid / Belçika [Büyük Daire], Başvuru No. 23380/09, 28/09/2015.
- Delfi / Estonya [Büyük Daire], Başvuru No. 64569/09, 16/06/2015.
- Morice / Fransa [Büyük Daire], Başvuru No. 29369/10, 23/04/2015.
- Lütfiye Zengin ve diğerleri / Türkiye, Başvuru No. 36443/06, 14/04/2015.
- Nemtsov / Rusya, Başvuru No. 1774/11, 31/07/2014.
- Nedim Şener / Türkiye, Başvuru No. 38270/11, 08/07/2014.
- İlgar Mammadov / Azerbaycan, Başvuru No. 15172/13, 22/05/2014.
- Yavuz ve Yaylalı / Türkiye, Başvuru No. 12606/11, 17/12/2013.
- Khodorkovskiy ve Lebedev / Rusya, Başvuru No. 11082/06 ve 13772/05, 25/07/2013.
- Tymoshenko / Ukrayna, Başvuru No. 49872/11, 30/04/2013.
- Lutsenko / Ukrayna, Başvuru No. 6492/11, 03/07/2012.
- Doğan / Türkiye [Kabul edilebilirlik], Başvuru No. 28484/10, 10/04/2012.
- OAÖ Neftyanaya Kompaniya Yukos / Rusya, Başvuru No. 14902/04, 14902/04, 20/09/2011.
- Khodorkovskiy / Rusya, Başvuru No. 5829/04, 31/05/2011.
- Gözel ve Özer / Türkiye, Başvuru No. 43453/04 ve 31098/05, 06/07/2010.

⁶⁷ www.hudoc.echr.coe.int üzerinden son erişim tarihi: 12/03/2017 (Kararlar tarih sırasına göre büyükten küçüğe doğru düzenlenmiştir.).

Sejdić ve Finci / Bosna Hersek [Büyük Daire], Başvuru No. 27996/06 ve 34836/06, 22/12/2009.

A. ve Diğerleri / Birleşik Krallık, Başvuru No. 3455/05, 19/02/2009.

Cebotari / Moldova, Başvuru No. 35615/06, 13/11/2007.

Ždanoka / Litvanya [Büyük Daire], Başvuru No. 58278/00, 16/03/2006.

Gusinskiy / Rusya, Başvuru No. 70276/01, 19/05/2004.

Gündüz / Türkiye [Kabul edilebilirlik kararı], Başvuru No. 59745/00, 13/11/2003.

Refah Partisi / Türkiye [Büyük Daire], Başvuru No. 41340/98, 41342/98, 41343/98 vd., 13/02/2003.

Wloch / Polonya, Başvuru No. 27785/95, 19/10/2000.

Jecius / Litvanya, Başvuru No. 34578/97, 31/07/2000.

Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve diğerleri / Türkiye [Büyük Daire], Başvuru No. 19392/92, 30/01/1998.

Handyside / Birleşik Krallık, Başvuru No. 5493/72, 07/12/1976.

Derdest Başvurular

Nasirov ve diğerleri / Azerbaycan, Başvuru No. 981/15, 32162/15, 14983/15, 30502/15, 30506/15, 03/02/2017 tarihinde Azerbaycan hükûmetine bildirilmiştir.

Amirov / Azerbaycan, Başvuru No. 55642/16, 07/12/2016 tarihinde Azerbaycan hükûmetine bildirilmiştir.

Rüstemzade / Azerbaycan, Başvuru No. 38239/16, 07/12/2016 tarihinde Azerbaycan hükûmetine bildirilmiştir.

Merabishvili / Gürcistan [Henüz Kesinleşmemiş Daire Kararı], Başvuru No. 72508/13, 14/06/2016 (Büyük Daire önünde derdest başvuru).

Makaleler

Hammarberg, Thomas. “Avrupa’da medya özgürlüğü ve insan hakları”. *İfade Özgürlüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Nicolas Bratza’ya İthafen Kaleme Alınmış Makaleler*. Avrupa Konseyi. Eylül 2012. s. 42. s. 41-56.

Harris., O’Boyle., Warbrick. *Law of the European Convention on Human Rights*. 3rd edition. Oxford University Press. 2014. s. 5-6.

Keller, Helen. Selective criminal proceedings and Article 18 ECHR: the European Court of Human Rights untapped potential to protect democracy. *Human Rights Law Journal (HRLJ)*, vol. 36, no. 1-6 (30 Haziran 2016). s. 6, s. 1-10. 2016.

Krenc, Frédéric. La liberté d’expression vaut pour les propos qui “heurtenant, choquant, inquietant”. Mais encore?. *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, 106/2016. s. 332, s. 311-350.

Sudre, Frédéric. *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l’Homme*. 7^e édition. 2015. s. 159.

Tulkens, Françoise. “Söylem ne zaman eylemdir: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ifade özgürlüğü ve nefret söylemi içtihatları”. *İfade Özgürlüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Nicolas Bratza’ya İthafen Kaleme Alınmış Makaleler*. Avrupa Konseyi. Eylül 2012. s. 259-260. s. 259-273.

İnternet Kaynakları

(Son erişim tarihi: 12/03/2017)

https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016806c5173

http://www.ksrf.ru/en/Decision/Judgments/Documents/2017_January_19_1-P.pdf

<http://www.coe.int/en/web/commissioner/-/commissioner-concerned-about-non-implementation-of-a-judgment-of-the-european-court-of-human-rights-in-russia>

Elinizdeki hakemli yayın, “Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi” Avrupa Birliği - Avrupa Konseyi Ortak Projesi bitiminde düzenlenmiş olan “İfade ve Basın Özgürlüğünün Korunması ve Desteklenmesi” başlıklı Uluslararası Sempozyum’a katkı amacıyla hazırlanmıştır. Kitapta makaleleri bulunan yazarlar; anılan Proje kapsamında ve ifade özgürlüğü ana başlığı altında gerçekleştirilen meslek öncesi ve meslek içi eğitim seminerlerinin hazırlanmasında ve uygulanmasında aktif olarak rol almışlardır. Bu yönüyle Proje’nin başarısında çok önemli payları bulunmaktadır.



Bu Proje, Avrupa Birliği, Türkiye Cumhuriyeti, Avrupa Konseyi tarafından birlikte finanse edilmekte ve Avrupa Konseyi tarafından yürütülmektedir. Bu Projenin sözleşme makamı Merkezi Finans ve İhale Birimidir.

This Project is co-funded by the European Union, the Republic of Turkey and the Council of Europe and implemented by the Council of Europe. The Central Finance and Contracts Unit is the contracting authority of this Project.

<http://ifadeozgurlugu.taa.gov.tr>

TUR

www.coe.int/ankara

Avrupa Konseyi Avrupa kıtasının önde gelen insan hakları kuruluşudur. Kuruluşun 47 üyesinin 28'i Avrupa Birliği üyesidir. Tüm Avrupa Konseyi üyeleri insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğünü korumaya yönelik Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini imzalamıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Sözleşmenin üye ülkelerdeki uygulamasını denetler.



COUNCIL OF EUROPE

CONSEIL DE L'EUROPE